

**DERECHO** | **DIREITO**  
**EMPRESARIAL EN** | **EMPRESARIAL NA**  
**LATINOAMERICA** | **AMÉRICA LATINA**

José Gabriel Assis de Almeida | Érica Guerra da Silva |  
João Manoel de Lima Junior





**DIREITO  
EMPRESARIAL NA  
AMÉRICA LATINA**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13<sup>o</sup> andar  
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900  
55 (21) 3799-5445  
[www.fgv.br/direitorio](http://www.fgv.br/direitorio)



# **DIREITO EMPRESARIAL NA AMÉRICA LATINA**

**José Gabriel Assis de Almeida**

**Érica Guerra da Silva**

**João Manoel de Lima Junior**

**(Organizadores)**

EDIÇÃO FGV Direito Rio  
Obra Licenciada em Creative Commons  
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil  
Fechamento da 1ª edição em outubro de 2023

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.  
*Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.*

*Coordenação:* Ludmilla Totinick e Christian Dannel  
*Capa:* Aline Martins – Sem Serifa  
*Imagem da capa:* iStock/cienpies  
*Diagramação:* Aline Martins – Sem Serifa  
*1ª revisão:* Fernanda Barreto  
*2ª revisão:* Christian Dannel  
*Tradução:* Claudia Gouvêa

#### Dados internacionais de Catalogação na Publicação

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Direito empresarial na América Latina [recurso eletrônico] / José Gabriel Assis de Almeida, Érica Guerra da Silva, João Manoel de Lima Junior (organizadores). - Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2023.

1 recurso online (832 p.) : PDF.

Dados eletrônicos.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-5652-186-2

1. Direito empresarial – América Latina. 2. Direito empresarial. I. Almeida, José Gabriel Assis de. II. Silva, Érica Guerra da. III. Lima Junior, João Manoel. IV. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 342.2

Elaborada por Mariane Pantana Alabarce – CRB-7/6992

## SUMÁRIO

Prefácio .....	9
Apresentação .....	11
<b>A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho a partir das inovações legais .....</b>	<b>15</b>
<i>Veronica Lagassi e Valdilea Goes</i>	
Introdução .....	15
1. Desconsideração da personalidade jurídica: subespécies de teorias, modalidades e a Lei nº 13.105/2015 .....	17
2. Aplicação atual dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho .....	24
3. Da inovação do CPC/15: do incidente de desconsideração da personalidade jurídica .....	32
4. Aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do CPC/2015 no processo do trabalho .....	35
Considerações finais .....	42
Referências bibliográficas .....	43
<b>A exigência das certidões negativas de débitos tributários para a efetividade do processo de recuperação judicial .....</b>	<b>47</b>
<i>Érica Guerra da Silva e Fábio da Silva Veiga</i>	
Introdução .....	47
1. As obrigações tributárias das atividades empresariais .....	48
2. O histórico legislativo da Lei nº 11.101/2005 sob o enfoque das certidões negativas de débitos tributários para concessão da recuperação judicial .....	53
3. Aos reflexos da exigência das certidões negativas de débitos tributários na efetividade do processo de recuperação judicial .....	57
Considerações finais .....	66
Referências bibliográficas .....	67
<b>A responsabilidade civil ambiental das empresas petrolíferas .....</b>	<b>69</b>
<i>Laura Santos Aguiar</i>	
Introdução .....	69

1. O alto risco concernente à atividade empresarial de produção e exploração de petróleo e gás . . . . .	71
2. A crescente preocupação com a proteção ambiental nos âmbitos nacional e internacional . . . . .	73
3. Alguns aspectos e conceitos provenientes do direito ambiental e o instituto jurídico da responsabilidade civil ambiental . . . . .	76
4. A responsabilidade civil ambiental e as teorias do risco criado, do risco proveito, e do risco integral . . . . .	85
5. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade da teoria do risco integral na responsabilidade civil . . . . .	90
Considerações finais . . . . .	93
Referências bibliográficas . . . . .	95
<b>Legislação sobre a defesa da concorrência no Brasil: da evolução histórica aos principais aspectos da atual Lei nº 12.529/2011 . . . . .</b>	<b>99</b>
<i>Fernando José de Oliveira Baptista, Jeanne Machado e Marcos Juruena Vilella Souto</i>	
Introdução . . . . .	99
1. Análise introdutória . . . . .	101
2. O direito regulatório no Brasil: características e principais conceitos jurídicos utilizados . . . . .	104
3. Evolução histórica da Legislação de Defesa da Concorrência . . . . .	116
4. Principais inovações introduzidas pela Lei da Concorrência de nº 12.529/2011 . . . . .	124
Considerações finais . . . . .	139
Referências bibliográficas . . . . .	142
<b>Concorrência e concorrência desleal no Equador . . . . .</b>	<b>143</b>
<i>Patricia Alvear Peña</i>	
Introdução . . . . .	143
1. Diferentes categorias conceituais . . . . .	146
2. Direito de Correção Econômica e Abuso do Direito . . . . .	151
Conclusão . . . . .	185
Bibliografia . . . . .	185
<b>O novo código argentino, o direito comercial e a empresa . . . . .</b>	<b>189</b>
<i>Raúl Anibal Etcheverry</i>	
Introdução . . . . .	189
1. O comerciante . . . . .	192
2. Um princípio fundamental do direito: a boa-fé . . . . .	194
3. A ordem legal, as pessoas e a linguagem jurídica . . . . .	196



4. A empresa .....	197
5. A empresa como organização .....	201
6. Como é o Direito Comercial atualmente na Argentina? .....	207
Bibliografia .....	212
<b>Visão da empresa familiar no novo código civil e comercial da Argentina .....</b>	<b>215</b>
<i>Gabriela Pamela Butti</i>	
1. A empresa familiar e o código civil e comercial da República da Argentina ..	215
2. Conceitos relacionados a empresas familiares, direito de família e direito societário. Conteúdo associado ao código civil e comercial nacional unificado da Argentina .....	219
3. “Os conflitos e sua prevenção à luz do código civil e comercial do país” .....	225
4. Alterações no Aspecto Societário .....	231
5. Sucessões e empresa familiar no novo código civil e comercial unificado argentino .....	237
Conclusão .....	246
<b>O consumidor e a empresa no código civil e comercial da nação argentina .....</b>	<b>249</b>
<i>Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández</i>	
Introdução .....	249
1. O Código Civil y Comercial de la Nación e os contratos de consumo .....	254
Conclusão .....	272
<b>A convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE e seu impacto no combate à corrupção no Brasil e na América Latina .....</b>	<b>275</b>
<i>Caroline da Rosa Pinheiro e Gustavo Flausino Coelho</i>	
Introdução .....	275
1. Pontos centrais da convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais .....	278
2. Reflexos da convenção na Argentina e no Chile .....	282
3. Reflexos da convenção no Brasil .....	290
Considerações finais .....	297
Referências bibliográficas .....	298
<b>O sistema de solução de controvérsias da OMC: lições do contencioso do algodão (Brasil — Estados Unidos) .....</b>	<b>301</b>
<i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i>	
Introdução .....	301
1. Antecedentes históricos .....	302

2. Acordo da OMC e função judicante da organização	306
3. O OSC, as medidas compensatórias e as medidas de retaliação	308
4. Atuação dos agentes econômicos privados	313
5. Lições do contencioso Brasil x Estados Unidos sobre o algodão	317
Conclusão	330
<b>Análise do Resp. Nº 975.834/RS: o STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas</b>	<b>333</b>
<i>João Manoel de Lima Junior e Thaíse Zacchi Pimentel</i>	
Introdução	333
1. Breve histórico das sociedades de telecomunicações no Brasil	338
2. Síntese do processo judicial	342
3. Análise da decisão	348
Considerações finais	369
Referências bibliográficas	373
<b>A legitimidade para requerer recuperação judicial das cooperativas médicas que operam planos de saúde: uma análise sobre a recuperação judicial da Unimed Petrópolis</b>	<b>377</b>
<i>Érica Guerra da Silva, Christiana Grangê Neves, Deivison da Silva Avelino, Heloisa Fonseca de Sá Pinheiro, Rafael Rodrigues Andrade e Raquel Severino Viana</i>	
Introdução	377
1. Análise sobre o pedido de recuperação judicial da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico	379
2. Análise acerca da decisão de processamento da recuperação judicial da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico	383
3. Alteração trazida pela Lei nº 14.112/2020	386
Considerações finais	388
Referências bibliográficas	391
<b>O risco como fundamento de uma nova teoria do direito de empresa</b>	<b>393</b>
<i>José Gabriel Assis de Almeida</i>	
Introdução	393
1. O direito de empresa como o direito dos comerciantes	394
2. O direito de empresa como o direito da atividade empresária	397
3. O direito de empresa como o direito da empresa	400
4. O direito de empresa como o direito do risco	404
Considerações finais	412

## PREFÁCIO

A obra *Direito empresarial na América Latina*, fruto da interlocução e diálogo institucional entre o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e faculdades de direito do Brasil e da América Latina, revela-nos a modernidade do debate ocorrido e a qualidade longeva da produção intelectual e acadêmica identificadas no processo de integração do Direito latino-americano.

O desenvolvimento da atividade empresária na região latino-americana, por meio de regras que reúnem condições às diversas atividades negociais para oferta de bens e/ou serviços, é ferramenta fundamental para preservação dos debates multilaterais e a certeza da necessidade de integração regional como forma de acelerar o crescimento econômico e social dos povos latinos, pois promover o fluxo comercial na região e aprimorar as normas internacionais que otimizem as iniciativas empresariais permitirá maior segurança jurídica e o aumento das perspectivas econômicas do bloco.

Nessa trilha, a harmonia de normas adaptadas ao mundo empresarial e à segurança jurídica criam o ambiente para práticas de compliance que tornem transparentes as operações e inibam ações nocivas e que afastem os investimentos e as parcerias comerciais. Com isso, teremos mais competitividade e melhor ambiente de negócios, tanto no Brasil quanto nos demais países da América Latina. Para que investidores aumentem seus níveis de confiança no vasto território latino, que oferece inúmeras oportunidades aos diversos setores, modelos seguros de negociações, incluindo o cenário público-privado, serão

fundamentais ao fortalecimento das normas empresariais e o desenvolvimento das múltiplas e diversas sociedades latino-americanas.

A participação do IAB nesta publicação, em conjunto com a prestigiada Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), é motivo de grande satisfação e a confirmação da contínua e profícua produção acadêmica de duas grandes instituições que promovem o ensino e a pesquisa jurídica. Para o IAB é a ratificação do trabalho da operosa Comissão de Direito Empresarial e de sua atual presidente, a dra. Érica Guerra, ao mesmo tempo que consolida a extensa produção dos substanciosos conteúdos jurídicos do IAB que, como entidade jurídica mais antiga das Américas, vem, desde 1843, desenvolvendo o aprimoramento do estudo jurídico nacional e internacional por meio de diversas comissões e participação nos principais foros internacionais do direito e da advocacia.

Vinte anos após a promulgação do nosso Código Civil, poder se debruçar nesta obra sólida nos oferece a oportunidade de aprimorar o estudo e aplicação do nosso Estatuto Civil às sociedades empresárias, bem como levar o seu valor aos países latinos irmãos. A preocupação em oferecer um regime de integração regional latino-americana, por meio de um ambiente sadio às atividades empresariais, motiva-nos a continuar na trilha de fomento do pensamento científico e renova as energias das instituições organizadoras desta publicação, em seguir alimentando a harmonia entre povos e a troca de suas experiências e valores, com objetivo de oferecer plena segurança jurídica aos negócios jurídicos e empresariais desenvolvidos em toda região.

Desfrutem dos ensinamentos e debates decorrentes das intensas, atemporais e pujantes jornadas de direito empresarial, que reuniram pilares e expoentes dessa vibrante e fundamental área de estudo. O direito empresarial e a atividade empresarial latino-americana agradecem.

*Sydney Sanches*  
Presidente do IAB Nacional

## APRESENTAÇÃO

O livro *Direito empresarial na América Latina* é fruto dos trabalhos apresentados nas III Jornadas Latino-americanas de Direito Comercial que ocorreram em outubro de 2015. Os temas gerais foram “A atividade empresária e direito na América Latina” e os resultados da pesquisa Direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Fundação Getulio Vargas (FGV).

As III Jornadas foram organizadas em conjunto pela Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e pela linha de pesquisa “Empresa e Atividades Econômicas” do Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Participaram da Comissão Organizadora o prof. José Gabriel Assis de Almeida (Instituto dos Advogados Brasileiros e Universidade do Estado do Rio de Janeiro), o prof. Alexandre Assumpção Alves (Instituto dos Advogados Brasileiros e Universidade do Estado do Rio de Janeiro), a prof<sup>a</sup> Érica Guerra da Silva (Instituto dos Advogados Brasileiros e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro), e os alunos Aline Teodoro de Moura, Tainá Camargo, Allana Olmo, Tatiana Abranches, Micaela Barros Barcelos Fernandes, Claudio Luiz de Miranda, Gustavo Coelho e Ricardo Mafra (integrantes da Linha de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas do Mestrado e Doutorado de Direito da UERJ).

Nos três dias das III Jornadas, foram apresentados painéis sobre as várias temáticas do Direito Empresarial: i) A evolução do direi-

to comercial para o direito empresarial; ii) O conceito de atividade empresária; iii) A atividade empresária e a livre concorrência; iv) A atividade empresária e o Direito do Trabalho; v) A atividade empresária e o direito registral; vi) A atividade empresária e o meio ambiente; vii) A atividade empresária e as sociedades; viii) A atividade empresária, a falência e a recuperação judicial, e a crise das empresas; ix) A atividade empresária e os títulos de crédito; x) A dimensão internacional da atividade empresária na perspectiva do Mercosul e da Unasul; e xi) A atividade empresária e os litígios empresariais internacionais.

Estiveram presentes nas III Jornadas professores e pesquisadores da Argentina, Paraguai, Equador e Brasil, o que permitiu a integração científica e cultural, promovendo a união entre os pesquisadores do direito empresarial latino-americano e fomentado novas iniciativas conectoras das matérias de Direito Comercial.

Além das III Jornadas, o presente livro também marca o encerramento do Projeto de Pesquisa Direito Empresarial no STJ, o qual buscou identificar como o STJ, tribunal de uniformização da interpretação jurisprudencial sobre a legislação federal brasileira, decide os casos de direito societário levados ao seu conhecimento.

Além dos artigos apresentados nas III Jornadas, o presente trabalho divulga para o público brasileiro e latino-americano o artigo “Análise do REsp. nº 975.834/RS: O STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas”,<sup>1</sup> o qual analisa a decisão judicial de direito societário mais citada pelo STJ nos últimos dez anos. Ou seja, a discussão em matéria de direito societário mais recorrente na prática judicial brasileira que foi analisada no Projeto de Pesquisa Aplicada Direito Empresarial

---

1. Artigo originalmente publicado no volume 12, nº 2, da *Revista Brasileira de Políticas Públicas*.

no STJ conduzido pelo Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio.<sup>2</sup>

Assim, no presente livro estão artigos que abordam temas contemporâneos que tratam de um direito empresarial latino-americano, com suas características próprias e seus problemas científicos particulares.

*Érica Guerra da Silva*

Presidente da Comissão Permanente de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Vice-presidente da Comissão Permanente de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros, biênios 2014/2016, 2016/2018, 2018/2020 e 2020/2022.

---

2. Maiores informações sobre a Pesquisa Direito Empresarial no STJ podem ser obtidas no site: <https://diretorio.fgv.br/pesquisa/direito-empresarial-no-stj>. Acesso em: 28 set. 2022.





# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DAS INOVAÇÕES LEGAIS

*Veronica Lagassi<sup>1</sup>*

*Valdilea Goes<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Por personalidade jurídica chamamos a aptidão de contrair direitos de obrigações na órbita civil. Essa aptidão tem início a partir do arquivamento dos atos constitutivos do ente a que se constitui no órgão competente e termina pela via judicial ou extrajudicial. Quatro serão os efeitos da aquisição da personalidade jurídica: direito à proteção legal do nome empresarial; à autonomia patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios; à aquisição de domicílio e à nacionalidade própria.

Já por descon sideração da personalidade jurídica entende-se a ignorância momentânea da existência de personalidade jurídica de

1. Advogada, doutora em direito, mestre e especialista em direito empresarial e em docência do ensino superior. Além disso, é docente do curso de direito da UFRJ, do Ibme c/RJ e da Facha/RJ.
2. Administradora de empresas e advogada, formada em direito pelo Ibme c/RJ.

um ente com o fim exclusivo de se atingir o patrimônio das pessoas físicas que contribuíram para a sua constituição.

Isso acontece, via de regra, quando é constatado abuso de personalidade jurídica decorrente da existência de confusão patrimonial ou desvio de finalidade mediante provocação ao juiz, nos termos do art. 50 do Código Civil de 2002. Logo, na atual legislação em vigor não cabe desconsideração *ex officio*, ante a exigência legal de que o juízo deva ser provocado e que, além disso, tenhamos o abuso de personalidade. Tal fato se justifica em virtude de a desconsideração representar uma exceção ao Princípio da Autonomia Patrimonial<sup>3</sup> presente nesta espécie de personalidade.

Todavia, quando a aplicação advinha de litígio proveniente na Justiça do Trabalho a interpretação era diversa, tendo em vista que até o advento da Lei nº 13.105/2015 (CPD/2015) e da Lei nº 13.467/2017 não havia qualquer disposição específica no Direito do Trabalho a respeito da sua aplicabilidade. Na ocasião, sua aplicação era efetivada a partir da interpretação lógico-sistemática que permitia a aplicação não só do art. 50 do Código Civil de 2002, bem como do § 5º, do art. 28, da Lei nº 8.078/1990 (CDC) por adoção subsidiária dos demais ramos do direito, tal como possibilita o parágrafo único, do art. 8º, da CLT. Não decorria, portanto, da aplicação do Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869/1973), pelo fato de inexistir qualquer disposição a respeito.

Com base nisso, o grande desafio que se impõe no que tange à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito do Trabalho é a de se estabelecer parâmetros para saber como ou quando deverá ser aplicada. Pois, na prática, nem sempre os pressupostos de seu cabimento são examinados no âmbito do Di-

---

3. Em linhas gerais, esse princípio determina que os direitos e obrigações da pessoa jurídica não se confundam com as pessoas de seus sócios.

reito do Trabalho. Assim, é exatamente sobre isso que buscaremos discorrer, iniciando uma análise doutrinária sobre as modalidades e espécies de desconsideração, para ao final buscar estabelecer a delimitação de sua aplicação.

## 1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: SUBESPÉCIES DE TEORIAS, MODALIDADES E A LEI Nº 13.105/2015

A *disregard doctrine*, também chamada de teoria da desconsideração da personalidade jurídica, surgiu como forma de coibir que a pessoa jurídica fosse utilizada como artifício para a prática de atos lesivos à sociedade.<sup>4</sup>

No Brasil, a adoção dessa teoria surge como forma de mitigação ao princípio da autonomia patrimonial que passa a ter sua aplicação limitada às obrigações da sociedade perante outros empresários ou a própria sociedade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica determina a ilimitação da responsabilidade dos sócios integrantes da sociedade, que responderão subsidiariamente à sociedade. Essa situação ocorre porque a sociedade será sempre diretamente responsável e somente após o exaurimento de seus bens é que ocorre a execução dos bens de seus sócios.

A positivação de tal instituto, no sistema jurídico brasileiro, abrange diversos diplomas legais, dentre eles: o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; o art. 18 da Lei nº 8.884/1994, a chamada Lei Antitruste; o art. 4º da Lei nº 9.605/1998, que trata dos crimes ambientais, e por fim o art. 50 do Código Civil de 2002.<sup>5</sup>

4. GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

5. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Da análise das referidas normas, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro, adotou tanto a teoria subjetiva, ou teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (essa tida como a regra geral), quanto a teoria objetiva, ou teoria menor da desconsideração. Nesse passo, percebe-se que a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, aquela que basta apenas a constatação da inexistência de bens sociais suficientes para satisfazer a dívida da pessoa jurídica, foi adotada pela Lei nº 9.605/1998, e pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990.

É imperioso registrar que o objetivo da desconsideração da personalidade jurídica é, conforme o próprio nome diz, desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios na hipótese de comprovação da prática de atos fraudulentos, confusão patrimonial, desvio de finalidade etc. Na realidade, essa determinação busca preservar o direito dos credores.

Foi com esse objetivo que o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 51 que positivou a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 50. Todavia, convém frisar que para a aplicação dessa teoria a parte requerente deverá comprovar a existência da confusão patrimonial ou a irregularidade da empresa, este último caracterizado pelo desvio de finalidade.

Pelo fato de o art. 50 do Código Civil de 2002 claramente exigir a existência de um dos pressupostos acima citados, bem como a provocação do juízo para que a desconsideração seja declarada, esta espécie de desconsideração foi concebida com base na teoria maior. Assim, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica será aquela que irá determinar a desconsideração sempre que se provar fraude em sentido lato, ou seja, comprovando-se o mau uso da sociedade.

Acerca do presente ponto, resta aduzir as explicações dos professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nas quais

a caracterização do abuso da personalidade jurídica, que enseja a desconsideração da pessoa jurídica, está prevista no art. 50 do Código Civil, que aborda o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.<sup>6</sup>

Os autores abordam o desvio de finalidade como uma das caracterizações do abuso da personalidade jurídica. Tal desvio deve ser identificado nas atividades da pessoa jurídica, partindo da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica.

De acordo com os doutrinadores:

Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica.<sup>7</sup>

No tocante à confusão patrimonial, os autores afirmam que essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Nesse caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvado a impenhorabilidade dos bens de família e os limites do patrimônio da família.<sup>8</sup>

Na mesma direção, são bem percucientes as palavras de Arnaldo Rizzardo, quando aduz:

---

6. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Novo CPC — Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

7. Idem.

8. Ibidem.

*Exige-se, em uma posição bastante ortodoxa, como pressuposto para superação episódica da personalidade jurídica da pessoa jurídica, mais que o simples inadimplemento e, sim, a configuração de um dos elementos subjetivos, ou seja, o abuso de direito, a fraude, o desvio de finalidade, a confusão patrimonial.* Além disso, impende consignar que a desconsideração da personalidade jurídica somente é cabível se constatada a insuficiência de bens da pessoa jurídica. Sempre que existirem meios para se buscar bens da pessoa jurídica, tais como fraude à execução, a fraude contra credores, não se poderá desconsiderar a personalidade jurídica. Quanto ao desvio de finalidade, deve a empresa ficar atrelada ao objeto social do contrato, não podendo extrapolar ao que se propôs realizar (grifo nosso).<sup>9</sup>

Seguindo essa diretriz, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, inseriu na redação do art. 50 do Código Civil os seguintes parágrafos:

Art. 50 [...]

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I — cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II — transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III — outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

---

9. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Assim, conforme pode-se perceber, houve uma grande preocupação do legislador nacional em delimitar as situações ensejadoras da aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que a sua aplicação não viesse a ser banalizada.

Por outro lado, temos ainda uma segunda subespécie de teoria da desconsideração da personalidade jurídica advinda da adoção da teoria menor onde a desconsideração irá ocorrer com base na simples insatisfação do credor e na sua condição de hipossuficiente. Essa segunda espécie de desconsideração, positivada no ordenamento jurídico pátrio através do art. 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor, é aplicada de forma recorrente na seara trabalhista, em claro prejuízo à segurança jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) dispõe, no art. 28, que o “juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, prevendo ainda o § 5º do supracitado artigo que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for,

de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Também o art. 4º da Lei nº 9.605/1998 garante que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Como bem assevera Alexandre Freitas Câmara, o único requisito a ser utilizado, para a desconsideração da personalidade jurídica na seara ambiental e conseqüentemente para a aplicação da teoria menor, seria que a sociedade não tivesse patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental que houver causado, permitindo a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio, “pouco importando se houve dolo, culpa, fraude, má-fé ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor”.<sup>10</sup>

Quer seja uma ou outra subespécie da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a ser adotada, teremos ainda sua aplicação nas seguintes modalidades:

- *Teoria invertida*: quando busca coibir que a pessoa jurídica seja utilizada como instrumento lesionador de terceiro. Mas, nesse caso, desconsidera-se a personalidade jurídica com o objetivo de responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. Ou seja, enquanto na teoria da desconsideração o que se busca é atingir os bens dos sócios, na teoria invertida buscamos o contrário, isto é, atingir os bens da empresa de modo a responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. Um exemplo bastante comum de sua aplicação ocorre quando um

---

10. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



dos cônjuges transfere seus bens para a empresa a fim de não os dividir com o outro em processo de separação.

- *Teoria da desconsideração indireta*: criada por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, essa teoria visa combater eventuais fraudes cometidas por empresas controladoras, que utilizam a personalidade jurídica da sociedade controlada, coligada ou subsidiária integral para obter vantagens indevidas.<sup>11</sup>
- *Teoria da desconsideração expansiva*: tem como foco os eventuais sócios ocultos. Essa teoria foi criada pelo prof. Rafael Mônaco e defende a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade com o fim de atingir o patrimônio de eventuais sócios ocultos, tratando esses últimos como meros investidores, nos termos do Código Civil e da Resolução que regula o Imposto de Renda. Assim, os sócios que essa modalidade procura atacar são os que se mantêm na condição daquele que é sem nunca ter sido. Ou seja, do que é o protagonista da empresa, administrando-a de fato e que se vale de pessoas interpostas contratualmente para esconder sua participação. Trata-se do caso em que as pessoas interpostas são denominadas de “laranja” no dito popular e, por isso, não se confundem com os investidores de uma sociedade em conta de participação porque neste último quadro não há qualquer gerência no negócio investido.<sup>12</sup>

Agora que conhecemos suas modalidades, passaremos a tratar da aplicação da teoria da desconsideração na Justiça do Trabalho.

---

11. GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

12. *Idem*.

## 2. APLICAÇÃO ATUAL DOS PRESSUPOSTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme vimos, existem duas espécies de subteoria para aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Uma que irá exigir a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, bem como a provocação do juízo para que seja declarada, que é a teoria maior; outra apenas exige a mera insatisfação do credor, a fim de que a desconsideração da personalidade jurídica seja decretada, o que a doutrina denomina de teoria menor.

O grande problema que enfrentamos hoje quando este tema envolve o Direito do Trabalho é a divergência de entendimento no que tange à aplicação de uma de suas subespécies, e o que é pior, isso é feito na maioria das vezes em dissonância com a lei brasileira que versa sobre o tema.

Tal entendimento advém do fato de que na Consolidação das Leis do Trabalho não há previsão legal que regule a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, a referida Lei dispõe que naquilo em que for omissa, tanto em relação ao direito material quanto em relação ao processual, serão utilizadas as demais regulações do direito comum e do direito processual civil em subsidiariedade nos termos do que dispõem os arts. 8º e 769 da CLT. Com base nisso, a interpretação legal e sistemática que temos é a de que a Justiça do Trabalho pode e deve aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tanto na subespécie teoria menor como na maior e em qualquer que seja a modalidade empregada — teoria invertida, expansiva etc.

Entretanto, a interpretação acima deveria ressaltar que a teoria maior deveria ter aplicação prioritária pelo fato de ser a única encontrada no Código Civil cujas disposições são residuais e, por isso,

aplicáveis a qualquer ramo do Direito. No caso específico da Justiça do Trabalho, a teoria também possui o lastro da previsão legal contida no art. 8º, da CLT. Desse modo, a teoria menor deveria ser aplicada em situações excepcionalíssimas nas quais já se houvessem esgotado as hipóteses de desconsideração com base na teoria maior.

Porém, apesar de toda essa explicação com embasamento legal, temos ainda magistrados (em sua maioria) aplicando a teoria menor no âmbito da Justiça do Trabalho em caráter não excepcional. Tal fato implica não só em uma decisão contrária à lei específica que versa sobre a matéria, mas também representa uma lesão à ampla defesa e ao contraditório, já que este tipo de decisão normalmente ocorre na fase de execução e reduz assim a possibilidade de defesa dos sócios e em especial dos ex-sócios.

A questão é que na Justiça do Trabalho consolidou-se jurisprudencialmente o entendimento de adoção da teoria menor, porém, sem atentar para o fato de que esta subespécie é de aplicação específica para as relações de consumo. Além disso, não há qualquer lastro ou liame legal que possibilite a sua aplicação na seara laboral tal como ocorre com a teoria maior que está em consonância com o art. 8º da CLT.

Diante disso, temos uma inversão fática de funções. Em vez de a doutrina e a interpretação legal embasar uma jurisprudência, na Justiça do Trabalho quando o tema é a desconsideração teremos justamente o inverso com a doutrina sendo criada a partir da jurisprudência; isto é, das decisões de nossos magistrados.

Esse posicionamento fica claro no julgado proferido pela Sétima Turma do Egrégio Tribunal do Trabalho da 1ª Região:

EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. ART. 28, DO CDC. E. 283 CJF/STJ. RESPONSABILIDADE. CONFIGURAÇÃO. 1) *O Direito do Trabalho*

*adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica das empresas, sendo aplicável o art. 28, do CDC, e não o art. 50, do CC. 2) O mero prejuízo do trabalhador autoriza a desconsideração direta da personalidade jurídica da empresa executada, a fim de que o véu societário seja afastado e os bens dos sócios respondam pelas dívidas. 3) Cabível também a desconsideração inversa da pessoa jurídica, a fim de que os bens de uma terceira sociedade empresária, também integrada pelo sócio da empresa empregadora, respondam pela dívida por esta contraída, bastando que se verifique o prejuízo do credor trabalhista e o controle acionário pelo sócio, situações estas detectadas nos presentes autos, sendo caso de aplicação do E. 283 do CJF/STJ.<sup>13</sup> (grifo nosso)*

Assim, conforme acima demonstrado, apesar de também existirem inúmeras decisões que, ao nosso ver, acertadamente reconhecem apenas a adoção da teoria maior no âmbito da Justiça do Trabalho, lamentavelmente há essa divergência, produzida por aqueles que impõem seu entendimento acima do texto legal e da hermenêutica jurídica, ensejando um fato, que automaticamente desencadeia os caminhos da insegurança jurídica. Afinal, não há sequer fundamentação para a sua aplicação.

A partir da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), acreditávamos que teríamos a mudança de opiniões e possivelmente a uniformização de entendimentos. Haja vista que, com o referido diploma legal, teríamos também disposições no âmbito processual para a aplicação da teoria da desconsideração da

---

13. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo de nº 0001200-69.1998.5.01.0063 — AP. Rel. Sérgio Lucas Martins. Sétima Turma. Data da publicação: 12.12.2014. Disponível em: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12\\_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração teoria menor](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração%20teoria%20menor). Acesso em: 20 ago. 2015.

personalidade jurídica e que por força do que dispõe o art. 769 da CLT e do art. 15 desse novo CPC deveria ser necessariamente observado pelo Douto magistrado no âmbito da Justiça do Trabalho.

No entanto, apesar da previsão atualizada e mais restrita do art. 50 do Código Civil, da substituição do Código de Processo Civil de 1973 pelo de 2015 e pela inserção do art. 10-A na CLT, a tese que prevaleceu foi a possibilidade de aplicação da teoria menor de desconsideração da personalidade jurídica em consonância com as demais. Para tanto, basta lermos os seguintes julgados:

AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. TEORIA MENOR. A desconsideração da personalidade jurídica encontra fundamento em duas teorias: a subjetiva ou teoria maior na qual a desconsideração é admitida em razão da ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial; e a teoria menor ou objetiva na qual a constatação de inexistência patrimonial suficiente à satisfação da dívida autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização dos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação, não exigindo qualquer outro requisito, o que se verificou no caso vertente. Agravo provido.<sup>14</sup>

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. No Direito do Trabalho é aplicada a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em razão da hipossuficiência do empregado, bem como da natureza alimentar das verbas postuladas.<sup>15</sup>

14. TRT 1ª Região. Processo nº 0100524-61.2016.5.01.0011. Terceira Turma. Min Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 14 maio 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2954852>. Acesso em: 9 set. 2022.
15. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101391-06.2017.5.01.0048. Quarta Turma. Min. Rel. Tânia da Silva Garcia. Data de Julgamento: 23 jul 2020. Disponí-

Portanto, conforme podemos constatar, as alterações nos textos legais não surtiram qualquer efeito no que tange a alterar a forma em que vinha sendo aplicada a teoria da desconsideração. Ao contrário disso, a Justiça do Trabalho manteve-se firme e ignorou até mesmo a diretriz do atual Código de Processo Civil no sentido de haver a necessidade de fundamentação da decisão.

Ao tentarmos minimizar o dano que a ausência de fundamentação ou de explicação plausível possa acarretar no que tange à insegurança jurídica, encontrar-se-ia como resposta ou interpretação lógico-sistemática que o cabimento da teoria menor da desconsideração se daria por equiparação do consumidor ao trabalhador, na medida em que ambos são considerados hipossuficientes por vezes técnico e econômico. Fato que tornaria assim, possível tal aplicação, porém em caráter excepcionalíssimo ao nosso ver.

Para Cléber Lúcio de Almeida, a justificativa vai ainda mais além, ele defende que, em relação à satisfação dos créditos trabalhistas, os arts. 8º e 769 da CLT permitiriam recorrer ao CDC, à Lei nº 8.884/1994, à Lei nº 9.605/1998 e ao Código Civil como fontes subsidiárias do direito processual do trabalho, para efeito de atribuir aos sócios responsabilidade pelas obrigações da pessoa jurídica empregadora, na medida em que a desconsideração da personalidade jurídica constitui valioso facilitador da satisfação dos créditos decorrentes da relação de emprego e, com isso, de melhoria da condição social do trabalhador.<sup>16</sup>

Segundo o referido autor, os arts. 2º, § 2º, 10, 445 e 448 da CLT, 3º da Lei nº 2.757/1956 e 16 da Lei nº 6.019/1974 operam a desper-

---

vel em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2323049>. Acesso em: 9 set. 2022.

16. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.

sonalização das obrigações decorrentes da relação de emprego. Para o autor, todos aqueles que de alguma forma foram beneficiados pelos serviços dos Obreiros seriam responsáveis pelos créditos trabalhistas, resultando na verdade na consagração de um princípio do Direito do Trabalho, o qual o doutrinador denomina de “Princípio da despersonalização das obrigações decorrentes da relação de emprego”.

Assim, afirma o autor que:

Neste compasso, sendo os sócios beneficiários dos lucros auferidos pela pessoa jurídica e, portanto, do trabalho dos seus empregados, deles não podem ser afastados os ônus do seu empreendimento. De outro lado, se os sócios não alcançaram o lucro perseguido por meio da pessoa jurídica, cumpre-lhes responder com seu patrimônio, pelo ônus do fracasso de seu empreendimento e, por consequência, pela satisfação dos créditos dos empregados da pessoa jurídica, vez que, do contrário, estar-se-ia transferindo os riscos do empreendimento econômico para os trabalhadores, em afronta ao art. 2º, caput, da CLT.<sup>17</sup>

Na tese defendida por Cléber Lúcio de Almeida, ao admitir a atribuição de responsabilidade aos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica, é levada em consideração a aplicação do princípio da proteção do trabalhador, pois, existindo um conflito normativo entre a norma que distingue a pessoa jurídica da pessoa de seus sócios e as normas que asseguram e garantem os direitos dos trabalhadores, estas é que deveriam prevalecer, conforme garantiria o art. 7º da Constituição Federal, que impõe a adoção, entre duas ou mais soluções possíveis, daquela que resulte na melhoria da condição social dos trabalhadores.<sup>18</sup>

---

17. Idem.

18. Ibidem.

Outro argumento esboçado por Guilherme Rizzo Amaral e bastante utilizado para corroborar esse entendimento é o quanto, na direção de que conforme já decidiu o STJ, em acórdão relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, a possibilidade da desconsideração jurídica não se dá apenas nos casos expressamente previstos em lei, pois, também decorre do princípio geral da boa-fé, base da doutrina alemã construída sobre o ponto, do princípio que veda o uso abusivo do direito, e da cláusula geral sobre a ordem pública (art. 17 da LICC).<sup>19</sup>

De acordo com o autor, os dispositivos que tratam da boa-fé (arts. 113 e 187 do CC/2002) já dão o embasamento legal necessário para a desconsideração da personalidade jurídica, a despeito de não se referirem especificamente a tal instituto.<sup>20</sup>

Contudo, é imperioso frisar o que relata o autor, já que a interpretação que tem sido dada ao instituto, principalmente na seara trabalhista, a nosso ver tem acometido a aplicação do referido instituto de ilegalidade, já que têm sido operados desvirtuamentos que corroboram com o descumprimento da legislação pátria. Assim, o autor alerta que “não significa dizer que a desconsideração da personalidade jurídica possa ser utilizada como panaceia para todos os problemas, ou vulgarizada a ponto de tornar débil a criação técnica da pessoa jurídica e sua existência distinta da pessoa de seus membros”.

E prossegue, “tratando-se de medida excepcionalíssima, a desconsideração deve ser adotada apenas quando se mostrar claro o abuso da personalidade jurídica, sendo que a jurisprudência anterior ao CPC atual, é rica em exemplos de configuração de tal abuso”.<sup>21</sup>

Arnaldo Rizzardo, na mesma direção, preleciona que:

---

19. AMARAL, Gustavo Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

20. *Idem*.

21. *Ibidem*.



*Inquestionavelmente, o caminho para o qual pendeu o avanço na aplicação da teoria desandou para a generalização da responsabilidade, não dando qualquer valor aos princípios diretores do direito societário. Tem-se nada mais nada menos que uma responsabilização dos sócios, mesmo que minoritários, olvidando-se que sequer podiam mudar o rumo da administração. Ao invés de avanços, têm-se seitas que maculam a pureza e a sanidade do direito e deturpam as conquistas fundadas na coerência e no respeito a institutos jurídicos milenares (grifo nosso).<sup>22</sup>*

A partir dessa celeuma acerca do tema em comento, Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento defendem que a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo do trabalho, deve efetivar-se em razão dos princípios que o regem, dentre eles os da celeridade, informalidade e efetividade, possuindo como pressuposto processual para a sua aplicação, a simples inexistência de bens em nome da pessoa jurídica.<sup>23</sup>

Para os referidos doutrinadores, seria importante a observância de que a desconsideração é levada a efeito no bojo de execuções trabalhistas nas quais o débito perseguido se refere ao trabalho desenvolvido em prol da pessoa jurídica. Esse débito oriundo do trabalho destinado à consecução do objeto social da empresa que, invariavelmente, não possui patrimônio por vários motivos, dentre os quais: na administração empresarial, inexistência de integralização do capital social na abertura ou durante o período de existência da pessoa jurídica ou o desvio do patrimônio empresarial para incremento do patrimônio dos sócios.<sup>24</sup>

---

22. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.202.

23. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

24. *Idem*.

Enfim, o fato é que não faltam argumentos para que a Justiça do Trabalho possa fundamentar a aplicação da teoria menor conforme vem aplicando.

### 3. DA INOVAÇÃO DO CPC/15: DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Perante a consagração pelo direito brasileiro do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, consoante já observado, o Novo CPC, diante da sua missão de criar mecanismos para efetivar o direito material posto, passou a prever um incidente que possuirá o condão de resolver essa querela há muito estabelecida e que tem possibilitado uma série de interpretações destoantes.

Como bem asseverado por Fredie Didier, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trata-se de intervenção de terceiro, pois provoca o ingresso de terceiro em juízo para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial.<sup>25</sup>

É imperioso o registro de que o CPC não cuidou das hipóteses de cabimento de desconsideração, tendo essas que serem definidas em lei de acordo com o estabelecido no art. 133, § 1º do CPC. Em verdade, o Novo CPC, apenas regula o modo de aplicar-se a sanção da desconsideração da personalidade jurídica no processo,<sup>26</sup> cabendo à lei material definir os pressupostos para a sua instalação.

Acerca desses aspectos processuais, assim estabelece o art. 133 e seguintes do Novo CPC:

---

25. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Jus Po-divm, 2015, v. 1.

26. *Idem*.

Art. 133. O *incidente de desconsideração* da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos *previstos em lei*.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O *incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial*.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º *Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial*, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º *O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica*.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. *Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente*.

O primeiro comentário a ser empreendido diz respeito ao fato de caber o referido incidente em qualquer fase processual, seja ela de conhecimento, de cumprimento de sentença, ou de execução dos títulos extrajudiciais (art. 134). Diante disso, fica claro que, para qualquer situação em que exista a necessidade de decidir-se acerca da desconsideração da personalidade jurídica, será necessário a instauração do incidente com o devido respeito ao contraditório.

Frente à interpretação citada, depreende-se que existirão diversos questionamentos a respeito do presente fato, já que na seara trabalhista, a hermenêutica utilizada segue outros parâmetros e está abalizada sob outros aspectos. Com certeza, a presente situação chegará aos Tribunais Superiores a fim de estabelecer um entendimento pacificado acerca do presente tópico, entretanto, no presente trabalho, já se defende a total aplicação ao processo trabalhista, das normas elencadas acerca do incidente em estudo.

Outro fator a ser observado, é o estabelecido no art. 133, o qual expressamente deixa claro que não pode haver a desconsideração da personalidade jurídica, *ex officio* pelo órgão julgador, pois, apenas a parte ou Ministério Público, poderá requerer o incidente.

Como já asseverado, em virtude da habitual aplicação da teoria menor pelo juiz do trabalho, temos presenciado algo que não ocorre nos outros ramos do direito: a desconsideração da personalidade jurídica despida de seus pressupostos e sem a provocação da parte.

Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citada para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. Entretanto, é importante esclarecer que a prova de que os motivos que levam à desconsideração de fato existem, é de quem requerer o incidente. Entretanto, fazendo-se uma interpretação extensiva na justiça do trabalho, se o juiz determinar de ofício a aplicação do instituto, deverá ele prová-lo.<sup>27</sup>

---

27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, então, pode acarretar uma ampliação subjetiva da demanda, formando-se, por força do resultado nele produzido, um litisconsórcio passivo facultativo, já que tanto o sócio quanto a pessoa jurídica, nos casos de aplicação da desconsideração inversa, serão chamados a participar do processo e contestar o quanto alegado.<sup>28</sup>

Acolhido o pedido de desconsideração, legitima-se o alcance dos bens do sócio por dívida da sociedade ou dos bens da sociedade por dívida do sócio, sendo que eventual alienação, oneração, ou cessão de bens, ocorrida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente do incidente.<sup>29</sup>

Por esse motivo, exsurge a importância do quanto estabelecido no § 1º do art. 174, garantindo que “a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas”, tendo em vista que é através desta publicação que terceiros estranhos ao processo tomarão conhecimento do fato de que está pendente o incidente, o que poderá levar ao reconhecimento da responsabilidade patrimonial do requerido.

#### **4. APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CPC/2015 NO PROCESSO DO TRABALHO**

Como anteriormente abordado, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido admitida no processo do trabalho, apesar de sua modalidade.

---

28. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

29. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

Criado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Novo CPC, exsurge a positivação expressa desse instituto na lei processual civil, o que por intermédio do art. 769 do CPC, possui reflexos diretos no processo do trabalho, levando-se em conta que o processo do trabalho não trata desse incidente em suas normas, quedando-se omissos.

A nosso ver, a criação de tal incidente na legislação processual, que é utilizada de forma subsidiária pelo processo trabalhista, cria a vinculação do Magistrado ao quanto estabelecido no CPC/2015, já que nele o incidente aqui estudado apenas poderá ser deferido após o pedido da parte ou do Ministério Público, inexistindo autorização legal para a ação *ex officio* do Magistrado de forma a aplicar tal instituto.

Ora, se o processo trabalhista é omissos nesse ponto, e a atual Lei Processual Civil estabelece o rito e a forma que ocorrerá a utilização do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, nada mais evidente que a interpretação de tal procedimento apenas poderá ocorrer nessa direção, sob pena de desvirtuamento das premissas estabelecidas pelo legislador.

Dessa forma, acreditávamos que, no processo do trabalho, a utilização da teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica, seja em seu sentido clássico ou em suas diversas subespécies, encontraria-se com a entrada em vigor do CPC/2015, óbice legal, devendo utilizar-se o magistrado do rito ali estabelecido e de forma material o quanto ordenado pelo art. 50 do Código Civil.

Entretanto, é imperioso evidenciar que existem autores que entendem de forma diversa, na contramão do quanto aqui defendido, tendo sido essa corrente que prevaleceu. Senão vejamos:

AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. TEORIA MENOR. A desconsideração da personalidade

jurídica encontra fundamento em duas teorias: a subjetiva ou teoria maior na qual a desconsideração é admitida em razão da ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial; e a *teoria menor ou objetiva na qual a constatação de inexistência patrimonial suficiente à satisfação da dívida autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização dos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação, não exigindo qualquer outro requisito, o que se verificou no caso vertente*. Agravo não provido.<sup>30</sup>

Em determinados trechos do julgado supra, é possível identificar as justificativas que sedimentaram o caminho da referida decisão. Vejamos.

No mesmo sentido, apontando para a aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista, o Enunciado nº 02 da 1ª Jornada Nacional de Execução Trabalhista, o qual se reproduz na íntegra:

PODER GERAL DE CAUTELA. CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE OFÍCIO DE PATRIMÔNIO DO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA, IMEDIATA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESTA. CABIMENTO. Desconsiderada a personalidade jurídica da executada para atingir o patrimônio dos sócios, em se constatando a insuficiência de patrimônio da empresa, cabe a imediata constrição cautelar de ofício do patrimônio dos sócios, com fulcro no art. 798 do Código do Processo Civil (CPC), inclusive por meio dos convênios Bacen Jud e Renajud, antes do ato de citação do sócio a ser incluído no polo passivo, a fim de assegurar-se a efetividade do processo.

---

30. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101218-13.2017.5.01.0264. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 13 maio 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2578957>. Acesso em: 9 set. 2022.

*O redirecionamento da execução tem supedâneo no cumprimento do título executivo judicial, suporte nos princípios da celeridade e economia processuais (Artigo 5º, LXXVIII, da CRFB) e, ainda, tem-se a inegável prerrogativa do crédito trabalhista e seu caráter alimentar que merece toda a atenção e esforços do Judiciário na busca de uma efetiva prestação jurisdicional e, tudo isso, visa garantir um amplo acesso à justiça. Escorreito, portanto, o direcionamento da execução contra os sócios.*

*Sobreleva frisar que todas as medidas constritivas direcionadas à reclamada foram infrutíferas. O fato de ser citado ou intimado para pagar e não quitar a dívida, já configura a mora do devedor principal, o que justifica o prosseguimento da execução em face do devedor subsidiário. Nesse sentido é o que preconiza o artigo 786 do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho por força dos artigos 769 e 889 da CLT.*

A partir do julgado acima, é possível constatar a ausência de mudança na forma de aplicação da teoria da desconsideração. Autores como Cléber Lúcio de Almeida<sup>31</sup> — que defenderam a tese de que a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser também determinada pelo juiz *ex officio* — saíram fortalecidos, sob a justificativa de que o juiz estaria autorizado a promover a execução consoante adotado o entendimento do art. 878 da CLT. Este impõe que é obrigação do juiz adotar todas as medidas necessárias à satisfação do credor, o que, segundo o autor, em relação à utilização do instituto em estudo, estaria no rol dessas medidas.

Parte da doutrina que defende a tese acima explicitada, a expressa sob a ótica de que o princípio da simplificação das formas e proce-

---

31. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.



dimentos, aplicado ao direito processual do trabalho, impede a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade de forma autônoma, em especial com força suficiente para suspender o processo.

Nessa mesma linha, caminha Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento,<sup>32</sup> que defendem a interpretação de que os princípios que regem o Direito do Trabalho e que inspiram o processo do trabalho não admitem a possibilidade de pensar em medidas que dificultem a persecução do patrimônio empresarial ou societário a fim de garantir o pagamento da dívida trabalhista.

Assim, ao seguir na direção oposta ao quanto apresentado, estar-se-ia transferindo ao empregado os riscos do empreendimento empresarial, que os assumiria se a inexistência de patrimônio empresarial ensejasse a inefetividade da execução trabalhista, o frise-se é vedado pela CLT.<sup>33</sup>

Para os defensores dessa linha interpretativa, o rito processual trabalhista já comporta a aplicabilidade dessa simplificação, inclusive, no tocante à inovação do Atual CPC, já que, por exemplo, no rito sumaríssimo os incidentes são resolvidos em mesa de audiência; e no ordinário, todas as exceções postas na inicial, são abordadas em matéria de defesa, quando da juntada da contestação, já que apenas as exceções de suspeição, impedimento e competência, possuiriam o condão de suspender o feito.<sup>34</sup>

Dito isso, quem defende a aplicação da teoria menor, rechaça a aplicação do quanto estabelecido no atual CPC já que, para essa doutrina, a previsão de que o requerimento da desconconsideração da

---

32. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

33. *Idem*.

34. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.

personalidade jurídica seja instaurado um incidente com suspensão do processo, sendo que tal medida seria injustificável, já que faria depender de reconhecimento de crédito (objeto da demanda) à fixação da responsabilidade pela sua efetiva satisfação (objeto do incidente).<sup>35</sup>

Ora, possuindo o direito processual trabalhista, a autorização para a instauração de outras exceções que suspendem o feito, a aplicação do presente instituto não seria inviável. Até porque, como já dito, o pedido pode acompanhar já a inicial e, dessa forma, a decisão será enfrentada pelo Magistrado quando da prolação da sentença, quedando-se incoerente afirmar que a aplicação do presente instituto traria óbice ao direito do empregado.

Na rota do não cabimento do incidente da desconsideração, também os autores Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento, tendo em vista que para eles, em linhas gerais, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tal qual delineado no atual CPC, não seria aplicável ao processo do trabalho por reportar incompatível com as regras processuais trabalhistas.<sup>36</sup>

Mais uma vez, ousamos discordar do entendimento acima esboçado, já que reportamos completamente aplicáveis ao processo trabalhista as normas apostas no CPC/15, no que se refere à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que por óbvio, por ser norma complementar, ter-se-ia que aplicar a interpretação sistemática da norma.

Dito isso, e tendo em vista que o CPC/15 permite a inserção do pedido da desconsideração da personalidade jurídica, já na inicial da decisão empreendida pelo Magistrado quando da prolação da sentença, caberia à interposição do Recurso Ordinário, e não da Apelação,

---

35. Idem.

36. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

já que tal Recurso inexistente na seara processual trabalhista. De outro modo, se a desconconsideração for decidida por meio de decisão interlocutória, esta se torna irrecorrível, consoante estabelece o art. 893, § 1º, da CLT, que não foi derogado pela nova legislação processual civil.

Na presente situação, poderá o sócio na situação da desconconsideração clássica, ou a pessoa jurídica na desconconsideração inversa, voltar a impugnar tal deferimento, em sede de Embargos à Execução, a serem ajuizados depois da garantia do juízo.

Associado a isso, já foi dito que no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ocorrerá a citação do sócio ou da pessoa jurídica, para que este apresente defesa acerca do quanto requerido pelas partes ou pelo Ministério Público, já que o CPC/15 inova ao permitir a aplicação de tal instituto em qualquer momento processual e não apenas na execução como outrora.

Nesse passo, inexistirá qualquer impedimento para o exercício do contraditório e da ampla defesa, já que no momento processual oportuno a parte poderia contestar. Além do mais lhe seria também garantido o duplo grau de jurisdição, visto que de tal decisão caberia Recurso ordinário, conforme explicado.

Ademais, seria importante ressaltar que, assim como afirma Alexandre Freitas Câmara, a suspensão ocorrida no presente incidente em discussão seria em verdade uma suspensão imprópria. De acordo com o autor, o que se tem é apenas a vedação à prática de certos atos do processo (àqueles que não integram o procedimento do incidente), o que perdurará até que o incidente de desconconsideração seja decidido.<sup>37</sup>

Nas palavras do doutrinador, a suspensão imprópria, assim considerada, seria a “vedação temporária à prática de alguns atos do processo, permitida a prática de outros (no caso, é permitida apenas, a

---

37. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

prática dos atos processuais referentes ao procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”.<sup>38</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De mais a mais, pode-se concluir, pelos motivos expostos, que o processo do trabalho, assim como todos os ramos do Direito, sofreu a interferência das alterações advindas das Leis nº 13.105/2015 e nº 13.467/2017. Tais influências foram estabelecidas não somente pela permissão legal, já que o Código de processo civil é aplicável de forma subsidiária à CLT, no que couber e for compatível, mas principalmente porque diversas práticas, e inclusive entendimentos jurisprudenciais, foram minimamente revistas, tendo em vista o estabelecimento de novas normatizações que antes eram omissas no CPC e na CLT.

No presente trabalho, tentou-se demonstrar apenas uma dessas questões, afeita ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ciente de que a presente temática ainda ocasionará diversas discussões, inclusive nos Tribunais Superiores, acreditamos que o incidente aposto no art. 133, e seguintes do CPC/15, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho. Principalmente, no sentido de sustar a interpretação equivocada feita por essa justiça especializada no âmbito da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Muito embora, essa ainda não seja a corrente predominante.

Nesse passo, resta claro que todos os instrumentos do instituto podem ser aplicados na seara trabalhista, sem qualquer vedação. Entretanto, o que se busca com essa aplicação, não é efetivamente que os créditos trabalhistas não sejam garantidos. Até porque estes

---

<sup>38</sup>. Idem, p. 431.

possuem natureza essencialmente alimentar. O que se pretende é que a legislação, enquanto participante do sistema jurídico, obedeça aos requisitos balizadores atinentes à pessoa jurídica e seu nível de responsabilidade. Ou seja, comprovado por meio do novo procedimento que houve efetivamente a ação nefasta por parte da pessoa jurídica ou dos seus sócios, a desconsideração da personalidade jurídica deverá necessariamente ser aplicada, já que todos os parâmetros foram inobservados, devendo os requeridos arcarem com o ônus dos prejuízos que causaram, respondendo, desse modo, com seu patrimônio pessoal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.
- AMARAL, Gustavo Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Presidência do Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 139, nº 8, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 ago. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 11.937, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 17 ago. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 152, nº 51, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 9 set. 2022.

- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 9 set. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 154, nº 51. p. 1, 14 jul. 2017 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1). Acesso em: 9 set. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 183-B, p. 1, 20 set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7). Acesso em: 9 set. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1.
- \_\_\_\_\_; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: Comparativo om o Código de 1973**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Novo CPC — Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo de nº 0001200-69.1998.5.01.0063 — AP. Rel. Sérgio Lucas Martins. Sétima Turma. Data da publicação: 12.12.2014. Disponível em: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12 2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração teoria menor](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12%2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração+teoria+menor). Acesso em: 20 ago. 2015.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101218-13.2017.5.01.0264. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 13 maio 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2578957>. Acesso em: 9 set. 2022.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101391-06.2017.5.01.0048. Quarta Turma. Min. Rel. Tânia da Silva Garcia. Data de Julgamento: 23 jul 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2323049>. Acesso em: 9 set. 2022.
- TRT 1ª Região. Processo nº 0100524-61.2016.5.01.0011. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 14 mai 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2954852>. Acesso em: 9 set. 2022.
- VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.





# A EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

*Érica Guerra da Silva<sup>1</sup>*

*Fábio da Silva Veiga<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é mostrar que as empresas são importantes agentes de promoção do desenvolvimento econômico de um país, sendo necessário o empenho para que, diante de uma crise econômico-financeira, a atividade empresarial possa se valer do instituto da recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 modernizou o relacionamento entre a empresa e seus credores, sendo seu objetivo primordial o soerguimento da mesma, propiciando a sua continuidade. Tal preocupação se faz de suma importância, pois a empresa assumiu um papel de relevante

1. Pós-doutora em direito pela PUC-Minas. Professora adjunta da UFRRJ, Instituto Três Rios.
2. Professor doutor de direito empresarial da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (Portugal).

conotação social, uma vez que a atividade empresarial é um organismo propulsor importante para o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, a Lei nº 11.101/2005 objetiva manter a atividade empresarial, dispõe sobre a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários no art. 57, e tem representado um obstáculo para a preservação da empresa.

Analisar-se-ão as obrigações tributárias das atividades empresariais, considerando seu impacto na atividade econômica organizada. Ademais, este trabalho enfatizará as repercussões da exigência das certidões negativas de débitos tributários para a efetividade do processo de recuperação.

Por fim, em relação à sistemática da investigação, trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfico documental qualitativa, orientada pelo modelo crítico dialético, que tem como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a Constituição Federal, a legislação brasileira, a jurisprudência e a doutrina.

## **1. AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS**

Para que o Estado possa dividir as riquezas de forma justa sem ofender as liberdades conquistadas e não ferir os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a atividade de arrecadação de tributos e a aplicação da receita apurada com essa atividade é a forma adequada. No que tange à arrecadação de tributos, o descumprimento de obrigações tributárias pelo empresário fere as normas constitucionais que disciplinam o assunto.

O empresário individual e a sociedade empresária que arrecadam seus tributos de forma adequada permitem ao Estado investir em programas socioeconômicos, possibilitando minorar as

desigualdades sociais, pois transfere renda para as camadas mais pobres da população.

A concepção de tributo com esta finalidade estava presente na Antiguidade, como se verifica no pensamento aristotélico:

O estadista verdadeiramente dedicado ao povo deve ter em vista os meios de evitar que as massas sejam excessivamente pobres, pois esta é a causa da fragilidade das democracias. Deve-se, portanto, imaginar medidas capazes de trazer prosperidade duradoura às massas. Como isto é também vantajoso para os ricos, o procedimento adequado é acumular todos os excedentes das rendas públicas em um fundo e distribuí-los entre os pobres, principalmente, se for possível, em quantias suficientes para a aquisição de uma pequena propriedade, ou, se assim não for, para servir de capital inicial em negócios ou na agricultura; se nem isto for possível, deve-se, então, distribuir o dinheiro de qualquer maneira, mas por tribos ou alguma outra forma de divisão pela população.<sup>3</sup>

Celso Ribeiro Bastos, ao tratar da evolução histórica do conceito e natureza de tributo, destaca:

O tributo é, pois, o dever dos contribuintes de pagarem certa quantia em dinheiro ao Estado, independentemente de o Poder Público lhe ter prestado algum favor ou serviço, assim como sem vinculação à prática de qualquer ato ilegal pelo contribuinte. A obrigação de pagar tributo deflui tão somente de ter o contribuinte se inserido debaixo de alguma daquelas situações hipoteticamente descritas pela norma com geradoras de obrigação tributária. Por meio do tributo, o Estado

---

3. ARISTÓTELES, 1.320b, *Política*. Tradução de Mário Gama Kury — 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997, p. 212.

abastece os seus cofres para poder satisfazer as suas necessidades. Não é a única via, mas é a mais importante no Estado Moderno.

No correr dos tempos, as organizações políticas foram abandonando outras formas de autofinanciamento, como a exploração do patrimônio próprio, a feitura de guerras de conquistas, para adotar a via do tributo, que ocupa um lugar de destaque na atividade financeira do Estado. Isto se dá não só pelo volume das verbas que por intermédio desse instituto passam às mãos dos Estados, como também pelo sofisticado sistema jurídico que daí resulta na tentativa de encontrar o justo ponto de equilíbrio entre a indispensável necessidade do Estado em tributar e a não menos legítima pretensão do contribuinte em que esta atividade se exerça de modo justo, equitativo, racional e acompanhada de garantias jurídicas que tolham os abusos que daí possam advir.<sup>4</sup>

É sabido que, para aferir a capacidade contributiva da sociedade como um todo e de terminar segmentos econômicos, desenvolveu-se uma sofisticada metodologia econométrica. Isso, entretanto, não é suficiente. Para se atingir o estágio do Estado Democrático de Direito, cálculos outros se tornam indispensáveis para a mensuração da “quota” individual, de tal modo que uns não sejam prejudicados em face dos demais.<sup>5</sup>

Deve-se levar em consideração o princípio constitucional da livre concorrência, na medida em que o empresário que sonega forma um preço mais vantajoso do que aquele que cumpre com a sua obrigação tributária, aumentando o custo tributário por pessoa e por empresa, ofendendo ao princípio constitucional da capacidade contributiva disposto no art. 145, § 1º da Carta Magna:

---

4. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 96-97.

5. NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos na tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 191.

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Há tempos os malefícios da sonegação de tributos são objeto de estudos. A *Revista Exame*, na edição 819, de 9 de junho de 2004, publicou matéria relevante sobre esse assunto intitulada “Uma luz sobre o Brasil das sombras: uma pesquisa mostra como a informalidade e a sonegação impedem o Brasil de crescer de verdade”:

O segmento informal acaba inviabilizando muitos dos investimentos daqueles que trabalham dentro da lei e pagam impostos em dia.

Para as empresas que respeitam as leis ficam as perdas sucessivas impostas pela concorrência desleal dos sonegadores, adulterados e outras facetas do crime organizado.

A sonegação é danosa ao país. Representa a eliminação de empregos via concorrência desleal e priva o Estado de recursos necessários à infraestrutura e ao social.<sup>6</sup>

Pode-se afirmar que a empresa que atende a sua função social, arrecadando corretamente os tributos, contribui para que o financiamento do Estado possa atender aos objetivos da República de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Assim, o ato de não pagar tributo representa uma violação à própria Constituição.

---

6. Revista *Exame*, na edição 819, de 9 jun. 2004. “Uma luz sobre o Brasil das sombras: uma pesquisa mostra como a informalidade e a sonegação impedem o Brasil de crescer de verdade”.

Os empresários, por meio da Confederação Nacional do Comércio, há muitos anos pleiteiam uma reforma tributária que permita a redução da carga tributária e a simplificação do sistema de tributação, para que possa reduzir os custos administrativos e estimular a atividade econômica.

Antônio Oliveira Santos, presidente da Confederação Nacional do Comércio, explica:

Partindo do princípio de que uma carga tributária por demais elevada resulta em perda potencial de produção, segue-se que seria altamente recomendável utilizar um modelo numérico para identificar qual o nível de taxação que permitiria alcançar o maior crescimento possível.

Nos últimos dez anos, a carga tributária do Brasil subiu de 25% para 37% do PIB, caminhando para 40%, estimulando o contrabando, a sonegação, a evasão e o comércio clandestino, ou seja, tornando cada vez mais difícil o trabalho da indústria e do comércio legal, diante da concorrência desagregadora. A economia brasileira está ameaçada por uma crise de múltiplas consequências, como a baixa competitividade, a retração dos negócios, a corrupção e a violência, problemas todos eles derivados, principalmente, da insuportável carga tributária que entorpece as atividades econômicas.<sup>7</sup>

Essa tributação gera dois tipos de problemas. Por um lado, por ser muito elevada, acaba por tirar excessivos recursos do setor privado (empresas e famílias), reduzindo, dessa forma, o investimento. Por outro lado, pelo fato de estar assentada em tributos de má qualidade, em particular por seu caráter cumulativo, acaba por criar distorções alocativas e limitadas à capacidade competitiva do setor privado.<sup>8</sup>

---

7. SANTOS, Antônio Oliveira. *O caminho das pedras*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2003, p. 47-52.

8. *Idem*, p. 151.

Deve-se entender, portanto, que uma boa forma de governo consiste em obedecer às leis vigentes, e outra é ter boas leis para obedecer.<sup>9</sup>

O interesse social quer significar o empenho da empresa como incentivadora de empregos, da circulação de riquezas e serviços, e arrecadoras de tributos; meios pelos quais se dão a estimulação social dos bens que lhe pertencem.

As leis tributárias nacionais precisam de um ajuste para que o empresário individual e a sociedade empresária, cumprindo com uma obrigação que lhe é imposta pela Constituição, possam dar condições ao Estado de cumprir com os objetivos do Estado Democrático de Direito, ou seja, garantir a superação das desigualdades sociais e realizar a justiça social.

## **2. O HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LEI Nº 11.101/2005 SOB O ENFOQUE DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, recebia muitas críticas em relação aos arcaicos e morosos mecanismos processuais do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Sendo seu objeto a liquidação judicial; fundada na insolvabilidade do comerciante individual, protegendo o devedor honesto e punindo o desonesto. Apresentava dois sinalizadores de envergadura: a impontualidade e os atos de falência.

Nesse sentido, Jorge Lobo afirma que:

[...] o caráter penal e repressivo da falência e a concepção de que se deve promover a liquidação do patrimônio do falido para realizar a

---

9. ARISTÓTELES, 1.320b, *Op. cit.*, p. 137.

*pars conditio creditorum* cederam lugar ao sistema de reorganização e recuperação das empresas deficitárias, de forma a criar condições de fazê-la sair do “buraco” e voltar a exercer as funções e atividades que motivaram a sua constituição.<sup>10</sup>

Sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a concordata era o mecanismo de recuperação da empresa, tendo sido um insucesso no Brasil.

No Decreto-Lei nº 7.661/1945, havia a exigência para que a concordata fosse julgada cumprida e que o devedor apresentasse comprovação de que havia pagado todos os impostos, sob pena de falência. Portanto, não havia exigência de apresentação das certidões negativas de débitos para concessão de concordata. A obrigação da comprovação de pagamento de todos os impostos foi abrandada pela jurisprudência da época, que admitia o pedido de desistência da concordata.

Aduzia Rubens Requião afirma, sobre a possibilidade do pedido de desistência da concordata, que “a terceira hipótese que abordamos é a da concessão de desistência, em qualquer fase do processo, desde que não importe em burla no cumprimento da lei o aos interesses dos credores”.<sup>11</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro buscou adequar o novo sistema concursal com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, que promoveu mudanças no procedimento de falência e modificou os mecanismos de recuperação de empresas.

A mudança teve início com o envio, pelo Poder Executivo, da Mensagem nº 1.014, de 21 de dezembro de 1993, para o Congresso Nacional do texto projeto de lei, elaborado pelas Comissões constituídas pelas Portarias 233, publicada no DOU de 9 de maio de 1991,

---

10. LOBO, Jorge. *In* Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 32.

11. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 2ª vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 411.



e 552 MJ, acompanhado da Exposição de Motivos do então ministro da Justiça, o saudoso dr. Maurício Corrêa, que dispunha sobre falências e concordatas, visando, primordialmente, proteger credores e devedores, salvaguardando, também, a empresa.

No projeto de lei enviado à Câmara dos Deputados, havia regulamentação sobre os débitos fiscais e parafiscais: “Art. 35, § 2º. Havendo débitos fiscais ou parafiscais, a concordata somente será concedida mediante prova de garantia de execução, da nomeação regular de bens à penhora ou de parcelamento da dívida.”

A Lei nº 11.101/2005 é uma espécie normativa de lei ordinária, por isso o projeto de lei teve que ser apreciado pela Câmara dos Deputados (Casa iniciadora) e revisado pelo Senado (Casa revisora).

Na Câmara dos Deputados, na Comissão Especial, foi nomeado relator o saudoso deputado Osvaldo Biolchi, em seu relatório, tendo sido constituída uma Comissão Especial, destinada a apreciar e dar parecer sobre o Projeto de Lei nº 4.376/1993, após dez anos de tramitação na Câmara dos Deputados, período em que recebeu quase quinhentas emendas. A Comissão Especial fez inúmeras alterações ao texto da subemenda aglutinativa global e o projeto de lei ficou estruturado em onze capítulos e 225 artigos.

Após a subemenda aglutinativa global, a regulamentação sobre as certidões negativas de débitos tributários foi: Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no artigo anterior, dentro de dez dias o pedido deverá ser analisado e determinado o processamento da recuperação judicial, quando o juiz: III — determinará a dispensa da apresentação de quaisquer certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades comerciais, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, sendo sempre obrigatório, em todos os atos e documentos, observar o disposto no art. 61.

No Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara recebeu o nº 71, tendo sido enviado para a Comissão de Assuntos Econômicos e nomeado o saudoso senador Ramez Tebet como relator. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi nomeado relator o senador Fernando Bezerra.

No Senado, consolidou-se a redação final do Substitutivo do Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003, o projeto de lei aprovado com a estrutura de oito capítulos e 201 artigos.

A regulamentação sobre a apresentação das certidões negativas de débitos tributários foi alterada:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 sem objeção de credores, o devedor apresentará, em cinco dias, certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

*Parágrafo único.* Decorrido o prazo sem a apresentação das certidões, o juiz decretará a falência.

Reenviado à Câmara dos Deputados, o projeto foi votado em 14 de dezembro de 2004.

O texto do art. 57 sobre a regulamentação das certidões negativas de débitos tributários é novamente alterado, para excluir o parágrafo único e retirar o prazo para apresentação das certidões:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.

Quanto ao parcelamento dos débitos tributários dos devedores em recuperação judicial, está previsto no art. 68 da Lei nº 11.101/2005.<sup>12</sup>

Após, o projeto foi enviado para sanção do presidente da República.

No dia 9 de fevereiro de 2005, foi sancionado o projeto que se transformou na Lei nº 11.101, com prazo de *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, entrando em vigor no dia 9 de junho do mesmo ano.

### 3. AOS REFLEXOS DA EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É cediço que a atividade empresarial que se encontra em estado de crise econômico-financeira tem débitos tributários, pois o empresário se torna inadimplente com o fisco antes de se tornar devedor de fornecedores, porque o não pagamento desses torna imediatamente inviável a atividade empresarial.

Apesar de o legislador não sujeitar a recuperação judicial, os créditos tributários e previdenciários, o art. 57 da Lei nº 11.101/2005 exige a apresentação de certidões negativas de débitos tributário e previdenciário para sua concessão. Sendo certo que a decisão de processamento da recuperação judicial, primeira fase do processo, por disposição expressa na Lei nº 11.101/2005, art. 52, II,<sup>13</sup> o juízo não exige as certidões negativas de débitos tributários.

12. Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Nacional — INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.

13. Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: II — *determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei (grifo nosso).*

Dispõe o Código Tributário Nacional, sobre a certidão negativa:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

No art. 151, o Código Tributário Nacional dispõe das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, referindo-se a: I — moratória; II — o depósito do seu montante integral; III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV — a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V — a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; e VI — o parcelamento. Em todos esses casos, o contribuinte faz jus à certidão positiva de tributos com efeitos de negativa, ao teor do art. 206 do CTN.

Das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, destaca-se o parcelamento do débito constitui um benefício que deve ser outorgado como incentivo. Com o parcelamento, o contribuinte abandona o estado de inadimplência e a época do pagamento do tributo desloca-se para adiante, quando efetuados os pagamentos das parcelas.

À luz do princípio da capacidade contributiva, o legislador pretendeu conceder às sociedades e empresários individuais em recuperação judicial o direito ao parcelamento de créditos tributários (art. 68).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se que a exigência da apresentação de certidão negativa de débito tributário, sem que haja lei específica para regular o parcelamento para empresas em processo de recuperação judicial, representará a ineficiência da Lei nº 11.101/2005.

Nesse sentido:

RESP 1.187.404/MT STJ

Ementa: direito empresarial e tributário. Recurso especial. Recuperação judicial. Exigência de que a empresa recuperanda comprove sua regularidade tributária. Art. 57 da Lei nº 11.101/2005 (LRF) e art. 191-a do Código Tributário Nacional (CTN). Inoperância dos mencionados dispositivos. Inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. 1. O art 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade de recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. 2. O art. 57 da Lei nº 11.101/2005 e o art. 191-a do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso vi, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, a menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parce-

lamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação. 4. Recurso especial não provido.<sup>14</sup>

A Comissão de Juristas, reunidos na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, em outubro de 2012, emitiu enunciado sobre a matéria, *verbis*:

Enunciado 55. O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da fazenda pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da lei nº 11.101/2005 e no art. 191-a do ctn.<sup>15</sup>

Houve a introdução, pela Lei Complementar nº 147/2014, do parágrafo único no art. 68 da Lei nº 11.101/2005, que trata do parcelamento de créditos tributários (art. 68). No parágrafo único do art. 68 está disposto que as microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.<sup>16</sup>

Apesar da promulgação da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, art. 43,<sup>17</sup> instituir o parcelamento especial para empresários

14. Disponível em: [www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num\\_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf](http://www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf). Acesso em: 13 maio 2015.

15. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%201%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%201%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf).

16. O art. 10-A, § 7º da Lei nº 10.522/2002, com a reforma introduzida pela Lei nº 14.112/2020, passou a dispor nos mesmos termos do artigo 68, parágrafo único da Lei nº 11.101/2005: “As microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazo 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.”

17. Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014 — Art. 43. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

individuais ou sociedades empresárias em recuperação judicial, não foi suficiente para solucionar a questão do parcelamento das dívidas tributárias, pois o art. 44 da Lei nº 13.043/2014 determinou expressamente que a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editarão os atos necessários à efetivação desse parcelamento.

---

“Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:

I — da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II — da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);

III — da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV — 84ª prestação: saldo devedor remanescente. § 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis.

§ 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.

§ 3º O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo.

§ 4º Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.

§ 5º O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.

§ 6º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos.

§ 7º O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11, no inciso II do § 1º do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no § 2º do art. 14-A. Art. 44. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive por meio de ato conjunto quando couber, editarão os atos necessários à efetivação do disposto nesta Seção.”

Em 13 de fevereiro de 2015, foi editada a Portaria Conjunta nº 15, de 15 de dezembro de 2009, que no art. 2º tratou sobre o parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional.<sup>18</sup>

18. A Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, de 2009, passa a vigorar acrescida do “Capítulo III-A — Do Parcelamento e Pessoas Jurídicas em Recuperação Judicial”, da “Seção Única — Das Disposições Específicas Relativas ao Parcelamento de Pessoas Jurídicas em Recuperação Judicial!” E do art. 36-A, com a seguinte redação e estrutura: “CAPÍTULO III-A DO PARCELAMENTO DE PESSOAS JURÍDICAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL Seção Única Das Disposições Específicas Relativas ao Parcelamento de Pessoas Jurídicas em Recuperação Judicial Art. 36-A.” O sujeito passivo que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá parcelar seus débitos para com a Fazenda Nacional em até 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas. § 1º O requerimento do parcelamento deverá ser: I — formalizado de acordo com o disposto no inciso I do art. 6º, abrangendo a totalidade dos débitos exigíveis em cada órgão; II — assinado pelo seu devedor ou por representante legal com poderes especiais, nos termos da lei, ou pelo administrador judicial, se deferido o processamento da recuperação judicial; e III — além dos documentos relacionados no inciso IV do caput e no § 2º do art. 6º, conforme o caso, instruído com: a) se deferido o processamento da recuperação judicial: 1. Documento de identificação do administrador judicial, se pessoa física, ou do representante legal do administrador judicial, se pessoa jurídica, ou ainda do procurador legalmente habilitado, se for o caso; 2. No caso de administrador judicial pessoa jurídica, o termo de compromisso de que trata o art. 33 da Lei nº 11.101, de 2005; e 3. Cópia da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial; b) se ainda não deferido o processamento da recuperação judicial, cópia da petição inicial de recuperação judicial devidamente protocolada; c) na hipótese prevista no § 5º, cópia da petição de desistência da impugnação, do recurso interposto ou da ação judicial e cópia da petição do pedido de renúncia, devidamente protocoladas. § 2º Observado o disposto no § 2º do art. 18, as parcelas serão calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: I — da 1ª (primeira) à 12ª (décima segunda) prestação, 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento); II — da 13ª (décima terceira) à 24ª (vigésima quarta) prestação, 1% (um por cento); III — da 25ª (vigésima quinta) à 83ª (octogésima terceira) prestação, 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento), e IV — 84ª (octogésima quarta) prestação, o saldo devedor remanescente. § 3º O parcelamento abrangerá a totalidade dos débitos devidos pelo sujeito passivo constituídos, ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União (DAU), mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis, assim considerados: I — os débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a tercei-



A Lei nº 14.112 de 2020 que realizou profundas modificações na Lei nº 11.101/2005 também alterou a Lei nº 10.522/2002. A Lei nº 14.112/2020, no art. 3º, deu nova redação ao art. 10-A e incluiu os arts. 10-B e 10-C da Lei nº 10.522/2002 para regulamentar minuciosamente acerca dos débitos tributários do devedor em recuperação judicial, no âmbito federal.

Dispõe o caput do art. 10-A da Lei nº 10.522/2002:

O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá liquidar débitos para com a Fazenda Nacional existentes, ainda que não vencidos até a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial, de natureza tributária ou não tributária, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, mediante a opção por uma das seguintes modalidades.

---

ros, assim entendidas outras entidades e fundos, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); e IV — os demais débitos administrados pela RFB. § 4º O sujeito passivo poderá desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que os respectivos débitos sejam parcelados nos termos deste artigo. § 5º No caso de os débitos se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. § 6º Além das hipóteses previstas no art. 28, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica. § 7º Consideradas as modalidades previstas no § 3º, a pessoa jurídica poderá ter apenas 1 (um) parcelamento referente ao processo de recuperação judicial. § 8º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos. § 9º O parcelamento de que trata este artigo deverá ser efetuado com observância das demais condições estabelecidas nesta Portaria Conjunta, ressalvado o disposto no art. 13, no § 1º do art. 26, nos incisos I, II e VIII do art. 27 e no art. 33.

De acordo com o art. 10-A, “V”, o débito, inclusive de natureza não tributária, poderá ser parcelado em até 120 prestações mensais e sucessivas, correspondentes a um percentual mínimo previsto em lei, por exemplo, em parcelas de 0,5% do valor total da dívida até a 12<sup>a</sup> parcela. As microempresas e empresas de pequeno porte poderão parcelar seus débitos de 144 parcelas.

O devedor que optar por incluir os débitos em discussão administrativa ou judicial nessas modalidades de parcelamento, deverá comprovar a desistência de impugnações, recursos e ações judiciais, conforme o caso, bem como a renúncia quanto às alegações de direito correspondentes, art. 10-A, § 2º da Lei nº 10.522/2002.

O devedor poderá desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar o parcelamento nos termos do art. 10-A, § 3º da Lei nº 10.522/2002.

Em relação a débitos administrados pela Receita Federal do Brasil (RFB), permite-se a liquidação de até 30% com o abatimento de prejuízos fiscais acumulados, parcelando-se o saldo restante em até 84 vezes, conforme art. 10-A, VI Lei nº 10.522/2002.

A adesão se dará por termo de compromisso como estabelecido no art. 10-A, § 2º-A da Lei nº 10.522/2002. São requisitos para a concessão do parcelamento — art. 10-A, “V” ou “VI”, conforme § 2º:

- (i) I – o fornecimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de informações bancárias, incluídas aquelas sobre extratos de fundos ou aplicações financeiras e sobre eventual comprometimento de recebíveis e demais ativos futuros; II – o dever de amortizar o saldo devedor do parcelamento de que trata este artigo com percentual do produto de cada alienação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante realizada durante o período de vigência do plano de recuperação judicial, sem prejuízo do disposto no inciso III do § 4º

deste artigo; III – o dever de manter a regularidade fiscal; IV – o cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Mesmo com o parcelamento, não haverá a liberação dos bens e dos direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos créditos parcelados, nos termos do § 6º do art. 10-A da Lei nº 10.522/2002. Todavia, sendo realizados os pagamentos das parcelas, poderá o juiz autorizar a liberação de bens dados em garantia se ficar demonstrado que a garantia remanescente é suficiente para liberação de parte dos para a satisfação do crédito em eventual inadimplemento.

O art. 10-A, § 4º da Lei nº 10.522/2002 dispõe sobre a exclusão do sujeito passivo do parcelamento:

I — a falta de pagamento de 6 (seis) parcelas consecutivas ou de 9 (nove) parcelas alternadas; II — a falta de pagamento de 1(uma) até 5 (cinco) parcelas, conforme o caso, se todas as demais estiverem pagas; III — a constatação, pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de qualquer ato tendente ao esvaziamento patrimonial do sujeito passivo como forma de fraudar cumprimento do parcelamento, observado, no que couber, o disposto no inciso II do § 2º-A deste artigo; IV — a decretação de falência ou extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica optante; V- a concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992; VI — a declaração de inaptidão da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nos termos dos arts. 80 e 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; VII-a extinção sem resolução do mérito ou a não concessão da recuperação judicial, bem como a convalidação desta em falência; ou VIII — o descumprimento de

quaisquer das condições previstas neste artigo, inclusive quanto ao disposto no § 2º-A deste artigo.

O art. 10-C da Lei nº 10.522/2002, introduzido pela Lei nº 14.112/2020, passou a permitir que o devedor em recuperação judicial apresente proposta de transação tributária à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, remetendo às normas sobre o assunto descritas na Lei nº 13.988/2020. O devedor poderá propor a liquidação de seus débitos fiscais inscritos em dívida ativa em até 120 meses, com limite máximo de 70% de reduções. E a apresentação da proposta suspenderá o andamento das execuções fiscais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao regulamentar a recuperação de empresa, através da recuperação judicial e da extrajudicial, o legislador consolidou o pensamento da manutenção da empresa como regra, necessitando o devedor e credores conspirarem pela preservação e função social da empresa.

Vislumbra-se que a matéria sobre apresentação de certidões negativas de débitos pelas atividades empresariais em recuperação sempre foi objeto de controvérsias, sendo a sua dispensa ainda uma necessidade para a efetividade do processo de recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, posto que não houve uma regulamentação por cada ente da Federação.

Desta feita, enquanto são editadas leis sobre os parcelamentos de débitos tributários<sup>19</sup> por cada ente da Federação, a norma que exige

---

19. Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela LCP nº 104, de 10 de janeiro de 2001)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela LCP nº 118, de 2005)

a comprovação da regularidade fiscal para concessão da recuperação judicial, art. 57 da Lei nº 11.101/2005, não é plenamente eficaz.

Assim sendo, deve prevalecer o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça:

[...] O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, a menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.<sup>20</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, 1320b. **Política**. Tradução de Mário Gama Kury — 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.187.404 — MT**. Exigência de que a empresa recuperanda comprove sua regularidade tributária. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Viana Trading Importação e Exportação de Cereais LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de novembro de 2013. Disponível em: [ww.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num\\_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf](http://ww.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf). Acesso em: 13 maio 2015.

---

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, set o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela LCP nº 118, de 2005).

20. RESP 1.187.404/MT STJ.

- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 1<sup>a</sup>. Juruá. 2021.
- EXAME. Uma luz sobre o Brasil das sombras. **Revista Exame**. São Paulo, 2004.
- LOBO, Jorge. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 2006.
- NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos na tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 2<sup>o</sup> vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Antônio Oliveira. **O caminho das pedras**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2003.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DAS EMPRESAS PETROLÍFERAS

*Laura Santos Aguiar<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é mostrar o instituto jurídico da responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental; bem como a teoria do risco majoritariamente aceita, pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, quando da análise acerca da responsabilidade civil objetiva ambiental, da qual se submetem as empresas petrolíferas de exploração e produção de óleo e gás, caso ensejem a ocorrência de danos ao meio ambiente.

A relação do homem com o meio ambiente sempre foi predatória, tendo em vista que o ser humano com frequência retirou do meio ambiente os recursos necessários à manutenção da vida. No entanto, com a Revolução Industrial, tal relação se intensificou com a produção em larga escala; as consequências negativas da sociedade industrializada refletiram, também, no meio ambiente.

---

1. Pós-graduanda em petróleo e gás pela UFRJ. Bacharela em direito pela UFRRJ.

Não só a poluição trouxe problemas de degradação, mas também os desastres ecológicos e a utilização desregrada dos recursos naturais. Com o passar dos séculos, e com os reflexos de todo o prejuízo ocasionado ao meio ambiente na qualidade de vida humana, cresceram movimentos cuja pauta estava voltada para a proteção e para a preservação ambiental.

Hodiernamente, vive-se em um mundo globalizado cujo desenvolvimento econômico encontra-se cada vez mais atrelado à preocupação com as questões ambientais, fato que, certamente, se aplica à atividade econômica relativa ao setor de energia, mais especificamente às atividades empresariais de exploração e produção de petróleo e gás, objeto do presente artigo.

A civilização contemporânea, engajada, desde o século XIX,<sup>2</sup> na contínua busca por recursos fósseis — os quais, como fonte de energia que são, permitiram o avanço da nossa sociedade industrializada ao atual grau de desenvolvimento industrial e tecnológico no qual chegamos — agora se atém à necessidade de se preservar o meio ambiente no qual encontra-se inserida.

Tanto é que as legislações de diferentes países, especialmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, passaram a prever institutos jurídicos voltados à proteção do ecossistema e ao uso racional dos recursos naturais.

Mais especificamente, no tocante ao contexto da legislação ambiental brasileira, observa-se, dentre as inúmeras previsões legais que visam à proteção do meio ambiente, o instituto jurídico da responsabilidade civil, passível de ser aplicado quando se dá a constatação da ocorrência de danos ambientais.

---

2. Coppe. *História do petróleo*. Disponível em: <http://www.petroleo.coppe.ufrj.br/historia-do-petroleo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.



Dessa forma, admitida a importância do referido instituto jurídico para o direito, o presente artigo visa analisar a responsabilidade civil aplicada ao direito ambiental, a qual se submetem as empresas de exploração e produção de petróleo e gás em caso de constatação de prejuízo ao meio ambiente decorrente da atividade de risco explorada pelas mesmas.

Para tanto, a partir dessas questões, serão analisados de forma breve nos capítulos seguintes: o alto risco concernente à atividade empresarial de produção e exploração de petróleo e gás; a crescente preocupação com a proteção ambiental nos âmbitos nacional e internacional; alguns aspectos e conceitos provenientes do direito ambiental e do instituto jurídico da responsabilidade civil ambiental; a responsabilidade civil ambiental e as teorias do risco criado, do risco proveito e do risco integral; bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade da teoria do risco integral na responsabilidade civil ambiental.

Por fim, em relação à sistemática da investigação, trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfico documental qualitativa, que tem como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a Constituição Federal; a legislação brasileira; a doutrina e a jurisprudência.

## **1. O ALTO RISCO CONCERNENTE À ATIVIDADE EMPRESARIAL DE PRODUÇÃO E EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS**

Como se sabe, a atividade petrolífera é permeada por alto risco, uma vez que envolve a extração e a produção do petróleo e gás, o que interfere diretamente no meio ambiente e também no carregamento e no transporte das referidas substâncias por meio de navios, especialmente quando a atividade se realiza em alto-mar. Além disso, hidrocarbonetos são substâncias inflamáveis e voláteis.

Nas palavras de Ana Brígida de Andrade:

Dentre os riscos inerentes ao setor petrolífero, destacam-se, pela sua relevância, os riscos ambientais. Daí resulta que a preservação ambiental é regulada nas três esferas: civil, administrativa e penal. [...] Atente-se para o fato de que a caracterização da conduta poluidora independe de sua ilicitude. Basta que esta resulte de atividades que, diretamente ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota, ou as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.<sup>3</sup>

Observa-se, ao longo do tempo, o contínuo desenvolvimento de novas tecnologias a fim de se estabelecer um aprimoramento na expertise da indústria petrolífera, que alcança regiões cada vez mais distantes e, ao mesmo tempo, longe da costa, para explorar e produzir petróleo e gás natural. Estando o setor de exploração e produção de petróleo e gás cada vez mais aprimorado, no que diz respeito ao seu aparato tecnológico e pessoal, possibilita-se, assim, a redução, cada vez maior e mais eficiente, de riscos e de acidentes, especialmente em relação ao meio ambiente.

No entanto, nem sempre todo o aparato pessoal e tecnológico do setor, aliado ao seu esforço e à sua atividade de controle e prevenção de danos é suficiente para evitar acidentes com consequências, muitas vezes, catastróficas, extremamente prejudiciais à sociedade e ao meio ambiente, como, por exemplo, prejuízos ambientais advindos de explosões, rompimentos de dutos responsáveis pelo escoamento de hidrocarbonetos e outras substâncias, derramamentos de óleo, e vazamentos de gás.

---

3. ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas — questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres — direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.

São exemplos de acidentes do setor petrolífero que obtiveram grande repercussão mundial, haja vista suas consideráveis proporções e consequências danosas ao meio ambiente e à população, aqueles ocorridos com o navio petroleiro Exxon Valdez, responsável pelo derramamento de significativa quantidade de óleo na região do Alasca, no ano de 1989, bem como com a plataforma Deepwater Horizon, que incendiou, ocasionando considerável vazamento de óleo na região do Golfo do México, no ano de 2010. Ressalta-se, ainda, os acidentes ambientais de grandes proporções sucedidos no Brasil. Como exemplo, há o vazamento de petróleo na Bacia de Campos, verificado no ano de 2011, em decorrência de um problema ocorrido em um poço da empresa Chevron.<sup>4</sup> Podem ser rememorados, ainda, os graves acidentes gerados por incêndios que aconteceram na plataforma de Enchova em 1984 e em 1988, e na plataforma P-36 da Petrobrás, a qual acabou por naufragar nas águas brasileiras no ano de 2001, derramando óleo no ambiente marítimo.<sup>5</sup>

## 2. A CRESCENTE PREOCUPAÇÃO COM A PROTEÇÃO AMBIENTAL NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

Haja vista o aprendizado da humanidade com significativos prejuízos pretéritos ao meio ambiente, decorrentes de graves acidentes, como

---

4. DUTRA, Maria Carolina; PELUCI, Giovanni; SION, Alexandre. **Acidente ambiental: Responsabilidade e consequências dos acidentes ambientais por vazamento de óleo.** In: Portal Petróleo e Energia. Disponível em: <http://www.petroleoenergia.com.br/petroleo/5408/acidente-ambiental-responsabilidade-e-consequencias-dos-acidentes-ambientais-por-vazamento-de-oleo/>. Acesso em: 29 set. 2015.

5. SEVÁ FILHO, Oswaldo A. **Riscos e prejuízos sociais e ambientais da Indústria Petrolífera.** Uma introdução sobre o panorama no Brasil até 2011. Disponível em: [http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012\\_cap1red\\_livroFASE\\_petroleo\\_Brasil\\_SEVA.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012_cap1red_livroFASE_petroleo_Brasil_SEVA.pdf). Acesso em: 29 set. 2015. p. 26.

os exemplos acima citados, a preocupação com a proteção ambiental se tornou cada vez mais enfatizada em sociedade, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Nesse sentido, tendo em vista o cuidado com as questões que envolvem o meio ambiente, convém apontar que o Brasil é signatário e ratificou, através do Decreto nº 79.437, de 1977, a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo.<sup>6</sup>

Há de se ressaltar a relevância e os benefícios trazidos por um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, favorecendo a perpetuação da vida. Além disso, é certo que o meio ambiente é um bem indispensável para a sobrevivência de toda a humanidade e, em decorrência disso, sua proteção vem sendo cada vez mais reconhecida com o passar dos anos, encontrando amparo legal no ordenamento jurídico de diversos países do mundo.

Internacionalmente, o interesse na proteção e preservação do meio ambiente recebeu ênfase a partir da Declaração do Meio Ambiente, a qual foi adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, no ano de 1972, oportunidade em que diversos países se reuniram com a finalidade de promover a discussão de questões ambientais, objetivando a implementação de condutas que visassem a proteção do meio ambiente.<sup>7</sup>

A partir da Conferência de Estocolmo, diversos países começaram a se mobilizar quanto à preocupação com a proteção do meio ambiente — não só no que diz respeito à poluição como também ao uso racional dos recursos naturais, os quais, ao longo de séculos,

---

6. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 548.

7. SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otacílio dos. **Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera**. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Acesso em: 4 out. 2015.

foram utilizados pela humanidade de forma desenfreada e despreocupada —, de modo que suas legislações vieram a abraçar a doutrina protetiva, com a promulgação de normas ambientais amplas, que visavam a proteção do ambiente como um todo, considerado em sua concepção ecossistêmica.<sup>8</sup>

No Brasil, a Política Nacional do Meio Ambiente — que visa à proteção ambiental de forma integrada, evitando-se a degradação do meio ambiente e racionalizando-se o uso dos recursos ambientais — foi implementada com a promulgação da Lei nº 6.938/1981, a qual apresenta, em seu art. 3º, definição de meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A referida Lei nº 6.938, promulgada no ano de 1981, que trouxe a implementação de uma importante política voltada para o meio ambiente no cenário nacional, foi recepcionada pela Constituição Federal no ano de 1988.

Nesse sentido, convém observar que a Carta Magna, em seu art. 225, eleva o meio ambiente ao patamar de direito fundamental,<sup>9</sup> ao prever que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

---

8. FARIAS, Talden Queiroz. *Evolução histórica da Legislação Ambiental*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3845](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845). Acesso em: 4 out. 2015.

9. SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otalício dos. **Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera**. Disponível em: [http://www.portallabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portallabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Acesso em: 4 out. 2015.

Dessa forma, observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, agora elevado ao patamar de direito fundamental pela Constituição Federal, deve ser defendido e preservado por toda a coletividade, e também pelo Poder Público, em benefício das presentes e futuras gerações.

Recentemente, todavia, a legislação ambiental vem sendo flexibilizada, o que, de certa forma, gera um enfraquecimento na gestão pública do meio ambiente e na própria proteção ambiental. A título de exemplificação, observa-se que foi retirada a obrigatoriedade da reserva legal na propriedade rural, com exceção daquela de preservação permanente. Além disso, os Estados receberam um maior poder para legislar sobre matéria de cunho ambiental.

### **3. ALGUNS ASPECTOS E CONCEITOS PROVENIENTES DO DIREITO AMBIENTAL E O INSTITUTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

Para Paulo André Moura, discutir a responsabilidade ambiental no campo do direito civil é considerar a necessidade de proteção à espécie humana.<sup>10</sup> Nesse sentido, entra em voga o relevante tema da responsabilidade civil ambiental das empresas de exploração e produção de petróleo e gás.

A compreensão da responsabilidade civil ambiental parte da ideia de dano, sendo certo que, para a ocorrência da mesma, é necessária a verificação de uma degradação ao meio ambiente.

Paulo de Bessa Antunes conceitua dano como sendo o “prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento”.

---

10. MOURA, Paulo André Pereira. *Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 34.

mento”. Já o dano ambiental é analisado pelo mesmo autor como o “prejuízo ao meio ambiente”.<sup>11</sup>

O dano ambiental pode ser classificado, ainda, em dano ambiental coletivo e em dano ambiental individual. O dano coletivo refere-se àquele causado ao meio ambiente considerado como um todo, em sua concepção difusa, atingindo uma quantidade indeterminada de pessoas, e é defendido por Ação Civil Pública ou Ação Popular. Já o dano individual diz respeito a uma violação de interesses pessoais.<sup>12</sup>

O dano ambiental coletivo, que afeta toda a sociedade, não se sujeita a prazos prescricionais. Tais prazos são aplicáveis, nesse caso, somente às relações jurídicas individuais regidas pelo Código Civil, relativas ao dano ambiental individual, devendo o particular ingressar com ação individual objetivando o ressarcimento de seus prejuízos.<sup>13</sup>

No mesmo sentido, se dá o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos

- 
11. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 156 e 157.
  12. GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Acesso em: 30 set. 2015.
  13. BRASIL. Justiça Federal. Seção de São Paulo. Primeira Vara Federal de Caraguatatu-ba. Ação Civil Pública nº 0006782-42.2011.403.6103. Juiz Federal Doutor Ricardo de Castro Nascimento. Publicado em 29 ago. 2013. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoies/2013/130911transpetro.pdf>. Acesso em: 4 out. 2014.

normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.<sup>14</sup>

A doutrina caracteriza o dano ambiental atribuindo-lhe as seguintes características: pulverização de vítimas, difícil valoração e difícil reparação. Isso porque, a degradação do meio ambiente não atinge apenas uma pessoa ou um conjunto de vítimas, mas uma coletividade difusa de pessoas, e sua reparação é considerada árdua, já que nem sempre é possível reparar o meio ambiente ao seu *status quo*. Por isso, resta extremamente dificultada sua valoração, pois, se tratando de danos ocorridos no meio ambiente, o qual não é valorado em termos econômicos, a atribuição de valores demanda, de certa forma, certa complexidade.

Como supracitado, por ser complexo, o dano ao meio ambiente tem a capacidade de atingir pessoas indeterminadas, não prejudicando apenas um indivíduo ou um grupo determinado de cidadãos, mas toda uma coletividade, a qual necessariamente nem sequer tenha nascido. Isso porque seus efeitos podem ser sentidos de forma não imediata, prolongando-se no tempo e resultado muito depois da ocorrência do fato danoso, o que dificulta sobremaneira sua valoração.

Como o dano ambiental é de difícil reparação, e, muitas vezes, pode ser considerado irreversível, sendo impraticável a recuperação do meio ambiente ao seu *status quo ante*, faz-se extremamente necessária sua prevenção.<sup>15</sup>

---

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.120.117/AC. Relatora ministra Eliana Calmon. Dia do julgamento: 14 set. 2009.

15. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 423.



Nesse sentido, Ricardo Pereira, ao citar os ensinamentos de Fiorillo, observa que:

[...] antes mesmo da reparação dos danos, a responsabilidade civil ambiental tem uma preocupação, no mesmo nível, com a prevenção dos acidentes, evitando-se, assim, o dano potencial. É justamente nesse contexto que se inserem, como forma de proteção e preservação do meio ambiente e de seus recursos, os princípios do direito ambiental, aferidos no art. 225 da CF/88: princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do poluidor-pagador (seja em caráter preventivo, onde o poluidor arca com todo e qualquer ônus para prevenir os danos ao meio ambiente que sua atividade possa ocasionar, seja em caráter repressivo, que se traduz na própria responsabilidade civil, em que o poluidor será responsável pela reparação dos danos ambientais ocasionados), princípio da prevenção (ou, ainda, princípio da precaução), princípio da participação (informação e educação) e princípio da ubiquidade [...].<sup>16</sup>

No tocante à reparação e à indenização do dano ambiental, ambas se encontram previstas nos parágrafos segundo e terceiro do art. 225 da Constituição Federal. Nessa toada, aquele que explorar recursos minerais resta obrigado a recuperar o meio ambiente degradado e aquele, seja pessoa física ou jurídica, cuja conduta for considerada lesiva ao meio ambiente, estará sujeito a sanções penais e administrativas, bem como à obrigação de reparar civilmente os danos causados.

Como ressaltado acima, pode-se depreender do parágrafo terceiro do supracitado artigo da Constituição que o princípio do poluidor

---

16. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26/55 *apud* PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade civil ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.

pagador — previsto também no art. 14, parágrafo primeiro, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no enunciado 16 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (ECO/92) e, no plano internacional — foi incorporado formalmente à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da recomendação C72, 128, de 1972.

O referido princípio atribui ao poluidor o ônus de pagar os custos decorrentes da atividade poluidora e tem três funções principais, são elas: prevenção, reparação e internalização/redistribuição dos custos ambientais. Assim, com vocação preventiva e repressiva, o aludido princípio impõe ao poluidor os custos para a prevenção e a recuperação dos efeitos degradantes ao meio ambiente.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, José Rubens Morato Leite preleciona que:

[...] não se trata exclusivamente de um princípio de compensação dos danos causados pela deterioração, ou seja, este não se resume na fórmula polui, pagou. Seu alcance é maior, incluindo ainda os custos de prevenção, de reparação e de repressão ao dano ambiental.<sup>18</sup>

De acordo com os ensinamentos de Paulo André Moura, o princípio do poluidor pagador consiste no ônus do agente econômico em assumir todos os riscos e os custos provenientes de suas atividades e, as duas formas de reparação do dano ambiental, quais sejam, a indenização pecuniária e a restituição do meio ambiente ao seu *status quo* anterior ao dano, deveriam ser impostas em conjunto, já que ambas encontram amparo constitucional e, se tratando dos impac-

---

17. COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **O princípio do poluidor-pagador**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=932](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=932). Acesso em: 30 out. 2015.

18. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 55.

tos causados pelos danos provocados pela indústria de exploração e produção de petróleo e gás, nem sempre é possível a restituição eficaz do meio ambiente lesado.<sup>19</sup>

Outra parte da doutrina entende que, apenas quando não for possível a recuperação do ambiente é que deve ser fixada indenização em dinheiro. Faz parte dessa corrente o doutrinador Édis Milaré.<sup>20</sup> Comprovado o dano, a indenização deverá incluir os lucros cessantes e deve ser fixada com cautela, não podendo gerar enriquecimento ilícito ou sem causa. Quanto à recuperação, essa pode ser fixada para abranger a reconstrução do meio ambiente danificado de fato ou de outro local específico, compensando-se a degradação de determinada área.<sup>21</sup>

Quanto ao elemento subjetivo “culpa”, em matéria de direito ambiental, ele é observado por parte da doutrina como de difícil comprovação. Tendo em vista a difícil validação do dano ambiental e, levando em conta a necessidade de proteção ao meio ambiente e o fato de este pertencer a uma coletividade de pessoas, o tradicional modelo de responsabilidade civil amparado no elemento culpa, seguindo esta concepção doutrinária,<sup>22</sup> restou ineficaz para regular o dano ambiental.<sup>23</sup>

19. MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 27.

20. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 425. *apud* GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Acesso em: 30 set. 2015.

21. GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Acesso em: 30 set. 2015.

22. A respeito da corrente doutrinária que considera os princípios clássicos da responsabilidade civil, pautada no elemento culpa, não satisfatórios quando aplicados a reparação de danos ambientais, Paulo André Pereira Moura cita, dentre outros, os autores Antônio Herman, Caio Mário da Silva Pereira, Morato Leite, Alírio Maciel Lima de Brito, Anderson Souza da Silva e Gilvânklin Marques de Lima às páginas 35 a 37 de sua obra **Responsabilidade Civil por Danos Ambientais na Indústria do Petróleo**.

23. MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 38 e 39.

O Código Civil de 2002 prevê a responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco criado<sup>24</sup> como exceção à regra, já que esta tem previsão no parágrafo único do seu art. 927, sendo certo que o agente, mesmo exercendo atividade de risco, pode alegar as causas excludentes de responsabilidade, quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

O contrato de concessão das atividades de exploração e produção de petróleo e gás realizado entre a ANP e as empresas petrolíferas prevê a responsabilização objetiva do concessionário. Segundo o referido contrato:

[...] o concessionário será o único responsável civilmente pelos seus próprios atos e os de seus prepostos e subcontratados, bem como pela reparação de todos e quaisquer danos causados pelas Operações e sua execução, independentemente da existência de culpa, devendo ressarcir a ANP e a União dos ônus que estas venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do Concessionário.<sup>25</sup>

No contrato de partilha de produção, a responsabilidade civil é solidária e objetiva, respondendo os contratados solidária e objetivamente pelos danos causados. A Pré-sal Petróleo SA (PPSA), empresa brasileira de administração de petróleo e gás natural que figura nos contratos de partilha da produção representando os interesses da União, no entanto, não é dotada de responsabilidade,

---

24. *Idem.* p. 41.

25. Parte da Cláusula 2.2.1. do Contrato de Concessão da Sexta Rodada de Licitações divulgado em 26 de junho de 2004 no site [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br) *apud* ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas — questões interessantes”. p. 62-63. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres — direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

no sentido jurídico do termo, sobre as operações de exploração e produção de óleo e gás.<sup>26</sup>

Luís César Quintans, acerca deste assunto, observa a existência de um possível conflito, uma vez que compete à PPSA a direção dos trabalhos operacionais — pois a empresa compõe o Comitê Gestor nos contratos de partilha da produção com 50% de seus membros, nomeando o presidente do Comitê, que tem direito de veto, e cujo voto é especial, no caso de haver empate nas deliberações promovidas pelos consorciados —, todavia, há a previsão legal da exclusão de sua responsabilidade. Dessa forma, Quintans menciona que, embora ainda não tenha sido testado o alcance de tal conflito, na prática, havendo acidentes ambientais, é provável que a PPSA seja chamada à responsabilidade, assim como as demais empresas contratadas.<sup>27</sup>

Faz-se necessário observar que a Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), em seus arts. 4, inciso VII, e 14, parágrafo primeiro, prevê, respectivamente, a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados, bem como obriga o poluidor a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente de culpa, com fulcro na teoria do risco.

Nesse sentido, preleciona Luiz Cesar Quintans que:

Em se tratando de responsabilidade civil no direito ambiental, a adoção da responsabilidade objetiva será baseada na teoria do risco, e

---

26. BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. **Considerações sobre o contrato de partilha de produção**. Disponível em: [http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios\\_P1/Apresentacoes/partilha1\\_seminario\\_base\\_legal\\_contrato\\_olavo\\_17092013.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_P1/Apresentacoes/partilha1_seminario_base_legal_contrato_olavo_17092013.pdf). Acesso em: 8 nov. 2015.

27. QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual de Direito do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 266.

qualquer pessoa que exerce atividade econômica conhecida por ser potencialmente poluente deve assumir os riscos da atividade e também suas responsabilidades.<sup>28</sup>

Na mesma toada, Marilda Rosado afirma que:

Dentre as inúmeras e fundamentais inovações da Lei 6.938, vale mencionar a do regime da responsabilidade civil objetiva — pela qual é desnecessário provar culpa para impor o dever de ressarcir — por danos causados pelo agente que poluir o meio ambiente, no seu art. 14, parágrafo 1º. Tal regime foi recepcionado pela Constituição de 1988, que, no parágrafo 3º do seu art. 225, prevê a incidência de responsabilidade administrativa, penal e civil, esta última concernente à obrigação de reparar o dano. No tocante à responsabilidade civil, vimos que se trata da modalidade objetiva, ou sem culpa, fundada no risco da atividade [...].<sup>29</sup>

Considerando todo o disposto na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, bem como o fato de o Código Civil promulgado no ano de 2002 ter recepcionado a teoria da responsabilidade civil objetiva, parte da doutrina defende que esta é a modalidade de responsabilização civil que deve ser aplicada no direito ambiental, quando se verificar a ocorrência de prejuízos ao meio ambiente.

Nesse sentido, José Rubens Morato Leite preleciona que — como a ocorrência do dano ambiental é difícil de ser constatada, e as atividades danosas ao meio ambiente se proliferam cada vez mais — o aumento da degradação ambiental serviu como forma de estímulo

---

28. *Idem*, p. 265.

29. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 553 a 555.

para a adoção de um sistema de responsabilização objetiva, sendo considerado este mais condizente com o dano ambiental.<sup>30</sup>

No mesmo sentido, se dá o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Direito ambiental. Ação civil pública. Poluição marítima. Constituição federal, art. 225, parágrafo 3º e Lei 6.983/81, art. 14, parágrafo 1º.

1. O vazamento de óleo em águas marítimas impõe dois tipos de obrigações, a de fazer, consistente no dever de recuperar o meio ambiente afetado, e a de indenizar, sendo irrelevante a existência ou não de culpa, visto que a responsabilidade pelo dano ambiental, desde 1981, é objetiva, por força do disposto no art. 14, parágrafo 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>31</sup>

#### 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E AS TEORIAS DO RISCO CRIADO, DO RISCO PROVEITO, E DO RISCO INTEGRAL

Há divergência doutrinária quanto ao tipo de teoria do risco a embasar a responsabilização civil objetiva em caso de danos ao meio ambiente. Dessa forma, acerca desse assunto, a doutrina diverge especialmente entre as modalidades de risco criado, de risco proveito ou de risco integral.

30. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 126.

31. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Judiciário em Dia — Turma A. AC 0208505-42.1993.4.03.6104. Relator Juiz Federal Paulo Conrado. Dia do julgamento: 1 set. 2011.

Aqueles que defendem a teoria do risco criado<sup>32</sup> levam em consideração o fato de o novo Código Civil tê-la disciplinado, devendo, assim, ser adotada também em casos de danos ambientais. Já aqueles que tomam como parâmetro a teoria do risco proveito, argumentam que essa seria a forma ideal de responsabilização civil objetiva, devendo ser imposta àqueles que obtêm vantagem com seu negócio.

Há, ainda, doutrinadores que defendem a responsabilização objetiva baseada na teoria do risco integral, considerando que a Constituição Federal de 1988 tutelou o meio ambiente como direito fundamental<sup>33</sup>, já que, em seu art. 225, dispôs que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Segundo a teoria do risco integral, é desconsiderada a possibilidade de alegação das hipóteses de excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro). Caso a atividade gere risco ao meio ambiente, a responsabilidade civil objetiva do agente será identificada se este ocasionar algum dano ambiental, sendo desnecessária a comprovação da existência ou não da culpa.

Nesse sentido, Silvio Venosa ensina que:

[...] não discutimos se a atividade do poluidor é lícita ou não, se o ato é legal ou ilegal: no campo ambiental, o que interessa é reparar o dano. Verificamos, portanto, que em matéria de dano ambiental, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral.<sup>34</sup>

---

32. Segue esta linha doutrinária Caio Mário da Silva Pereira, citado por Paulo André Moura Pereira em sua obra **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**, à página 43.

33. BITTENCOURT, Darlan R.; MARCONDES, Ricardo K. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

34. VENOSA *apud* MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 43.



Da mesma forma, preleciona Carlos Roberto Gonçalves, citando as palavras de Nelson Nery Junior:

Com efeito, é irrelevante a demonstração do caso fortuito ou da força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico. No dizer de Nelson Nery Junior, “essa interpretação é extraída do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, onde o legislador disse menos do que queria dizer ao estabelecer a responsabilidade objetiva. Segue-se daí que o poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, como se isto fora um começo da socialização do risco e de prejuízo... [...] O poluidor também tem a sua parcela de sacrifício, que é, justamente, a submissão à teoria do risco integral” (*Justitia*, 126:174).<sup>35</sup>

Sérgio Cavaliéri Filho, ao sustentar que se extrai do texto constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente a responsabilidade objetiva fundada na teoria de risco integral, adverte que grande parte dos casos de degradação ecológica ficariam excluídos da incidência da lei caso fosse possível a alegação, por parte do poluidor, de caso fortuito e força maior, uma vez que muitos danos ao meio ambiente decorrem de desastres naturais alheios à atividade humana. Como exemplos de danos ambientais, o autor cita a “destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas”, “rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis” e “acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente”.<sup>36</sup>

---

35. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

36. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189.

Ricardo Pereira entende que a responsabilidade civil objetiva no âmbito do direito ambiental, fundada na teoria do risco integral, é considerada “um marco para a proteção do meio ambiente e de terceiros na esfera civil”.<sup>37</sup> Segundo ele:

[...] dificuldades jurídicas, como a determinação do responsável e de sua conduta culposa e a complexidade da relação de causalidade com o conseqüente dano foram superadas à medida que: 1) não há que se provar a conduta culposa do agente; 2) se adota a solidariedade em matéria ambiental; 3) são prescindíveis as causas de exclusão do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior); 4) o dever de indenizar está presente tão só em face do dano.<sup>38</sup>

Além de a responsabilidade civil em questão ser objetiva, qual seja a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, a mesma também é solidária, como prevê a lei ambiental e a jurisprudência, conforme restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 217.858.<sup>39</sup>

Nesse sentido, comenta Luiz Cezar Quintans que:

A lei ambiental também prevê a responsabilidade solidária para aqueles que, em virtude de sua atividade, facilitam ou contribuem para a ocorrência de danos ambientais, uma vez que define poluidor como a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, seja responsável por atividades que causam degradação ambiental.<sup>40</sup>

---

37. PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade civil ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.

38. Idem.

39. Ibidem.

40. QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual de Direito do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 266.

No mesmo sentido se dá o voto do ministro Castro Meira, quando o julgamento do Recurso Especial nº 67.285/SP, que, ao demonstrar que a responsabilidade civil ambiental é objetiva e também solidária, cita as palavras da subprocuradora-geral da República dra. Maria Caetana Sintra Santos, senão vejamos:

Constata-se, portanto, que no campo do direito ambiental, a responsabilidade é solidária, a partir do próprio conceito jurídico do ente poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental que estão sujeitas às penalidades previstas no art. 14 da Lei nº 6.938/81. [...] Por conseguinte, em se tratando de responsabilidade solidária, o litisconsórcio é facultativo, podendo ser proposta a ação para reparação dos danos contra o causador direto, contra o indireto, ou contra ambos.<sup>41</sup>

Dessa forma — haja vista a dificuldade encontrada no sentido de se identificar, em matéria ambiental, o nexó de causalidade entre a atuação do agente poluidor e o prejuízo ambiental, dada a natureza complexa do nexó de causalidade, e, considerando a problemática na análise da extensão e constatação dos efeitos advindos da atividade poluidora —, optou o direito ambiental brasileiro pela responsabilidade solidária entre os responsáveis pelo fato danoso ao meio ambiente, podendo a reparação ambiental ser exigida de todos os responsáveis pelo fato danoso ou de qualquer um deles. Tudo isso com a finalidade

---

41. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Recurso Especial nº 67.285/SP. Ministro Relator Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 2 jun. 2004. Disponível em: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_67285\\_SP\\_1271628703231.pdf?Signature=5NRVedkJjZes9sjRoy1DcCmU-1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=419d6de555e-3cd20aea3f245d4ae09d7](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_67285_SP_1271628703231.pdf?Signature=5NRVedkJjZes9sjRoy1DcCmU-1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=419d6de555e-3cd20aea3f245d4ae09d7). Acesso em: 4 out. 2015.

de resguardar e defender o direito fundamental de todos a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.<sup>42</sup>

## 5. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Impende observar que é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao acolhimento da responsabilidade civil objetiva com base na teoria do risco integral em casos de danos ao meio ambiente.

Caroline Barreto, ao analisar que o ordenamento jurídico brasileiro consagra, no âmbito do direito ambiental, os princípios do poluidor pagador e da reparação integral, observa que ambos os princípios conferem guarida à aplicação da teoria do risco integral na responsabilização civil por danos acarretados ao ecossistema, restando imperioso, assim, o supracitado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Segundo os referidos princípios, aquele que polui, de modo intencional ou não, terá que arcar com as consequências negativas do ato que produz, seja esse lícito ou ilícito, sustentando financeiramente a diminuição ou o afastamento do dano causado ao meio ambiente e a terceiros, bem como evitando a socialização dos prejuízos advindos de seu ato danoso, assim como a reparação do dano perpetrado ao meio ambiente deve compreender toda a extensão dos danos produzidos em decorrência do fato que trouxe prejuízo ambiental.<sup>43</sup>

---

42. ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas — questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres — direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72.

43. BARRETO, Caroline Menezes. *O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o->

Desse modo, ao concluir, a autora assevera que:

[...] o Superior Tribunal de Justiça pacificou a interpretação e unificou a aplicação em nosso ordenamento jurídico da teoria do risco integral na reparação civil do dano ambiental. Esta teoria do risco integral funda-se num regime jurídico diferenciado que não admite qualquer excludente de responsabilidade e encontra guarida na aplicação dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.<sup>44</sup>

Observe-se, abaixo, a ementa do Recurso Especial nº 1.346.430/PR, na qual vigora o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da reparação integral de danos ambientais, consagrando a aplicação da Teoria do Risco integral no âmbito da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente:

Responsabilidade civil e processual civil. Recurso especial. Dano ambiental. Rompimento do poliduto “Olapa”. Poluição de águas. Pescador artesanal. Proibição da pesca imposta por órgãos ambientais. Teoria do risco integral. Responsabilidade objetiva da Petrobrás. Danos extrapatrimoniais configurados. Proibição da atividade pesqueira. Pescador artesanal impedido de exercer sua atividade econômica [...] 1. No caso, configurou-se responsabilidade objetiva da Petrobrás, convicção formada pelas instâncias ordinárias com base no acervo fático-documental constante dos autos, que foram analisados à luz do disposto no art. 225, 3º, da Constituição Federal e no art. 14, 1º, da Lei nº 6.938/81. 2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.114.398/PR, da relatoria do senhor mi-

---

-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html. Acesso em: 1 out. 2015.

44. Idem.

nistro Sidnei Beneti, sob o rito do art. 543-C do CPC, reconheceu a responsabilidade objetiva da Petrobrás em acidentes semelhantes e caracterizadores de dano ambiental, responsabilizando-se o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador, não cabendo, demonstrado o nexo de causalidade, a aplicação de excludente de responsabilidade. 3. Configura dano moral à privação das condições de trabalho em consequência de dano ambiental — fato por si só incontroverso [...].<sup>45</sup>

Pautando-se no mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, acerca de dano ambiental causado por derramamento de derivados de petróleo e hidrocarbonetos:

Responsabilidade civil. Ação ordinária de indenização. Rompimento do poliduto (Olapa). Derramamento de derivados de petróleo e hidrocarbonetos nas baías de paranaguá e antonina. Dano ambiental com repercussão individual. Apelação cível. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Preliminar afastada. Fatos públicos e notórios. Desnecessidade de prova. Documentos anexados suficientes para o deslinde da questão. Precedentes desta corte. Responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral e não na teoria do risco criado. Inadmissível a exclusão de responsabilidade por força maior. Efetiva interdição da pesca e proibição de comercialização. Juros de mora aplicáveis à indenização por danos morais. Termo inicial. Data do evento danoso. Súmula 54 do STJ. Correção monetária aplicação súmula 362 STJ. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido. Recurso adesivo. Dano moral. Ocorrência.

---

45. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.346.430/PR. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 18 out. 2012.

Quantum majorado. Valor suficiente para arcar com a função resarcitória. Recurso adesivo provido.<sup>46</sup>

Depreende-se da ementa supracitada que os Desembargadores da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, acordaram no sentido de reconhecer a responsabilidade civil objetiva por danos ambientais pautada na teoria do risco integral, e não na teoria do risco criado, assegurando a inadmissibilidade da exclusão da responsabilidade do poluidor por força maior.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta feita, constata-se que, é no contexto apresentado pela sociedade de consumo em que se vive, suas necessidades, seu modo de vida — o qual, ressalta-se, ser viável em decorrência da crescente busca por recursos fósseis como fonte de energia —, que o direito ambiental pátrio, acompanhado pelo entendimento dos Tribunais, buscou amparo na responsabilização objetiva com base no risco integral como instrumento de reparação à degradação ambiental, a fim de compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a preservação do meio ambiente.

Sobre o tema, preleciona Marilda Rosado:

A jurisprudência brasileira avançou significativamente na atribuição de responsabilidade às empresas causadoras de dano ambiental. De modo geral, a análise das decisões possui reflexo positivo, como

46. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº 8.484.973 PR 848.497-3. Relator: Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Julgamento: 19 jul. 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21960697/8484973-pr-848497-3-acordao-tjpr>. Acesso em 8 nov. 2015.

precedentes para outros casos semelhantes. Muito embora os julgadores brasileiros ainda não tenham agregado, em suas decisões, as influências positivas dos precedentes internacionais, as sentenças analisadas trazem suporte da doutrina mais moderna do Direito Ambiental, com ampla concepção do que se entende por reparável, incluindo os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Proclama-se pela salvaguarda dos direitos difusos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida; as decisões são dadas visando esta proteção, bem como responsabilizando o poluidor, ainda que o derramamento tenha sido em pequena quantidade. Permanece o obstáculo da análise judicial da valoração do dano ambiental, que exige critérios altamente científicos e técnicos.<sup>47</sup>

Com isso, o meio ambiente e a sociedade encontram amparo legal, tendo seus direitos resguardados. Em caso de dano ambiental, a empresa poluidora, assumindo os riscos de sua atividade, será responsabilizada, de forma a reparar o meio ambiente e a indenizar os direitos individuais e coletivos, sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais, os quais venham a ser afetados.

Nesse sentido, deve-se buscar a proteção do meio ambiente, a prevenção de danos ecológicos, o equilíbrio da exploração dos recursos naturais, cujo uso deve ser realizado de forma racionalizada, a fim de se garantir uma sadia qualidade de vida, bem como o direito constitucional das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No mais, deve-se enfatizar a crescente preocupação com as questões ambientais não apenas por parte dos Estados, mas também do setor empresarial, como é o caso das grandes empresas exploradoras

---

47. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 563.



e produtoras de petróleo e gás. Essa conduta, pautada na conscientização ambiental, na proteção do meio ambiente e na prevenção de danos ambientais, ganha notoriedade no mercado e é cada vez mais valorizada na sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas — questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Estudos e pareceres — direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 156 e 157.
- BARRETO, Caroline Menezes. **O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>. Acesso em: 1 out. 2015.
- BITTENCOURT, Darlan R.; MARCONDES, Ricardo K. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.
- BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. **Considerações sobre o Contrato de Partilha de Produção**. Disponível em: [http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios\\_P1/Apresentacoes/partilha1\\_seminario\\_base\\_legal\\_contrato\\_olavo\\_17092013.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_P1/Apresentacoes/partilha1_seminario_base_legal_contrato_olavo_17092013.pdf). Acesso em: 8 nov. 2015.
- BRASIL. Justiça Federal. Seção de São Paulo. Primeira Vara Federal de Caraguatatuba. Ação Civil Pública nº 0006782-42.2011.403.6103. Juiz Federal Doutor Ricardo de Castro Nascimento. Publicado em 29 ago. 2013. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2013/130911transpetro.pdf>. Acesso em: 4 out. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Recurso Especial nº 67.285/SP. Ministro Relator Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 2 jun. 2004. Disponível em: [95](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_67285_SP_1271628703231.pdf?Signature=5NRVcdkKjZes9sjRoy1Dc-CmU1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZA-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

- CAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x=-amz-meta-m5d-hash-419d6de555e3cd20aea3f245d4ae09d7. Acesso em: 4 out. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.346.430/PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 18 out. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.120.117/AC. Relatora ministra Eliana Calmon. Dia do julgamento: 14 set. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº 8.484.973 PR 848.497-3. Relator: Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Julgamento: 19 jul. 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21960697/8484973-pr-848497-3-acordao-tjpr>. Acesso em 8 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Judiciário em Dia — Turma A. AC 0208505-42.1993.4.03.6104. Relator Juiz Federal Paulo Conrado. Dia do julgamento: 1 set. 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **O princípio do poluidor-pagador**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=932](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=932). Acesso em: 30 out. 2015.
- Coppe, **História do petróleo**. Disponível em: <http://www.petroleo.coppe.ufrj.br/historia-do-petroleo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- DUTRA, Maria Carolina; PELUCI, Giovanni; SION, Alexandre. **Acidente ambiental: Responsabilidade e consequências dos acidentes ambientais por vazamento de óleo**. In: Portal Petróleo e Energia. Disponível em: <http://www.petroleoenergia.com.br/petroleo/5408/acidente-ambiental-responsabilidade-e-consequencias-dos-acidentes-ambientais-por-vazamento-de-oleo/>. Acesso em: 29 set. 2015.
- FARIAS, Talden Queiroz. **Evolução histórica da Legislação Ambiental**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3845](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845). Acesso em: 4 out. 2015.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26/55 *apud* PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade Civil Ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Acesso em: 30 set. 2015.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2007.
- PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade Civil Ambiental**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.
- QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual de Direito do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- SEVÁ FILHO, Oswaldo A. **Riscos e prejuízos sociais e ambientais da Indústria Petrolífera**. Uma introdução sobre o panorama no Brasil até 2011. Disponível em: [http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012\\_cap1red\\_livroFASE\\_petroleo\\_Brasil\\_SEVA.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012_cap1red_livroFASE_petroleo_Brasil_SEVA.pdf). Acesso em: 29 set. 2015. p. 26.
- SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otacílio dos. **Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera**. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Acesso em: 4 out. 2015.



# LEGISLAÇÃO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA AOS PRINCIPAIS ASPECTOS DA ATUAL LEI Nº 12.529/2011

*Fernando José de Oliveira Baptista*

*Jeanne Machado*

*Marcos Juruena Vilella Souto*

## INTRODUÇÃO

Durante as décadas de 1970 e 1980, a economia brasileira era totalmente planejada pelo Governo Federal,<sup>1</sup> destacando-se, dentre outras, a adoção das seguintes medidas: elevada proteção à indústria doméstica; grande oferta de incentivos à instalação de determinados segmentos industriais cambiais, favoráveis aos exportadores; política de substituição das importações, como consequência de uma política econômica determinada por problemas no balanço de pagamento e na balança comercial; e, enfim, forte intervenção governamental na economia.<sup>2</sup>

1. Documento editado pela área econômica da Anvisa, cujo texto chama-se REGULACÃO ECONÔMICA DO MERCADO FARMACÊUTICO, Brasília, maio de 2001.

2. SANTA CRUZ, R. L. (1998) *Prevenção antitruste no Brasil*. Tese de doutorado — IEI/ UFRJ, Rio de Janeiro.

Essas medidas tinham como escopo organizar os mercados e orientar as estratégias empresariais, atuando especialmente por meio dos extintos órgãos: Conselho Interministerial de Preços (CIP); Carteira de Comércio Exterior (Cacex); e Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI). Nesse contexto, o governo estabelecia as estratégias concorrenciais ao seu projeto, fixando preços e investimentos, bem como o grau de concentração da oferta, visto que o próprio governo fixava as barreiras institucionais e, dessa forma, impedia o livre acesso aos mercados.

Diante desse cenário, verifica-se, na história recente do Brasil, que a concorrência, na sua manifestação tradicional, era bastante limitada ou até mesmo inexistente, marcada pela forte intervenção estatal e reserva de mercado.<sup>3</sup> Dessa forma, apesar de a Lei nº 4.137/1962, primeira lei específica sobre concorrência no país, estar vigente à época, sua aplicação era diminuta em decorrência de o Estado ser o principal ator na economia. Consequentemente, somente após os mercados funcionarem livremente das amarras governamentais e as empresas necessitarem de concorrer entre si, é que se fez necessária a política da concorrência. Entretanto, esse projeto intervencionista, que foi funcional por um grande período, começou a dar indício de esgotamento no final dos anos 1980, sendo definitivamente encerrado em março de 1990.

Portanto, como parte integrante do processo de *liberalização, desregulamentação e modernização da economia brasileira* (grifos nossos), foi adotado um conjunto de ações que implantou a reforma comercial da primeira metade da década de 1990, sendo iniciada a

---

3. A Lei Federal nº 7.232/1984 estabeleceu a reserva de mercado para este ramo de atividade, induzindo fortemente o investimento do governo e do setor privado na formação e especialização de recursos humanos voltados à transferência e absorção de tecnologia em montagem microeletrônica, arquiteturas de *hardware*, desenvolvimento de *software* básico e de suporte, entre outros.

desregulamentação da economia, extinguindo-se o CIP,<sup>4</sup> o CDI,<sup>5</sup> e a Cacex.<sup>6</sup> Foram, ainda, criadas as Agências Reguladoras para setores específicos da economia, bem como a Regulação Antitruste, por meio da moderna Lei de Defesa da Concorrência, inicialmente sob o nº 8.158/1991, substituída posteriormente pela de nº 8.884/1994 e, recentemente, pela Lei nº 12.529/2011.

Assim sendo, esse conjunto de ações governamentais estabeleceu as bases para a desregulamentação econômica e introdução da concorrência no país, processo que ganhou impulso definitivo com a estabilidade de preços e as reformas constitucionais, a partir de 1994. Assistiu-se, desde então, a uma revolução nas estratégias e condutas das empresas brasileiras nos mais diversos setores, derivada da eliminação das amarras governamentais e da crescente pressão concorrencial.

## 1. ANÁLISE INTRODUTÓRIA

As relevantes transformações no quadro econômico, ocorridas no final do século XX, foram acompanhadas por outras no quadro jurídico. Principalmente porque a sociedade brasileira alcançou significativa evolução em vários campos das ciências, repercutindo em grandes transformações concretas, fazendo com que as circunstâncias econômicas ficassem à frente do ordenamento jurídico.

---

4. O CIP alterou o seu nome e, passando a ser Departamento de Abastecimento e Preços — (DAP), órgão pertencente à Secretaria de Políticas Econômicas (SPE/MF). Em janeiro de 1995, o DAP passou a ser a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. Em ambos os casos, o trabalho desenvolvido pelo órgão foi alterado, passando de controlador dos preços da economia para fazer pareceres econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

5. O CDI realmente foi o único desses três importantes órgãos que teve suas atividades extintas.

6. A Cacex tornou-se a Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, cuja atividade é controlar a entrada e a saída dos produtos e serviços do país.

Desse modo, certos fatos econômicos, ainda sem tipificação jurídica, ensejavam determinados tipos de comportamentos empresariais que poderiam ser caracterizados como infrações à ordem econômica. O desafio, portanto, seria criar novos marcos regulatórios ou atualizar os que já existiam, a fim de que eles pudessem fazer frente às transformações que já estavam em curso no quadro econômico, cuja situação segue exemplificada.

### 1.1 Transformação no quadro econômico

- a) Estabilidade monetária/desindexação da economia, ou seja, moeda sem inflação: ocorreu com o advento do Plano Real, a partir de julho de 1994, quando preços, contratos e salários foram desindexados da inflação.
- b) Abertura econômica: implantação de um programa de desgravação tarifária, com a redução do Imposto de Importação, iniciada em março de 1990 e encerrada em 1994.
- c) Integração regional: a edição do Tratado de Assunção, o qual gerou as bases para a criação do Mercosul a partir de 1991, permitiu um aumento significativo através dos anos de um fluxo de comércio entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.
- d) Novos agentes econômicos: a partir de 1991 aumentou consideravelmente o número de fusões e aquisições de empresas nacionais por empresas estrangeiras e vice-versa.

### 1.2 Transformação no quadro jurídico

- a) Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988: marco histórico que optou por uma ordem econômica liberal consubstanciada, em seu art. 170, nos princípios da livre concorrência e da livre-iniciativa.



- b) Código de Defesa do Consumidor — Lei nº 8.078/1990: importante lei que altera consideravelmente as relações comerciais dentro das cadeias produtivas, permitindo que os consumidores satisfeitos passem a ser a principal meta das grandes empresas.
- c) Lei de Defesa da Concorrência — Leis nº 8.884/1994 e 12.529/2011: marcos regulatórios importantes que regulamentaram os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre-iniciativa. Importante lei que estimulou a competição entre os agentes econômicos, permitindo que empresas brasileiras pudessem se destacar não só no Brasil como também no exterior.
- d) Lei de Arbitragem — Lei nº 9.307/1996: importante lei que visou desafogar o Poder Judiciário do elevado número de ações, principalmente aquelas que dirimem conflitos de interesses entre particulares. A partir de sua edição, esses tipos de conflitos passaram a ser decididos por árbitros privados, escolhidos pelas partes contratantes.
- e) Lei das agências reguladoras, para setores específicos da economia.

**TABELA 1.**

O Modelo Federal, por ordem e criação. A União Federal concebeu dez Agências Reguladoras em setores distintos da economia.

Agência	Sector de atuação	Lei de Criação
1) Aneel	Energia elétrica	9.427/1996
2) Anatel	Telecomunicação	9.472/1997
3) ANP	Petróleo	9.478/1997
4) Anvisa	Vigilância sanitária	9.782/1999
5) ANS	Saúde suplementar	9.961/2000
6) Ana	Águas	9.984/2000

Agência	Setor de atuação	Lei de Criação
7) ANTT	Transporte terrestre	10.223/2001
8) Antaq	Transporte aquaviário	10.233/2001
9) Ancine	Cultura	MP 2.228-1/2001
10) Anac — Ex-DAC	Aviação civil	11.182/2005

*Fonte: elaboração própria.*

## 2. O DIREITO REGULATÓRIO NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E PRINCIPAIS CONCEITOS JURÍDICOS UTILIZADOS

### 2.1 Intervenção do Estado no domínio econômico como norma do direito econômico

O art. 24 da CRFB determina que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar corretamente, dentre outros, com base em seu inciso I, sobre: [...] direito econômico...”, prevendo, dessa forma, com base em princípios ideológicos adotados, o chamado direito econômico e estabelecendo, ainda, competências concorrentes para os entes federados.

Aos doutrinadores coube, então, a tarefa de elucidar o significado de direito econômico e os sujeitos abrangidos por esse direito. Conforme assertiva do professor Washington Peluso:<sup>7</sup>

O direito econômico se constitui em um ramo autônomo do direito, sendo composto por um conjunto de normas que detenham conteúdo econômico, bem como que estas tenham por objeto regulamentar medidas de política econômica, compatibilizando as relações de

7. DE SOUZA, A. Washington Peluso. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. Editora São Paulo: LTr, 1999.

interesses individuais dos agentes que as praticam, com o bem-estar da coletividade.

Ou seja, é um ramo do direito que tem seu próprio objeto, com base em medidas de política econômica adotadas pelo governo, atuando através das intervenções do Estado, direta ou indiretamente, na economia.

E, ainda, segundo o professor Peluso, os sujeitos do direito econômico:

São os indivíduos, as empresas e o Estado, ou seja, aqueles agentes que movimentam a atividade econômica, cada qual perseguindo seus próprios interesses, que às vezes, nos casos concretos, podem ser conflitantes. Dessa maneira, o direito econômico busca compatibilizar os conflitos daí surgidos. Nessas relações jurídicas existirá a presença de um conteúdo econômico que será de natureza macroeconômica, repercutindo fora da relação jurídica interindividual e se espalhando por toda a coletividade.

Entretanto, a existência desse conteúdo econômico na norma não é por si só suficiente para transformá-la em norma de direito econômico, pois para isso se faz necessário que seu conteúdo esteja inserido no âmbito de uma política econômica regulamentada. Assim sendo, o direito econômico, como a própria CRFB, em seu artigo, reconhece, é um ramo autônomo do direito, que se relaciona com os outros ramos, dentre eles Constitucional, Civil, Comercial etc.

A atual Lei nº 12.529/2011, antitruste propriamente dita, está inserida dentro do ramo do direito econômico, bem como os demais marcos regulatórios da regulação dos mercados específicos.

## 2.2 Conceituação do chamado direito econômico

Do ponto de vista da justificativa econômica, para que ocorra a chamada regulação econômica dos mercados<sup>8</sup> é necessária a existência de falhas de mercados que precisam ser corrigidas de alguma forma. Caso, por exemplo, da oferta e da demanda em desequilíbrio.<sup>9</sup> Independentemente do setor analisado, as justificativas apresentadas para a regulação econômica de mercado estão relacionadas ao controle e funcionamento de determinados setores da atividade econômica, considerados essenciais ou básicos para a vida econômica e social, como, por exemplo, o setor farmacêutico no Brasil.<sup>10</sup>

Assim sendo, esse tipo de intervenção estatal, via regulação econômica de mercado, visa coibir as práticas de monopólio ou oligopólios a fim de garantir o bem-estar social, uma vez que a presença de tais imperfeições na estrutura desses mercados impede que seja capaz de informar, por meio de preços e quantidades, o ajuste necessário entre oferta e demanda.

Tal conceituação necessita, ainda, de algumas definições adotadas pelos doutrinadores e operadores do direito nessa interseção jurídico-econômica das relações sociais que servem para instrumentalizar a aplicação do mandamento constitucional que seriam: a) sistema econômico; b) regime econômico; c) ordem jurídica; e d) ordem econômica.

---

8. Pode-se entender como sendo o estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e serviços regulados.

9. Se há desequilíbrio no mercado (oferta x demanda), há perda de bem-estar econômico (perda de eficiência econômica), porque se produz menos do que seria produzido se o mercado funcionasse em concorrência perfeita, a um custo unitário de produção acima do custo mínimo (mais elevado, portanto, do que em concorrência perfeita) e vende-se a um preço que gera lucro extraordinário, lucro de monopólio.

10. A Lei nº 10.742/2003 regulamentou o setor farmacêutico para corrigir as falhas de mercado.

- a) O Sistema Econômico é um conjunto de estruturas econômicas, institucionais, jurídicas e sociais, organizadas com a facilidade de assegurar a realização de certo número de objetivos econômicos (produção, consumo, distribuição, crescimento). É caracterizada pela atividade formal e técnica da atividade econômica de um país.
- b) O Regime Econômico é a organização econômica de um país, que pode se caracterizar como um conjunto coerente de estruturas. O regime constitui uma aplicação concreta do sistema. Cada sistema econômico pode dar lugar a um grande número de regimes: capitalismo comercial, industrial, financeiro, liberal, dirigista, neoliberal, entre outros.
- c) A Ordem Jurídica é um sistema de regras e princípios ditados pelo poder público como normas obrigatórias com a finalidade de regular e proteger todas as relações e interesses dos cidadãos entre si e entre eles e o próprio Estado, buscando a manutenção da própria ordem social e política do Estado.
- d) A Ordem Econômica, de acordo com Eros Roberto Grau, é um “conjunto de princípios de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. Tais princípios gravitam em torno de um núcleo, que podemos identificar nos regimes jurídicos da propriedade e do contrato”.

Finalmente, resta encontrar qual é a relação entre a Economia e o Direito. A Economia trata, em seu nível mais fundamental, não do dinheiro ou das leis econômicas, mas das implicações das opções nas escolhas e, por isso, é um instrumento necessário para compreendermos os efeitos das normas legais. Saber quais efeitos as normas terão

é importante tanto para a compreensão das que já existem quanto para decidir quais deveremos estabelecer.

Portanto, o direito econômico se apresenta como o direito da organização e do desenvolvimento econômico, quer se origine do Estado, da iniciativa privada, ou da integração de um e outro. Várias assertivas de juristas sobre o tema são trazidas como argumentos definidores, a saber:<sup>11</sup>

O Direito Econômico vem a ser justamente esse conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado, como também a Ciência que estuda aquele sistema de normas voltadas para a regulação da política econômica.

João Bosco Leopoldino

Constituição Econômica: o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e financiamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

Vital Moreira

[...] o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante regulação sob o ponto de vista macrojurídico da atividade econômica de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal.

Eros Roberto Grau

Ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um

---

11. GOMES, J. M., notas de aula.

conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade.

Washington Peluso

**PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE:** é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos.

Rudolf Stammler

**PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA:** é a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens.

Richard Posner

Os arts. 173 e 174 do contexto constitucional vigente preveem a atuação do Estado na economia, sob duas formas: a exploração direta da atividade econômica e a indireta. “Com a intervenção na ordem econômica, o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços.

Hely Lopes Meirelles

Sabe-se que o Estado está legitimado para intervir na atividade econômica e o faz, segundo a Constituição, através do planejamento

(identificando setores e regiões para os quais serão carreados recursos e atividades estatais, com previsão nas leis orçamentárias), do fomento (incentivo estatal a atividades privadas voltadas para o desenvolvimento nacional) e do poder de polícia (fiscalização e sanção), além da criação de empresas estatais, em caso de relevante interesse coletivo e segurança nacional.<sup>12</sup>

### 2.3 Elementos jurídicos do direito da concorrência e da regulação de setores específicos da economia — legislação constitucional

A CRFB elencou como princípios gerais da ordem econômica, no seu art. 170, caput, a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano, tendo como desdobramento, dentre outros, a livre concorrência e a defesa do consumidor (incisos IV e V), respectivamente. De um lado, a CRFB respeitou a livre-iniciativa, representada no capital, ou seja, na propriedade privada, e, de outro, equiparou no mesmo nível de proteção a valorização do trabalho humano, representada no trabalho, ou seja, definindo a função social da propriedade e a sua responsabilidade social como meio de justiça social. Aqui, conforme ensinamentos do professor Eros Grau, o legislador procurou colocar em pé de igualdade o Capital e o Trabalho.<sup>13</sup>

Coerentemente, em paralelo à livre-iniciativa, preocupou-se também o legislador com a livre concorrência. Dessa forma, o princípio da livre-iniciativa, que se insere no capítulo da ordem econômica e financeira, complementa-se com o princípio da livre concorrência, que só encontrará condições de adequada aplicação à medida que assegu-

---

12. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

13. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.



re aos agentes econômicos um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, ou seja, o mercado que garanta opções ao consumidor.

Pode-se concluir, portanto, que o objetivo precípua da Lei da Defesa da Concorrência é o de proteger a livre concorrência, defendendo os entrantes menores da dominação dos grandes agentes, impedindo que estes exerçam o poder de mercado e permitindo que aqueles possam adentrar no mercado e se firmar. Pode-se citar como exemplo o caso entre os refrigerantes Dolly e Coca-Cola; segundo denúncia da Dolly ao Cade, o seu concorrente queria manter o mercado não por sua maior eficiência econômica, e sim por meio de práticas abusivas descritas no art. 20 combinado com o art. 21 da Lei nº 8.884/1994.

Assim, o princípio da livre-iniciativa só pode ser entendido de forma integrada ao princípio da livre concorrência, visto que a liberdade de iniciativa só se exerce num mercado em que a todos é assegurado o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem sofrer quaisquer restrições por parte do concorrente. Na verdade, a relação existente entre os princípios<sup>14</sup> acima descritos é somente de complementaridade e nunca subordinação da livre concorrência perante a livre-iniciativa.

---

14. As conceituações dos principais termos constitucionais que representam a concorrência são: *liberdade* — todas as pessoas são livres na forma da lei e o interesse público tem que respeitar o interesse individual, desde que a liberdade tenha limite, regulado pela lei; — *livre-iniciativa* — é a capacidade (ação) de fazer algo à frente (projeto ou negócio), caracteriza-se pela liberdade da pessoa física ou jurídica de escolher uma atividade econômica e exercitá-la, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei e a empresa privada se constitui como seu principal elemento (elo propulsor); — *livre concorrência* — esse princípio assegura a agente econômico o direito de ingressar e permanecer no mercado protegido dos comportamentos maléficis dos agentes que detêm poder econômico e o explora de forma abusiva, o consumidor ou agente em mercados em que a concorrência não existe deverá ser autotutelado pelo Estado, que reprimirá o uso abusivo do poder de mercado.

A ilustre ex-conselheira do Cade, Neyde Malard, nos ensina:<sup>15</sup>

A titularidade à livre concorrência transcende o direito individual dos particulares e projeta-se difusamente por toda a sociedade. O que se visa é a proteção do mercado — “o espaço” em que se quer afirmada uma concorrência livre, sendo esse o bem juridicamente protegido, e do qual é titular a coletividade. Portanto, aqui os principais bens juridicamente protegidos são: a liberdade de iniciativa; a livre concorrência; a função social da propriedade; e a defesa do consumidor. A titularidade desses bens jurídicos pertence à coletividade. Ou seja, são parcelas de pessoas que não se encontram adequadamente representadas como porta-vozes unívocos em defesa desses seus direitos. Esses bens são enquadrados na categoria de direito e interesses difusos.<sup>16</sup>

A CFRB estabeleceu, ainda, que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” — art. 173, § 4º. Ressalte-se que, na Constituição, “a repressão ao abuso do poder econômico” é deslocada pelo constituinte para o contexto que trata da exploração direta da atividade econômica do Estado, configurando-se, assim, como um dos instrumentos de proteção à livre concorrência. Dessa maneira, seguindo os ensinamentos do professor Eros Grau, o Estado intervirá “realizando” a Constituição para reprimir a ação anticoncorrencial às distorções que certas práticas econômicas produ-

---

15. MALARD, N.T. (1997) *Concentração de empresas e concorrência* — Tese de Mestrado — UNB, Brasília.

16. Elementos caracterizadores dos direitos difusos são: transindividuais, cuja titularidade é difundida e pertence o bem a todos; indivisibilidade dos bens; titularidade indeterminada, ou seja, pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

zem no mercado. Enfim, para assegurar à coletividade os benefícios que a livre concorrência possa trazer.

Nos chamados mercados concorrenciais, em que as empresas estão sempre querendo inovar com melhores produtos em termos de qualidade e preço, ocorre uma competição constante entre *players*, trazendo benefícios econômicos para a sociedade como um todo. Do ponto de vista do consumidor, sob o regime de concorrência intensa, os produtos e serviços têm melhores qualidades, menores preços, o que permite aos consumidores escolher o melhor. Do ponto de vista das empresas, tanto as entrantes quanto as incumbentes nesse mercado de produtos e serviços, sob o regime de concorrência intensa, elas têm a liberdade de dedicar-se ao seu ramo de atividade, crescendo “pelas próprias pernas”, sem sofrer entraves das grandes empresas concorrentes que já existiam nesses mercados. Para o país, sob o regime de concorrência intensa, seria o melhor dos mundos, pois as corporações desenvolveriam um mercado forte com bons produtos para acesso de sua população. Portanto, esses princípios, que são complementares entre si, devem ser reconhecidos como importantes instrumentos de transformação do ambiente em que atuam os agentes econômicos, permitindo a sinergia da competitividade e da eficiência, o que certamente resultará para a sociedade em maior oferta de bens e serviços com melhores condições de preços e qualidade.

A opção pelo sistema capitalista fez com que a ordem econômica estabelecida na Constituição vigente rejeitasse a economia liberal e o princípio da autorregulação da economia. A ordem econômica liberal é constituída por uma ordem econômica intervencionista, que postula como um modelo de bem-estar social. Já em relação ao princípio da autorregulação, a Constituição atual opta pela regulação pública, cuja intervenção do Estado no domínio econômico é de caráter

excepcional, somente podendo ocorrer nos termos e para os efeitos expressamente previstos na Carta Magna, que lhe traça critérios inamovíveis, conforme os princípios seguidos.<sup>17</sup>

A nossa Carta Magna avocou para a União a atribuição de agente normativo e regulador, art. 174, caput, devendo ser caracterizada através de políticas governamentais, implementadas com a criação de órgãos específicos encarregados de preservar a concorrência e de coibir o uso abusivo do poder econômico.

### 2.3.1 O novo papel regulador do Estado, de interventor a regulador<sup>18</sup>

Com base na CRFB, existe a previsão da intervenção do Estado na Economia, regulamentada por meio da criação de uma Lei Geral da Concorrência, bem como o de várias Leis específicas das Agências Regulatórias que passam a regular determinado setor da economia.

17. GOMES, J. M. M. — notas de aula.

*Legalidade*: a interferência do Estado exige lei prévia, sem a qual o Poder Executivo não pode atuar (art. 170, parágrafo único; 171, § 1º; 172, 173, caput e §§ 4º e 5º; 174, 175); *Livre concorrência*: somente pode ser limitada, jamais de todo suspensa, para reprimir o uso do poder econômico; *Defesa do consumidor*, com salvaguarda da concorrência e condenação dos lucros abusivos (art. 173, §§ 4º e 5º); *Função estatal definida*: fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e meramente indicativo para o setor privado (art 174); *Exploração direta da atividade econômica*: somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, caput); *Repressão ao abuso do poder econômico*: que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º); *Responsabilização das empresas e seus dirigentes*: nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º); *Fixação de diretrizes e bases do planejamento*: do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, § 1º).

18. SEBBA, Pedro Ivo Ramalho. Organizador. **Regulação e agências reguladoras, governança e análise de impacto regulatório**, Anvisa e Casa Civil da Presidência da República, BSB, 2009.

### 2.3.2 Elementos jurídicos do direito regulatório

A fim de assegurar estes princípios, o legislador entendeu proteger a livre concorrência através da Lei nº 12.529/2011, uma vez que havia a autorização constitucional, como já visto, no § 4º do art. 173 da CF, *in verbis*: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (grifos nossos), entendendo, também, estarem aí inseridos os fundamentos para o marco jurídico das novas Agências Regulatórias.

Se ao particular é assegurado o direito de exercer atividades econômicas (livre-iniciativa), ao Estado caberá reprimir o uso abusivo do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; em suma, tudo o que atente contra a liberdade que tem toda pessoa física ou jurídica para exercer aquelas atividades. Assim sendo, caberá ao Estado reprimir o uso abusivo desse poder econômico, tendo em vista que ao particular é assegurado o direito de exercer atividades econômicas (livre-iniciativa).

Nota-se certa conotação de justiça econômica<sup>19</sup> neste dispositivo constitucional, pois, ao mesmo tempo em que a CF ratificou a livre-iniciativa como pilar da ordem econômica, negou o liberalismo absoluto (grifos nossos), determinando a repressão ao abuso do poder econômico que atente contra a liberdade que tem toda pessoa física ou jurídica para exercer aquelas atividades. Portanto, criou o legislador uma espécie de “sistema de freios e contrapesos”.

---

19. Eros Grau, em sua obra: *A ordem econômica na Constituição de 1988*, de 1997.

### 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os Estados Unidos foram aparentemente o primeiro país a impor regras a setores da sua economia que impunham suas políticas comerciais anticompetitivas ou anticoncorrenciais devido às imperfeições<sup>20</sup> existentes no mercado norte-americano. Foram elaboradas leis fundamentais a fim de diminuir as restrições impostas pelos grandes grupos econômicos, tendo sido concebidos nessa época, o Sherman Act (1890)<sup>21</sup> e o Clayton Act (1913),<sup>22</sup> que criaram o Federal Trade Commission (FTC) (1914). Essas duas peças legais serviram de inspiração para várias legislações sobre defesa da concorrência no mundo todo, inclusive no Brasil. Segundo relato do eminente jurista Gilberto Ulhoa Canto, proferido em curso de pós-graduação em Direito Empresarial na Universidade Cândido Mendes, em 1993, “em 1938 foi formado o primeiro grupo de brasileiros, constituído por advogados e especialistas que foram aos Estados Unidos, a fim de visitar os órgãos norte-americanos e verificarem *in loco* a sua experiência já acumulada àquela época de mais de quarenta anos no assunto”.

---

20. Situação em que possibilita o afastamento de uma economia de mercado da posição de equilíbrio geral da condição de concorrência perfeita. Isto é, o mercado não funciona como deveria funcionar. Os principais fatores que contribuem para a falha de mercado são: poder de mercado, assimetria de informação e externalidades.

21. Em 1890, foi aprovado o Sherman Act, destina a combater o comportamento monopolista de mercado das firmas. A sua principal premissa é a de considerar ilegal qualquer comportamento em forma de contrato, combinação ou conspiração para restringir o comércio. Foi esta legislação que orientou todo o processo que culminou, em 1913, na fragmentação do monopólio exercido pelas célebres empresas de John Rockefeller, a Standard Oil Company.

22. O Clayton Act define objetivamente uma conduta empresarial como competitiva, na sua seção 2, o que é considerado pelos especialistas na matéria como sendo um avanço em relação ao Sherman Act, principalmente por fornecer a base legal para a ação sobre as estruturas de mercado.

Paula Forgioni,<sup>23</sup> na sua obra intitulada *Os fundamentos do antitruste* descreve a evolução histórica da legislação no Brasil relatando a fase embrionária ao comentar que, apesar de esse processo econômico ter demorado a chegar ao Brasil, o antecedente histórico da legislação de defesa da concorrência no país é encontrado no art. 141 do Texto Constitucional de 1937, uma vez que este tinha sido elevado, como seu princípio, a proteção à economia popular. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo Decreto-Lei nº 869/1938, cujo escopo principal seria proteger a economia popular em nome da segurança nacional. Entretanto, em relação à sua aplicabilidade, esse Decreto-Lei gerou uma grande resistência por parte dos agentes econômicos, o que acabou por revogá-lo quatro anos mais tarde. Em 1942, seria promulgado um novo Decreto-Lei de nº 4.407/1942 que criou a chamada Comissão de Defesa Econômica (CDE), cuja principal função era de fiscalizar, administrar, liquidar e apropriar bens e direitos. Seria essa Comissão a primeira versão do atual Cade no país.

Esse decreto também foi substituído pela chamada “Lei Maia”, Decreto-Lei nº 7.666/1945, de autoria do deputado Agame non Magalhães, que defendia fervorosamente *medidas repressivas contra o abuso do poder econômico, associadas a um caráter de nacionalismo e protecionismo* (grifo nosso). Essa lei visava reprimir “atos contrários à moral e ao ordenamento econômico”, em substituição aos “crimes contra a economia popular”, que vigoravam na lei anterior.

De acordo com assertivas de vários doutrinadores do direito econômico, esse diploma legal representou um grande avanço, tanto em termos de sistematização da matéria quanto da técnica jurídica, tendo criado, ainda, a chamada Comissão Administrativa de Defesa Econô-

---

23. FORGIONI, P.A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

mica (Cade). O decreto foi, no entanto, revogado poucos meses após sua edição, em virtude de conflitar com o ambiente liberal da política econômica pós-guerra. No entanto, alguma coisa importante ficaria, como, por exemplo, a substituição da expressão “crimes contra a economia popular” por “abuso do poder econômico”.

E, ainda com base nos ensinamentos da professora Paula Forgioni, verifica-se, todavia, que àquela época ainda permanecia no país a preocupação de dotar-se o Estado brasileiro de instrumentos eficientes quanto à repressão ao abuso do poder econômico, quando o então art. 148 da Constituição brasileira de 1946 dispôs, no capítulo da ordem econômica e social, que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive uniões de qualquer natureza que tenham a finalidade de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Dois anos mais tarde, Agamenon Magalhães apresentaria um projeto de lei (Projeto de Lei nº 122/1948), voltado para a repressão do abuso do poder econômico e adotando as diretrizes da legislação dos Estados Unidos com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas.

Entretanto, o abuso de poder econômico previsto na Constituição de 1946 ficou sem regulamentação até 1962, quando foi sancionada, com a edição da Lei nº 4.137/1962, como dispõe o seu art. 1º: “A repressão ao abuso do poder econômico a que se refere o art. 148 da Constituição Federal regular-se-á pelas disposições desta lei”. Esse diploma vigeu em nosso ordenamento jurídico por mais de trinta anos, e, como não havia efetivamente concorrência no país, na prática teve pouca aplicação.

Em que pese o art. 146 da Constituição de 1946 expressamente dispor: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade”, essa intervenção terá por base o interesse público e por limite



os direitos fundamentais assegurados nessa constituição, somente dezesseis anos depois, esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelas Leis Delegadas nºs 4 e 5/1962, dispondo, respectivamente, sobre “a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo” e sobre a criação da Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab), como autarquia federal.

Ainda segundo a professora Paula Forgioni, “outra importante legislação que vale a pena comentar foi a criação da Lei nº 1.521/1951,<sup>24</sup> que visava proteger a economia popular e tipificar como crime as infrações à ordem econômica”. Nota-se que a lei também contém uma série de dispositivos de natureza antitruste, dentre os quais temos, como exemplo, no inciso V do art. 3º, a vedação à prática de preços predatórios, bem como contém em seus dispositivos a maior parte das práticas anticoncorrenciais, que ainda hoje são tipificadas como ilícitas em diversas legislações de natureza antitruste no Brasil.

Essa lei congrega os institutos de crime contra a economia popular, cuja evolução legislativa poderia ser enquadrada na legislação de defesa do consumidor; e abuso de poder econômico, cuja evolução legislativa poderia ser enquadrada na legislação de defesa da concorrência.

Foram essas, portanto, as poucas peças legais sobre o direito da concorrência surgidas até então no país nos últimos trinta anos, influenciadas pela experiência concorrencial americana com base no Sherman Act, de 1890, primeiro diploma legal sobre abuso de poder econômico no mundo.

Para uma rápida visualização, vide resumo na tabela a seguir:

---

24. Essa lei, apesar de seu elevado tempo de duração em nosso ordenamento jurídico, ainda continua em vigor, inclusive sendo utilizada em passado recente para condenação do banqueiro Nagi Nahas de primeira instância do Tribunal.

TABELA 2.

Leis da Concorrência	4.137 (1962)	8.158 (1991)	8.884 (1994)	12.529 (2011)
Órgãos	Cade	SNDE Cade	Cade SDE SEAE	Cade + SEAE
Âmbito	Conduta	Conduta	Estrutura Conduta	Estrutura Conduta
Grau de autonomia	—	—	Cade torna-se uma agência independente. Membros têm dois anos de mandato.	Cade torna-se uma agência independente. Membros têm quatro anos de mandato.

Fonte: elaboração própria.

As duas primeiras legislações sobre concorrência no país, de nº 4.137/1962 e 8.158/1991, tratavam apenas das chamadas práticas infrativas, as quais dispunham sobre condutas anticoncorrenciais abusivas descritas na tipologia das legislações, que eram investigadas posteriormente pelo Cade, ou seja, primeiro ocorria a prática e posteriormente o Cade atuava. A partir de 1994, com a edição da Lei nº 8.884/1994, é introduzida a parte preventiva com o instituto do controle das estruturas do mercado, isto é, qualquer operação de ato de concentração econômica que tivesse na pós-operação mais de 20% do *mercado relevante*<sup>25</sup> do produto ou serviço, ou que uma das partes tivesse 400 milhões de reais e a outra tivesse 30 milhões

25. Metodologia empregada universalmente — proposta pelos Horizontal Merger Guidelines do FTC/DoJ/USA, de 1992 (“Guidelines”) — um produto e uma área seriam um mercado se um monopolista sobre eles elevasse, com lucro, o preço, significativamente acima dos níveis prevalentes ou tendentes a prevalecerem no futuro. A questão foi resolvida ao se arbitrar uma elevação hipotética de preços de 5%, 10% ou 15%, durante um ano, de forma generalizada, significativa e não transitória. A partir daí, identifica-se a possibilidade de os clientes substituírem o produto (mercado relevante do produto) ou os fornecedores (mercado relevante geográfico), como consequência desse aumento.

de reais, respectivamente, no seu último faturamento bruto anual no Brasil, teriam de submeter a operação ao controle preventivo do Cade. A atual Lei nº 12.528/2011 manteve esse instituto preventivo alterando o valor do faturamento no último balanço e retirando a participação de 20% do mercado relevante pós-fusão.

Posteriormente, em 1995, foi também editada a Lei nº 9.021/1995, que em seu art. 5º, permitiu a criação do que hoje se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), integrado à época pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) e Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF. Objetivo principal, à luz das Leis nº 8.884/1994 e 9.021/1995, seria promover uma economia de mercado, competitiva por meio de ações preventivas e repressivas das autoridades antitruste. Tais leis trouxeram, então, maior respaldo às decisões do órgão julgador, Cade, soberano no âmbito da administração pública, não cabendo recurso a superior hierárquico, no caso, o ministro da Justiça, bem como manteve a SDE e a SEAE vinculadas como órgãos técnicos, dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, respectivamente.

A Lei nº 9.618, de 2 de abril de 1998, transferiu duas atribuições da extinta Lei Delegada nº 4, da Sunab para a SEAE/MF, no contexto da Lei nº 8.884/1994, com a finalidade de instruir procedimentos que foram: i) estabelecer sistema de informações sobre a produção, distribuição e consumo de bens e serviços, requisitando o fornecimento de quaisquer dados, periódicos ou especiais, em poder de pessoas de direito público ou privado; e ii) proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas que se dedicassem às atividades nela previstas.

Em 2000, a Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, foi transformada na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, trazendo inovações à repressão de condutas anticompetitivas, alte-

rando e acrescentando dispositivos à Lei nº 8.884/1994. Dentre as inovações, foram incluídos maiores poderes de investigação; multas; criação do acordo de leniência;<sup>26</sup> aplicabilidade de compromissos de cessação de prática; e maior sigilo nas denúncias.

---

26. Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I — a identificação dos demais coautores da infração; e II — a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I — a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II — a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III — a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV — a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do ACDE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I — decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que esta tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II — nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta lei, devendo, ainda, considerar, na gradação da pena, a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta lei. § 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado com

Anteriormente à promulgação da Lei nº 10.149, os poderes de investigação eram limitados, pois se restringiam à solicitação de informações por escrito, oitiva de testemunhas, convocação pela SEAE dos representantes legais das empresas para informar sobre aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, exame de estoques, papéis e escritas. Ou seja, na prática, grande parte das investigações era realizada com base em informações requisitadas por escrito aos agentes econômicos prováveis infratores.

Esse cenário foi alterado com a permissão à SDE e à SEAE para realizar inspeções no local, mediante notificação com pelo menos 24 horas de antecedência, prevista no § 2º do art. 35 da nova lei, bem como requerer, por intermédio da Advocacia Geral da União, expedição de mandado de busca e apreensão de “objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física”.

Assim sendo, esse aumento do poder de investigação foi de vital importância para que as autoridades de defesa da concorrência<sup>27</sup> — SDE e SEAE — pudessem obter provas da existência de práticas anticompetitivas para as quais as simples evidências econômicas e os fatos publicamente divulgados, que normalmente eram insuficientes, não se logravam comprovar os indícios das práticas cometidas.

---

uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10 Não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11 A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

27. As duas novas multas criadas no § 5º do art. 26 e o art. 26-A da nova lei, anteriormente aplicadas apenas pelo CADE, no seu § 3º, passaram a ser aplicadas também pela SDE e SEAE, sempre que essas fossem autoras das solicitações de informações não atendidas.

Portanto, verifica-se que os principais instrumentos legais que fazem parte da evolução da legislação brasileira antitruste são: Lei nº 4.137/1962, parcialmente revogada pela Lei nº 8.158/1991, que ainda conviveu com ela até 1994, quando ambas foram consolidadas pela Lei nº 8.884/1994, que ainda trouxe catorze inovações àquela época, a Lei nº 10.149/2000,<sup>28</sup> que permitiu maior poder de investigação dos órgãos de concorrência, inserida pela própria Lei nº 8.884/1994 e atual Lei da Concorrência nº 12.529/2011.

## 4. PRINCIPAIS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI DA CONCORRÊNCIA DE Nº 12.529/2011

### 4.1 Introdução

A Lei nº 8.884/1994 vigorou de junho de 1994 a maio de 2012, ou seja, por mais de dezesseis anos em nosso ordenamento jurídico e, após pelo menos uma década de debates, foi sancionada a Lei nº 12.529,<sup>29</sup> em 30 de novembro de 2001, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Entretanto, esta somente entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012, uma vez que cumpriu um *vacatio legis* de 180 dias.

---

28. Lei que inclui maiores poderes de investigação; multas; criação do acordo de leniência; aplicabilidade de compromissos de cessação de prática; e maior sigilo nas denúncias.

29. Essa nova lei foi fruto de dois Projetos de Lei (PLs): nº 3.937/2004, da Câmara de Deputados e 5.877/2005, do P.EX. A partir de 2007, esses dois PLs vieram a ser examinados por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, uma vez que passaram a fazer parte integrante do chamado Programa de Aceleração do Crescimento — PAC. Um substitutivo consolidando as duas propostas foi aprovado na Comissão Especial e enviado para aprovação no Plenário da Câmara em dezembro de 2008. Posteriormente, foi encaminhado para o Senado no início de 2009, sendo finalmente aprovado em novembro de 2011.

Podemos verificar que as principais mudanças que entraram em pauta foram: o novo desenho organizacional do SBDC (criação do “novo Cade”); a criação do sistema de subsunção de notificação prévia e os novos critérios de notificação de atos de concentração; as alterações dos conceitos do controle de condutas anticompetitivas e sanções penais delas decorridas.

Contudo, a atuação do Cade continuou na nova lei a se configurar de duas formas: *de modo repressivo*,<sup>30</sup> após a concorrência do fato, com base no art. 36, por meio dos procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica previstos no art. 48; e *de modo preventivo*,<sup>31</sup> antes da ocorrência dos fatos, com base nos arts. 88 e 90, nos casos de concentração econômica (fusões, cisões, “*joint venture*”, aquisições e contratos de fornecimentos de longo prazo, entre outros).

30. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; II — dominar mercado relevante de bens ou serviços; III — aumentar arbitrariamente os lucros; e IV — exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico *em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo*. § 2º Presume-se posição dominante *sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia*. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.

31. Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta lei, realiza-se um ato de concentração quando: I — 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II — 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III — 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV — 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Pode-se dizer que houve uma reestruturação institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), consolidando o antigo Cade, no “novo Cade”. Nesse novo desenho institucional, o Cade passou a ser o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, inclusive incorporando uma parte da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), mais precisamente o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), que passou a ser sua Superintendência-Geral. Assim sendo, o novo Cade (Tribunal + Superintendência) passou a compor, em conjunto com a SEAE, o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Também foi criado o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) dentro do Cade, que serve tanto à Superintendência quanto ao Tribunal e que responde às crescentes demandas mais sofisticadas nas análises econômicas na defesa da concorrência. Assim sendo, a nova estrutura do Cade compreende os seguintes órgãos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) a Superintendência-Geral; e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), além do apoio da Procuradoria Federal (ProCade) e do Ministério Público Federal.

Ocorreu, portanto, na atual lei, uma fusão das atividades que estavam sendo desenvolvidas em três órgãos distintos, Cade/SEAE/SDE, e que, a partir de então, passaram a ser concebidas dentro do novo órgão, que se tornou o responsável pela investigação e tomada de decisão tanto nos atos de concentração econômica, fusões, aquisições etc. quanto nas condutas anticompetitivas. Com efeito, o Cade herdou as tarefas que antes eram realizadas pela SEAE e SDE, em que pese a atuação da Superintendência-Geral, que se constituiu como uma espécie de “filtro” para o andamento do trabalho do Tribunal.

Segundo ensinamentos de Elizabeth Farina,<sup>32</sup> ex-presidente do Cade, e Fabiana Tito, ex-coordenadora geral da SED, uma das mu-

---

32. Artigo publicado em 2012 no Boletim latino-americano de concorrência, por Elizabeth Farina e Fabiana Tito com o título de Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência.



danças mais importantes nos procedimentos de análise de fusões é a que estabelece que o superintendente geral arque com a responsabilidade de se opor ao ato perante o Tribunal, tendo também o poder de aprovar a fusão monocraticamente. No entanto, foi colocado propositalmente um limite aos poderes do Superintendente, uma vez que qualquer conselheiro tem o direito de avocar, seja qual for a fusão em análise pela Superintendência. Assim sendo, foi criada uma espécie de sistema de pesos e contrapesos, sem, contudo, perder de vista a celeridade da aprovação de atos de concentração que não tenham probabilidade de gerar algum impacto negativo sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor.

No caso da análise de condutas potencialmente anticompetitivas, para Cesar Matos,<sup>33</sup> — ex-conselheiro do Cade:

[...] em um primeiro estágio, são analisadas como “inquéritos administrativos” — mas passando a um segundo estágio de “processos administrativos” — PAs, quando estiverem presentes os indícios mais robustos, que merecem análise mais aprofundada. Neste segundo estágio, quando se tornarem PAs, com ou sem indicação final da Superintendência para a condenação dos representados, devem ser apreciados pelo Tribunal, ao passo que os IAs que não passarem para o segundo estágio serão arquivados pelo próprio Superintendente.

Portanto, os casos mais difíceis, nos quais se discute a intervenção do Estado, nunca são decididos monocraticamente, requerendo discussão e votação no Tribunal. Enquanto que, para aqueles casos considerados menos complexos, a expedita decisão monocrática do Superintendente é a mais adequada, evitando-se, assim, a du-

---

33. Artigo publicado em 2012 por César Matos com o título de *Evolução institucional da defesa da concorrência no Brasil: a reforma do Cade*.

pla análise, que retira celeridade das decisões. Por outro lado, isso não impede que membros no Tribunal entendam de forma diversa, avocando o processo e aprofundando a análise. Isso possibilitará ao Tribunal julgar os casos que realmente sejam relevantes do ponto de vista da concorrência.

Nessa nova estrutura, segundo César Matos:

[...] também foram redefinidas as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda — SEA/MF no sentido de concentrar seus esforços para a chamada advocacia da concorrência dentro do setor público. Com a entrada em vigor da atual lei, verificou-se, à época, que havia um conjunto substantivo de problemas concorrenciais surgidos em decorrência da criação de barreiras a entradas artificiais no mercado, principalmente em virtude de regulamentações anticompetitivas emanadas pelo próprio Estado, sem que, contudo, ocorresse uma justificativa quer sejam econômica ou socialmente razoáveis. Este fato deveu-se, em grande parte, à atuação das próprias agências reguladoras nesses últimos dezesseis anos, ou seja, desde suas criações nos diversos setores da economia brasileira. Com base na nova Lei, em seu art. 19<sup>34</sup>, faz

---

34. Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico *promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, cabendo-lhe, especialmente*, o seguinte: **I** — opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; **II** — opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; **III** — opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; **IV** — elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento

sentido passar a existir um órgão especializado que tenha a incumbência, também dentro do próprio Estado, de exercer contrapeso a esse tipo de ineficiência econômica praticada.

Cabe destaque para a nova atuação do Ministério Público Federal, — MPF,<sup>35</sup> na defesa da concorrência, uma vez que foi alterada na lei atual a forma de tramitação dos Atos de Concentrações, ACs, a fim de desobrigá-lo. Sendo assim, a participação do MPF deixa de ser obrigatória, evitando-se duplicação de trabalho com a Procuradoria do Cade. Entretanto, isso não inviabiliza de forma alguma a sua participação em ACs; caso este entenda que deva participar do caso concreto, poderá fazê-lo, uma vez que já constitui prerrogativa intrínseca desse órgão por se tratar de interesses difusos da sociedade, como anteriormente já visto. Em relação aos casos das condutas potencialmente anticompetitivas, a nova lei “garantiu que o MPF mantivesse sua posição de destaque nas investigações e na implementação do programa de leniência, no qual o órgão tem participado, de forma bastante eficaz e proativa, em vários dos casos já analisados”, até a presente data.

---

mento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V — elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI — propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do país; VII — manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII — encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

35. Art. 20. O *procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior*, designará *membro do Ministério Público Federal* para, nesta qualidade, emitir parecer, *nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, que acumula uma farta jurisprudência formada nos últimos dezesseis anos de atuação da Lei nº 8.884/1994, o Cade terá maior independência técnica em relação ao Governo Federal, refletindo-se, conseqüentemente, nos ambientes de negócios. Por isso, merece destaque a alteração dos mandatos do presidente e dos conselheiros para quatro anos, sem recondução, evitando, dessa forma, intervenções políticas como retaliação a decisões sensíveis tomadas pelo Tribunal no mandato anterior, bem como a preservação da independência entre as investigações exercidas pela Superintendência-Geral e o Tribunal, o que é garantido pelo mandato do superintendente (dois anos, permitida uma recondução) e também pela forma como o orçamento do órgão vai ser gerido, ou seja, o próprio superintendente será o ordenador das despesas de sua Superintendência (unidade de gestão de recursos independentes), enquanto o presidente do Cade será o ordenador das despesas do órgão como um todo. Isso se explica pelo fato de a Superintendência, quando estiver em uma investigação de buscas e apreensões em agente econômico, conseguir diminuir a possibilidade de vazamento dessa investigação, bem como pelo fato de que os documentos a serem perquiridos não desapareçam.

#### **4.2 A criação do sistema da subsunção de notificação prévia e os novos critérios de notificação de atos de concentração**

O Brasil era uma das poucas jurisdições no mundo que ainda adotava um sistema de notificação pós-fusão, uma vez que a Lei nº 8.884/1994 permitia que o ato pudesse ser subsumido às autoridades da concorrência previamente ou em até quinze dias após sua concretização. Com a nova lei, as empresas são obrigadas a notificar previamente o Cade do interesse em realizar um ato de concentra-

ção (art. 88), cuja concretização fica condicionada à aprovação do Cade, devendo ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas até a decisão final sobre a operação. Ou seja, a aprovação do Cade suspende a eficácia do ato e a ausência daquela implica a nulidade aos praticados. O não cumprimento deste dispositivo pelas empresas envolvidas acarretarão, ainda, multas pecuniárias e a possibilidade de desfazimento da operação. Com isso, altera-se sensivelmente a forma como os negócios passarão a ser realizados no Brasil.

A concretização da operação ou de qualquer ato com esse efeito é conhecida na Jurisprudência mundial como *gun jumping*.<sup>36</sup> O resultado dessa prática implica multas aos agentes econômicos, além do possível desfazimento da operação. Certamente, a apreciação dos casos concretos resultantes desse tipo de operações comerciais acabará por formar a jurisprudência brasileira na matéria.

A Lei nº 12.529/2011 alterou substancialmente os critérios e valores de notificação obrigatória, possibilitando a redução quantitativa dos casos a serem examinados. Sendo assim, passa a ocorrer em primeiro lugar a alteração do conceito de ato de concentração a fim de clarear quando este realmente se verifique, ou seja, tenha os requisitos necessários à subsunção. Como consequência, o número de transações submetidas à análise do Cade se restringirá. Nesse novo conceito, os atos de concentração são “aqueles atos que con-

---

36. *Primeira punição por gun jumping da Lei nº 12.529/2011*. O Cade aprovou por unanimidade, no dia 28 de agosto de 2013, um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) proposto pela OGX, em que a companhia assumiu a consumação prematura de um negócio com a Petrobrás antes da aprovação do órgão antitruste. A petroleira do Grupo EBX se comprometeu a pagar 3 milhões de reais, em dez parcelas, ao Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça. A suposta infração poderia levar à anulação da transação, à aplicação de multa e a eventual instauração de processo administrativo. De acordo com a legislação, a multa imposta pelo Cade às empresas envolvidas poderá variar entre 60 mil reais e 60 milhões de reais.

sistem em fusão, aquisição ou celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, ou, ainda, a aquisição do controle ou partes de uma ou mais empresas anteriormente independentes, conforme redação do art. 90”.<sup>37</sup>

Vale fazer uma ressalva: estão excluídos do conceito de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* aqueles que forem voltados à participação das empresas envolvidas em licitações.<sup>38</sup> Segundo entendimento de Natália Villas Bôas Zanelatto e Gabriela Abreu:

Como consequência deste novo conceito introduzido pela Lei nº 12.529/11,<sup>39</sup> pode-se citar o contrato de decisão como exemplo de ato que deixou de configurar ato de concentração. Este, sob a ótica da lei anterior (Lei nº 8.884/94), foi objeto de discordância entre a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); a primeira entendia pela necessidade de submissão de tais contratos à análise das autoridades antitruste, enquanto a segunda achava que não se caracterizava como ato de concentração econômica.

---

37. Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta lei, realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; e (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, salvo se voltados ao atendimento de um empreendimento específico e com prazo determinado.

38. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

39. Artigo publicado em 2012 por Natália Villas Bôas Zanelatto e Gabriela Abreu com o título de *As principais alterações no âmbito do Direito da Concorrência*.

Em relação aos novos critérios de notificação obrigatória, houve também alteração importante. Sob a nova lei, uma transação deve ser notificada nos termos do art. 88, isto é:

Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil no ano anterior à operação o equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Os valores do faturamento acima mencionados, no entanto, já foram atualizados e alterados, a pedido do Cade, pela Portaria Ministerial<sup>40</sup> do Ministério da Justiça e da Fazenda. Isto indica, claramente, que o Cade examinará apenas as operações de grande porte econômico.

---

40. GABINETE DO MINISTRO — PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 994, DE 30 DE MAIO DE 2012

Adéqua, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade, os valores constantes no art. 88, I e II, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhes conferem o § 1º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem: Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração, a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade, conforme previsto no art. 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I — R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88 da Lei 12.529, de 2011; e II — 75.000.00,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011. Art. 2º Esta Portaria entre em vigor na data de sua promulgação. JOSÉ EDUARDO CARDOZO, Ministro de Estado da Justiça/GUIDO MANTEGA Ministro de Estado da Fazenda.

O Cade também poderá requisitar exame de fusões abaixo do limite do faturamento, dentro de um ano da data do fechamento do negócio, o que evita que operações de escopo local (mercados relevantes locais) possam trazer prejuízos ao bem-estar dos consumidores locais. Novamente a lei colocou em sistema de freios e contrapesos para que o órgão não deixasse passar incólumes operações que, por não ter os requisitos necessários da submissão pudessem, no futuro, trazer problemas de condutas anticompetitivas.

A nova lei eliminou o critério anterior de 20% de participação em pelo menos um mercado relevante afetado pela operação, que era exigido. Segundo ensinamentos de Elizabeth Farina<sup>41</sup> e Fabiana Tito:

Desta forma, como se sabe, a definição de mercado relevante poderia envolver longas polêmicas entre as partes e a autoridade. A remoção desse dispositivo melhora a segurança jurídica das regras de notificação compulsória e diminui o risco dos negócios no país.

A jurisprudência do Cade até recentemente, de acordo com César Matos:

[...] entendia que o valor do faturamento deveria englobar não apenas as receitas da empresa ou grupo no país, mas também as no exterior. Isso ampliou bastante o conjunto de operações de multinacionais que, mesmo sem produzir no país, tinham que notificar. Recentemente, foi alterado esse entendimento, adotando-se o critério de faturamento no país, o que se encontra explicitamente contemplado na lei atual.

Portanto, de acordo com Natália Villas Bôas e Gabriela Abreu:

---

41. Artigo publicado em 2012 no *Boletim latino-americano de concorrência*, por Elizabeth Farina e Fabiana Tito com o título de *Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência*.



[...] a inteligência combinada dos arts. 88 e 90 da nova lei certamente permitirá maior celeridade e segurança jurídica em razão do menor número de atos que serão submetidos à autoridade antitruste. Estas poderão concentrar seus esforços nas operações que efetivamente terão maior impacto no mercado e, por consequência, na concorrência.

### 4.3 As alterações dos conceitos do controle de condutas anticompetitivas e sanções penais delas oriundas

Em várias legislações concorrenciais no mundo, a conduta com maior potencial de dano à concorrência é o conluio entre os agentes visando frustrar a concorrência, denominada cartel. Sob a égide da Lei nº 8.884/1994, redigida na época em que ocorreu o primeiro cartel<sup>42</sup> de que se tem conhecimento, o Cade não detinha poder de investigação, e o cartel era investigado mediante solicitação de provas às próprias partes infratoras, do conhecimento de tal prática, e, ainda, que seus clientes que porventura tivessem pago por essas práticas confirmassem e entregassem as provas de que a autoridade necessitava para, após seguimento do processo, lograr êxito e punir a infratora ao final. Dessa forma, por muitos anos faltavam ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) os instrumentos necessários para coibir tais práticas.

A partir de 2000, o SBDC tornou-se muito mais proativo na investigação, apuração e condenação de cartéis. Portanto, passa a ocorrer uma melhora de desempenho em decorrência dos seguin-

---

42. O primeiro cartel condenado após a Lei nº 8.884/1994 foi o do aço plano comum em 1999, detectado de forma totalmente casual: as empresas, acostumadas dentro do paradigma anterior a discutir conjuntamente seus reajustes com o governo foram a SEAE, SDE e Cade e informaram sua intenção de realizar reajustes de preços paralelamente, o que acabou acontecendo, e que ocorreriam com intervalos de, no máximo, uma semana entre as remarcações.

tes fatores, que foram: as novas prerrogativas da SDE e da SEAE na busca e apreensão de documentos em empresas suspeitas, e a introdução do programa de leniência, ambas com previsão na Lei nº 10.149/2000.

Nos Estados Unidos e na União Europeia, o Acordo de Leniência é um dos principais instrumentos de identificação e punição de um cartel com resultados positivos. O propósito da leniência é basicamente instabilizar os cartéis, estimulando comportamentos não cooperativos dos agentes entre si.

Segundo informação da Federal Trade Commission (FTC), Exmo. sr. ex-ministro da Justiça, Paulo de Tarso Ribeiro:

[...] até 1993 as multas por práticas de cartel nos EUA eram da ordem de US\$ 10 milhões de dólares; a partir dessa época foi introduzido o instituto do acordo de leniência em práticas anticoncorrenciais, e o respectivo valor arrecadado pulou para cerca de US\$ 200 milhões de dólares em 2000.

Ou seja, somente após a adoção desta tipificação penal é que as autoridades americanas passaram a lograr êxito no combate aos cartéis.

No bojo da Lei nº 12.529/2011, o programa de leniência, em seu art. 86,<sup>43</sup> trouxe inovação significativa. Nas palavras de César Matos:

[...] em primeiro lugar, na lei antiga, os líderes do cartel nunca poderiam fazer parte de acordo de leniência. A ideia central àquela

---

43. Em seu artigo 86 dispõe que o “Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável [...] com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I — a identificação dos demais envolvidos na infração; e II — a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

época era de que o líder do arranjo não poderia ser menos penalizado do que os outros, até como forma de sinalizar a disposição da autoridade em não atenuar as penas para quem coordenou o arranjo”. “Há, entretanto, alguns problemas com tal abordagem. Primeiro, há muitas vezes dificuldade em se inferir quem é o líder. Segundo, é possível que aquele que porventura seja considerado o líder seja aquele com mais informações disponíveis para a autoridade. Na nova lei são estendidos os efeitos do programa de leniência para crimes conexos, como, por exemplo, fraude de licitação pública. Tais aperfeiçoamentos geram mais incentivos à adesão ao programa, incrementando a política de combate a cartéis.

Dessa forma, a desconsideração desses potenciais lenientes pode fazer toda a diferença no que diz respeito à condenação do cartel. “A preocupação central é incentivar a denúncia e, conseqüentemente, aumentar a eficácia do controle do Cade na defesa da concorrência em benefício do funcionamento equilibrado do mercado.”

E, ainda:<sup>44</sup>

[...] estender os efeitos do acordo de leniência às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos empregados envolvidos na infração

44. Um dos pontos destacados no Relatório dos Pares da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é que uma lei acessória à Lei nº 8.884/1994, a Lei nº 8.137/1990, define como crimes contra a ordem econômica um conjunto excessivo de condutas. Dada a aplicação da regra da razão em que o potencial anticompetitivo de cada conduta não pode ser avaliado fora do contexto econômico em que se insere fica nítido que tal generalização não é apropriada, porque pode estar constringendo um número de práticas que, ao fim do dia, sejam salutares do ponto de vista do mercado. Sendo assim, a nova lei descaracterizou criminalmente várias dessas condutas, apenas mantendo os casos dos cartéis, para os quais dificilmente se configuram eficiências compensatórias que impliquem efeito líquido positivo da conduta. Essa mudança se constituiu em medida saneadora importante.

OCDE — relatório sobre a Reforma Regulatória, *Brasil fortalecendo a Governança para o Crescimento*, Paris, Casa Civil da Presidência da República, 2008.

garante ao leniente que ele não será punido por meio de empresas de seu grupo ou empregados, reduzindo a incerteza do denunciante quanto ao alcance da leniência. O único problema aqui é que, dentro da empresa, entre os executivos que ajudaram na coordenação do cartel, tal como entre as empresas participantes, é preciso manter o incentivo a ser o primeiro a denunciar. Se um diretor comercial, por exemplo, sabe que também será incluído nos benefícios da leniência assinada pela empresa, ele naturalmente terá menos incentivos a realizar a denúncia antes da própria empresa.

Em que pese a sanção penal para condutas anticompetitivas imposta pela lei nova, outra alteração importante ocorreu nos casos de cartel, que serão punidos com pena de reclusão de dois a cinco anos, além da imposição de multa, eliminada a possibilidade de transação penal. Como já mencionado, a conduta com maior potencial de dano à concorrência é o cartel e, por isso, essa deverá ser punida com maior rigor, enquanto, na lei antiga, as sanções penais também eram aplicadas a condutas unilaterais das empresas.

Segundo entendimento de César Matos:

A Lei nº 15.529/11, portanto, descaracterizou criminalmente várias dessas condutas, mantendo apenas os casos, para os quais dificilmente se configuram eficiências compensatórias que impliquem efeito líquido positivo da conduta. Essa mudança se constituiu, portanto, em medida saneadora relevante.

Em relação às multas aplicadas às práticas anticompetitivas, na Lei nº 8.884/1994, segundo ensinamentos de Elizabeth Farina e Fabiana Tito:

[...] o montante das sanções poderia variar de 1% a 30% do faturamento bruto anual da empresa”. A Lei nº 12.529/11 alterou os

níveis das multas [...] e adotou uma nova base de cálculo: em vez do “faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos”, a multa será calculada em relação ao faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado no “ramo de atividade” empresarial que ocorreu a infração. A mudança também se refere à diminuição das porcentagens impostas. No caso da empresa, o novo intervalo varia *entre 0,1% e 20% do faturamento bruto no ramo de atividade* (grifo nosso). A consequência é uma redução global de multas, seja pelos limites do percentual menores, seja porque estes se aplicam não sobre o valor total do faturamento, mas à parcela auferida no “ramo de atividade”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de liberação, desregulamentação e modernização da economia brasileira que deu origem, a partir dos anos 1990, à criação das agências reguladoras e especialmente aos sistemas legais de defesa da concorrência, desenvolveu ao longo desses anos novos conceitos de proteção ao mercado e ao consumidor através da evolução legislativa necessária para o atingimento das mudanças no meio empresarial decorrentes da desestatização da economia.

A evolução histórica da legislação que teve como embrião a inspiração do direito norte-americano, especificamente o Sherman Act (1890) e o Clayton Act (1913), e a visita do grupo de advogados e especialistas brasileiros, em 1937, aos órgãos norte-americanos para verificarem *in loco*. A sua experiência dos profissionais, àquela época acumulada a mais de quarenta anos no assunto, culminou em importantes alterações constitucionais em 1988 com a introdução do conceito de direito econômico e da intervenção do Estado no estabe-

lecimento de princípios gerais da ordem econômica que equiparou a livre-iniciativa, a livre concorrência e a função social da propriedade como meio de justiça social.

As legislações infraconstitucionais que se seguiram, com o objetivo de instrumentalizar tais políticas, foram sucessivamente aperfeiçoadas até chegar à atual Lei nº 12.529/2011, fruto da experiência assentada do funcionamento do Cade desde sua primeira versão como Comissão de Defesa Econômica (CDE), criada em 1942.

Assim a Lei nº 12.529/2011 alterou substancialmente alguns procedimentos, promoveu a celeridade dos exames, a clareza dos atos, com a sua universalidade ao criar um sistema que congrega todos os atos, como o fortalecimento do instrumental regulatório protetivo. Tais alterações podem ser elencadas:

- a) Estruturação institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência — (SBDC), consolidando o antigo Cade, no “novo Cade”. Nesse novo desenho, o Cade compreende três órgãos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) a Superintendência-Geral e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE); além do apoio da Procuradoria Federal (ProCade) e do Ministério Público Federal e passa a ser o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que incorporou uma parte da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), mais precisamente o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), por sua vez passa a ser sua Superintendência-Geral. Tal desenho permite transparência e celeridade nos processos, uma vez que concentra, num único sistema, todo o procedimento.
- b) Notificação prévia do ato de concentração, uma vez que a Lei nº 8.884/1994 permitia que o ato pudesse ser subsumido às

autoridades da concorrência previamente *ou* em até 15 dias após sua concretização. Com a nova lei, as empresas são obrigadas a notificar previamente o Cade do interesse em realizar um ato de concentração (art. 88), cuja concretização fica condicionada à aprovação do Cade, devendo ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas até a decisão final sobre a operação.

- c) Alteração do conceito de ato de concentração, a fim de clarear quando esse ato realmente se verifique, isto é, tenha os requisitos necessários à subsunção, restritos àqueles relativos à fusão; aquisição ou celebração de contrato associativo; consórcio ou *joint venture*; ou, ainda, a aquisição de controle ou partes de uma ou mais empresas anteriormente independentes. Em adição aos novos critérios foram previstos novos valores de notificação obrigatória, permitindo a redução quantitativa dos casos a serem examinados.
- d) Inovação no programa de leniência no art. 86, que trouxe a possibilidade de incluir os benefícios da delação premiada ao líder do cartel, promovendo o incentivo necessário à elucidação do ato e estendendo os efeitos do programa de leniência para crimes conexos, como, por exemplo, fraude de licitação pública, gerando mais incentivos à adesão ao programa e incrementando a política de combate a cartéis.

Finalmente, levando-se em consideração tal evolução na recente Lei da Defesa da Concorrência, espera-se que o Tribunal consiga não só proteger o mercado, mas também promover e respeitar as necessidades do desenvolvimento econômico, como dado imprescindível à justiça social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE SOUZA, A. Washington Peluso. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. Editora São Paulo: LTr, 1999.
- FORGIONI, P.A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- MALARD, N.T. (1997) **Concentração de Empresas e Concorrência** — Tese de Mestrado — UNB, Brasília.
- SANTA CRUZ, R. L. (1998) **Prevenção antitruste no Brasil**. Tese de doutorado — IEI/UFRJ, Rio de Janeiro.
- SEBBA, Pedro Ivo Ramalho. Organizador. **Regulação e Agências Reguladoras, Governança e Análise de Impacto Regulatório**, ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, BSB, 2009.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.



# CONCORRÊNCIA E CONCORRÊNCIA DESLEAL NO EQUADOR

*Patricia Alvear Peña<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

O direito econômico<sup>2</sup> reconhece e legitima os direitos econômicos como o de propriedade privada, livre contratação e reparação de danos,<sup>3</sup> entre outros, sendo o contrato a ferramenta pela qual geralmente se viabilizam os processos econômicos e a produção, circulação, distribuição e comercialização de bens e serviços.<sup>4</sup>

Como construto cultural, o direito se altera respondendo a necessidades políticas, sociais, culturais e econômicas de cada sociedade e momento histórico. Os direitos civil e comercial, em sua evolução, modificaram-se de acordo com os diferentes modelos econômicos, sociais, políticos e culturais historicamente determinados.<sup>5</sup>

---

1. Doutora em Jurisprudência, Direito Comercial e Direito de Correção Econômica.

2. Ghersi, Carlos, *Cuantificación Económica: Valor de la vida humana*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, Argentina, os. 5 a 9.

3. *Ibidem* 12.

4. *Ibid.* 12.

5. Sustenta esta tese a evidência histórica sobre o direito de propriedade que foi regulado de forma diferente no modelo econômico, escravagista, feudal, capitalista, socialista e social de mercado, entre outros.

Em função desses modelos, reconhecem-se e legitimam-se, embora de diferentes formas e maneiras, os direitos econômicos como propriedade, livre contratação, livre circulação, transferência, entre outros. A garantia, o uso e a exploração desses direitos pelas dinâmicas econômicas, sociais e culturais presentes em um mundo altamente tecnológico, globalizado e consumista como o nosso são restringidos por normas de correção econômica que impõem limites ao exercício, uso e gozo desses direitos como parte da responsabilidade estatal de promulgação da nova “geração de direito”<sup>6</sup> e como ferramenta normativa de manutenção, consolidação e fortalecimento de um modelo econômico concreto, que impõe limite a abusos dos mais diversos operadores econômicos. No Equador, essas normas de correção respondem ao que se denomina modelo social e solidário.<sup>7</sup>

Os direitos de propriedade, contratação ou o de livre iniciativa são reconhecidos, legitimados e regulamentados na Constituição e em diversos corpos normativos secundários. São direitos relativos, pois seu reconhecimento e sua proteção jurídica se encontram su-

---

6. Ghersi, Carlos, **Cuantificación Económica**,... ob. Cit., estratifica os direitos desde os da primeira até a quinta geração, últimos onde coloca o direito do consumidor, ao qual coloco o pressuposto de que a eles se devem acrescentar outros direitos como os de defesa da concorrência e os de concorrência desleal, que, juntamente com os de defesa do consumidor, embora de diferentes formas de ativação, regulam o tráfego econômico em defesa do modelo econômico e dos seus operadores: consumidores e concorrentes. Note-se também que o fundamento da proteção do direito da concorrência e da concorrência desleal é, entre outros, também o consumidor. Ver Cabanella de las Cuevas Guillermo, **Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 154.

7. Artigo 283º: O sistema econômico é social e solidário; reconhece o ser humano como sujeito e fim; propõe uma relação dinâmica e equilibrada entre sociedade, Estado e mercado, em harmonia com a natureza; e tem por objetivo garantir a produção e a reprodução das condições materiais e imateriais que possibilitem uma boa vida.

O sistema econômico será integrado pelas formas de organização econômica pública, privada, mista, popular e solidária e pelas outras que a Constituição determinar. A economia popular e solidária se regulará de acordo com a lei e incluirá os setores cooperativos, associativos e comunitários.

jeitos ao cumprimento de funções sociais, econômicas, ambientais e do bem-estar.<sup>8</sup> A sua proteção é concedida no âmbito do cumprimento desses fins e limitam-se à ordem pública e a princípios gerais como não abusar e não prejudicar.

A restrição desses direitos econômicos está materializada em normas de correção econômica que não têm por finalidade fundamental o reconhecimento desses direitos, e sim sua correção e estabelecimento de limites em seu exercício por meio de normas como a defesa da concorrência: a concorrência desleal e as de defesa do consumidor, entre outras. Essas normas de correção devem ser compreendidas como ferramentas jurídicas vinculadas e conexas, pois, em seu conjunto, ainda que de diferente forma, buscam a correção do tráfego econômico e a proteção de interesses diversos: o sistema competitivo como o modelo econômico, último, que é de ordem pública; e a dos operadores econômicos (concorrentes e consumidores).

Entre essas normas de correção econômica na América do Sul, as de defesa do consumidor alcançaram maiores conhecimento, difusão e desenvolvimento, seguidas pelas de defesa da concorrência. Os de concorrência desleal ou de lealdade comercial não tiveram o mesmo destino, pois é necessário dar visibilidade à sua importância como instrumento jurídico autônomo e corretor do tráfego econômico, que, por seu desenvolvimento e importância em países como a Espanha, por exemplo, alcançou autonomia disciplinar, sendo um instrumento importante de proteção dos operadores econômicos e controle da concorrência.

Considerando-se o exposto, refletindo sobre as funções, propósitos, tutela de bens jurídicos, ativação jurídica e atuação de cada um

---

8. Alvear, Patricia, y Gómez de la Torre Blanca, Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, apuntes para su construcción, Universidad Internacional SEK, V&G, 2012, Quito, Ecuador, p. 28 a 33.

desses ramos autônomos do direito, aprofunda-se a preocupação de analisar como pressuposto passível de debate que a categoria conceitual direito econômico proposta pelo professor argentino Carlos Ghersi seja seguida pelo direito de correção econômica, o último que corresponde a uma classe de direitos, pois não visa à legitimação de direitos já reconhecidos como o de propriedade nas suas diversas formas, o da livre iniciativa, o da livre contratação, o da transferência, entre outros, mas, antes, estabelecem os limites no exercício, uso e gozo desses direitos, restringindo-os e corrigindo-os, como instrumentos de regulação do tráfego econômico para proteger o sistema econômico e os seus operadores.

A eficácia e a racionalidade desse tipo de norma dependerá da devida caracterização dos pressupostos de ilicitude e da implementação de instrumentos processuais eficientes que possibilitem, de um lado, ativar a suspensão imediata das ações ilícitas e a reparação dos danos causados por custos sociais ou individuais que ocorram; e, por outro lado, a intervenção administrativa punitiva e penal de reforço devidamente regulada para conseguir a inibição de condutas abusivas no exercício desses direitos.

## 1. DIFERENTES CATEGORIAS CONCEITUAIS

Em conformidade com o exposto, será feita uma breve abordagem das categorias conceituais — Análise Econômica do Direito; Direito Econômico e Direito de Correção Econômica —, as quais, como veremos, embora tenham em comum as palavras direito e economia, abrangem temas e objetos diferentes.

## 1.1 Análise Econômica do Direito (AED)<sup>9</sup>

Pode ser definida como o uso da teoria econômica aplicada às normas e instituições jurídicas para estabelecer e analisar sua racionalidade e eficiência. É “a aplicação de instrumentos de teoria econômica, em especial de microeconomia, para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto econômico da lei e suas instituições legais”.<sup>10</sup> Não se trata, portanto, de uma disciplina de direito como a primeira vista se pode supor.

Cabanella de las Cuevas, em sua obra *Derecho de la Competencia*, volume I,<sup>11</sup> manifesta que a AED:

[...] não pode estabelecer validamente metas sociais ou estabelecer a conveniência ou correção de uma conduta. Limita-se a expor as consequências das práticas jurídicas. Somente uma vez que se apresentem como dados as metas e valores de uma sociedade ou de alguns de seus membros pode a análise econômica do Direito determinar se certas condutas jurídicas se coadunam para a consecução dessas metas ou valores ou se a impedem.<sup>12</sup>

A AE é uma ferramenta de estudo e pesquisa aplicável às áreas do direito e é diferente do direito econômico como uma disciplina do direito. Foi abordada por diversas escolas, como as de Chicago e as

9. Rincón, Alexander; *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho Integrados*. Medellín Colombia, 2013, p. 81 a 116, destaca que a AED foi desenvolvida por várias escolas econômicas, como a Escola Clássica de Chicago, a Escola da Escolha Pública, a Escola Institucional, a Escola Neoinstitucional, entre outras.

10. *Ibidem*.

11. Cabanella de las Cuevas Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2005, p. 154.

12. *Ibidem*, p. 154.

francesa, americana, inglesa, espanhola, alemã, brasileira, entre outras,<sup>13</sup> que têm seus matizes especiais, porém concordam que não se trata de disciplina ou interdisciplinar de direito e economia, e sim um instrumento de estudo aplicado ao direito.<sup>14</sup>

No léxico jurídico, poderíamos dizer que a AED tem como norte a *eficiência e a racionalidade*, porque analisa a eficiência, a eficácia e a racionalidade de todas as normas e instituições jurídicas *versus* os objetivos que perseguem. Busca a maximização entre o ilícito e a eficiência sem deixar a equidade.<sup>15</sup>

## 1.2 Direito Econômico (DE)

É o conjunto de normas que reconhecem e legitimam as relações patrimoniais vinculadas ao modelo econômico. Seu objetivo é a “ordenação de condutas e funções”,<sup>16</sup> estabelecendo um regime patrimonial de bens dentro de um determinado modelo econômico, social e cultural. Suas funções fundamentais são o reconhecimento e a legitimação dos direitos econômicos de ordem pública e privada, entre os quais estão a propriedade,<sup>17</sup> a transferência e o contrato.<sup>18</sup> O seu objetivo é amplo, “supera os clássicos direito civil e comercial herdados do processo napoleônico, em que não estão aptos, no momento, a reger a vida social

---

13. Ghersi, Carlos, material da palestra proferida no curso de Doutorado Intensivo em Direito da UBA, julho de 2014.

14. Eduardo Stordeus (h), *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, ps 1 y 2, destaca que a AED é uma ferramenta da economia, que, antes de ser um desenvolvimento interdisciplinar, é principalmente uma teoria de preços aplicada ao sistema jurídico.

15. Gonzalez Nieves, Isabel, *Estudios de Derecho y Economía*. Heliasta Buenos Aires, Argentina 2005, ps 7 y 8.

16. *Ibid.*

17. O direito de propriedade inclui direitos tangíveis e intangíveis, direitos de propriedade intelectual e livre iniciativa.

18. Krause, Martín, E. *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2011, ps. 19 a 21.

e cultural atual”.<sup>19</sup> No âmbito equatoriano, autores como José Vicente Troya manifestam que o “calcanhar de Aquiles”<sup>20</sup> dessa disciplina é sua amplitude, pois abrange temas muito amplos e diversos, como os Financeiro, Trabalhista, Societário, Fiscal, Bancário, Ambiental, Comércio Exterior, entre outros. É consensual, no entanto, que se trata de uma disciplina do direito e que é diferente da AED.

### 1.3 Direito de Correção Econômica (DCE)

Distintamente do Direito Econômico, são apenas certas normas jurídicas ou disciplinas do direito que determinam “a correção de condutas”,<sup>21</sup> impondo limites às atividades e atuações de operadores econômicos no tráfego econômico. Sua função fundamental não é o reconhecimento dos direitos, mas sim o estabelecimento de limites em seu exercício, uso e gozo. As normas de correção econômica são instrumentos jurídicos que sustentam um determinado modelo econômico, buscando proteger interesses privados dos diversos operadores econômicos (concorrentes e consumidores), mas também, e fundamentalmente, o sistema concorrencial, que é de ordem pública. Entre elas estão o direito da concorrência, a concorrência desleal e o direito do consumidor.

Por fim, essas três categorias conceituais vinculam os termos economia e direito, porém, tecnicamente, possuem objetivos e áreas materiais diferentes que podem ser graficamente representadas assim:

---

19. *Ibidem.*

20. Troya, José Vicente y otros, *Estudios de Derecho Económico*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito Ecuador, 1998, p 18.

21. O termo “correção de uma conduta” é retirado da obra de Guillermo Cabanella de las Cuevas, *Derecho Antimonopólico...* ob. cit, p. 154, ao se referir à análise econômica da defesa da concorrência, mas dando-lhe o conteúdo e a contextualização adequados ao desenvolvimento de uma categoria conceitual específica que identifiquei sob o nome de lei de correção econômica.

Categoria conceitual	Norteador	Objetivo
AED	EFICIÊNCIA/ RACIONALIDADE	Ferramenta econômica aplicada ao direito e suas instituições
DE	RECONHECIMENTO/ LEGITIMAÇÃO	Disciplina do direito. Reconhece e legitima direitos econômicos e patrimoniais tanto públicos como privados (propriedade, contratos, transferências) conforme um modelo econômico determinado.
DCE	CORREÇÃO	Nova disciplina do direito, fortalecida pelo surgimento dos Estados modernos a partir da Segunda Guerra Mundial. Impõe limites ao uso, gozo e exercício de direitos econômicos (propriedade, livre iniciativa, livre concorrência, consumidor), buscando a manutenção do sistema e a proteção de interesses diversos de operadores econômicos.

### Dísticos:

1. *Análise Econômica do Direito*
2. Instrumento científico que relaciona o direito e a economia: possibilita analisar se, em cada instituição, as finalidades da economia e do direito são cumpridas
3. Circulação de bens e serviços na sociedade
4. Fenômeno da contratação
5. Fenômeno da reparação
6. *Direito Econômico*
7. Regulamentação da atividade econômica
  - Privada
  - Pública
8. Plano e diretrizes de política pública



9. Direito econômico público: lei de entidades financeiras. Registro de exportações e importações. Tendência a regionalizar-se (Mercosul Naft, CEE) e globalizar-se.
10. Direito Econômico privado: Regulamentação do Código Civil de conceito de domicílio e desmembramentos, etc.
11. *Direito de Correção Econômica*
12. Correção da conduta dos operadores econômicos no mercado.
13. Impõe limites ao exercício, uso e gozo de direitos econômicos: propriedade, livre iniciativa, livre contratação, livre concorrência e consumidor.
14. Busca a proteger interesses diversos
15. *Públicos*: Manutenção
16. Sistema Econômico
17. *Privados*: Interesses diversos de operadores econômicos
18. Corrige e controla o mercado mediante intervenção estatal, especialmente por meio de leis como:
19. *Defesa da concorrência*
20. *Concorrência desleal*
21. *Consumidor*
22. Planos e diretrizes de políticas públicas de controle e de incentivo. (Por meio de incentivo, corrige, mediante leis como economia popular e solidária [modelos social e solidário].)

## 2. DIREITO DE CORREÇÃO ECONÔMICA E ABUSO DO DIREITO

Os direitos constitucionais econômicos de propriedade privada, livre contratação ou livre iniciativa são, por sua natureza, direitos relativos, e não absolutos. Seu exercício, uso e gozo estão sujeitos ao cumprimento de funções e limites legais. Seu exercício não

pode ser abusivo nem, ao colidir com outros direitos, causar dano grave, desproporcional, anormal nem excessivo.<sup>22</sup>

Por sua vez, o abuso do direito é a situação nociva causada pelo exercício disfuncional de um direito, seja pelo exercício excessivo ou contrário aos limites normais impostos por princípios como a boa-fé, a moral e os bons costumes, ou porque esse exercício contraria o espírito ou a finalidade da lei, prejudicando,<sup>23</sup> e por isso não pode ser protegido por um sistema jurídico nem amparado por lei.<sup>24</sup>

A teoria do abuso de direito<sup>25</sup> tem origem, como tal, “na jurisprudência francesa para corrigir duas características jurídico-culturais do Código de Napoleão, o formalismo legal e o absolutismo dos direitos, particularmente o de propriedade...”.<sup>26</sup> Seu desenvolvimento no mundo contemporâneo se consolida quando assume uma “alteração no método de interpretação dos textos legais, se distanciaram da exegese e acolheram uma interpretação baseada em princípios, finalidades e valores...”.<sup>27</sup>

---

22. Cobas Manuel y otros, Derecho Civil Parte General. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2007, p. 146 y 147.

23. Ibidem, p. 148.

24. Ibid, p. 147 y 150.

25. Jossierand Luis, Del abuso del derecho y otros ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 5 citado por Rengifo García, Ernesto em Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009, ps. 39 y 40. Segundo Jossierand, as noções de abuso de direitos estão presentes em textos do romano Gaius.

26. Ibidem, p. 45. Rengifo García afirma: “Por formalismo jurídico se deve entender a afirmação do século XIX de que a lei contém todas as soluções possíveis para os problemas que surgem na vida prática, ou melhor, na esfera das relações privadas, e, conseqüentemente, torna-se desnecessária a ponderação racional do juiz. Assim, o trabalho do juiz consistiria apenas em subsumir um caso específico da vida privada à solução normativa previamente estabelecida pelo legislador”. Cita que a primeira sentença francesa data de maio de 1855, proferida pela Corte de Colmar e a de Compiègne em 1913, como relevantes no processo de construção do abuso de direito, seguindo a referência de Atienza que a acolhe.

27. Ibid, p. 29.

O abuso do direito, embora se origine do direito civil, chegou a outras áreas do direito, como à de correção econômica,<sup>28</sup> com figuras como o *abuso de posição dominante*, no direito da concorrência,<sup>29</sup> as cláusulas abusivas na defesa do consumidor com proibição de deslealdade e abuso de outros operadores econômicos na concorrência desleal.

A proibição geral de não abusar do direito aplica-se a qualquer operador econômico, que, estando dentro da permissão legal, isto é, sob a proibição, exceda-se no exercício do direito protegido e essa atuação implique o risco de influenciar, prejudicar ou explorar indevidamente outros agentes econômicos ou da competitividade.<sup>30</sup>

Nesse campo, os sistemas jurídicos procuram não só o reconhecimento dos direitos econômicos, mas também a correção do tráfego econômico por meio de diferentes normas de caráter proibitivo de abusos, que são complementares entre si. Esse conjunto de normas deve ser entendido como uma *unidade funcional*, respeitando-se as suas evidentes diferenças na proteção dos bens jurídicos tutelares e sua ativação.<sup>31</sup>

---

28. Ibid, p. 29. A figura do abuso de direito é uma criação do nosso direito civil, “que transcendeu essa área para também encontrar aplicação em outras disciplinas jurídicas, como o direito comercial, o direito administrativo, o direito da concorrência econômica, e até mesmo foi discutido e incorporado ao campo dos direitos fundamentais”.

29. No campo do direito da concorrência, a ativação jurídica, diferentemente do direito civil, ocorre não apenas diante do dano injustamente causado por um operador abusivo, mas também ante o risco ou a possibilidade de dano.

30. Ver Velandia, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá, Externado de Colombia, 2008, p. 299 y 300. Esse critério reflete a tradição doutrinária de ativação preventiva nessa área, com a qual concordo.

31. Ver Viera González, Vicente, Vicente Mambrilla Rivera y otros. Distribución comercial y derecho de la competencia. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

## 2.1 Defesa da Concorrência na Legislação Equatoriana

A Defesa da Concorrência é regulamentada internamente no Equador pela Lei Orgânica de Regulação e Controle do Poder de Mercado (LORCPM) e, em nível comunitário, pelas Decisões 608 e 616 da CAN.<sup>32</sup>

A Decisão 608 regula o abuso de posição dominante e as práticas restritivas da concorrência. Não regula as concentrações econômicas nem os auxílios públicos. A Decisão 616 determinou “*Entrada em vigor da Decisão 608 para a República do Equador*”. Por meio do Decreto Executivo 1.614, publicado no Registro Oficial número 558, de 27 de março de 2009, o Equador estabeleceu o primeiro instrumento normativo interno que permitiu a aplicação processual das regras substantivas da Decisão 608.

Com a LORCPM, as regras equatorianas de regulação e controle do poder de mercado foram editadas, reformando-se também de forma errônea a normativa interna de concorrência desleal, influenciando a autonomia desta última, sem considerar suas diferenças com a defesa da concorrência, confundindo a natureza jurídica, os bens jurídicos tutelares e as ações próprias de uma ou outra instituição jurídica.

Os tipos de ilegalidades anticoncorrenciais regulamentadas na LORPM são:

1. Concentrações Econômicas;
2. Abuso de Posição de Domínio;
3. Práticas de Colusão Proibidas; e
4. Auxílios Públicos.

---

<sup>32</sup>. A Decisão 608 foi emitida em 29 de março de 2005. Ela contém as regras específicas para a proteção e promoção da livre concorrência na Comunidade Andina.

### 2.1.1 Concentrações econômicas e o poder de mercado

O Equador, em conformidade com o direito europeu, não sanciona as concentrações econômicas em si, mas apenas na medida em que essas possam limitar, distorcer ou influenciar a eficiência do mercado e produzam ou possam produzir efeitos estruturais pela alteração da identidade dos proprietários das empresas que operam em um determinado setor, o número dessas ou a independência de suas respectivas administrações, entre outros.

A LORCPM entende por operações de concentração econômica:

[...] a mudança do controle de uma ou mais empresas ou operadores econômicos mediante a prática de atos como: a) fusão entre empresas ou operadores econômicos; b) transferência da totalidade dos efeitos de um profissional; c) aquisição, direta ou indireta, da propriedade ou de qualquer direito sobre ações ou participações de capital ou títulos de dívida que deem origem a qualquer tipo de direito a conversão em ações ou participações de capital ou a ter qualquer influência nas decisões da pessoa que os emitiu, sempre que essa aquisição confira ao adquirente o controle de ou a influência substancial sobre ela; d) vinculação mediante administração comum; e) qualquer outro acordo ou ato que transfira, de forma fática ou jurídica, a uma pessoa ou grupo econômico os ativos de um operador econômico ou lhe conceda o controle ou influência determinante na tomada de decisões de administração ordinária ou extraordinária de um operador econômico (art. 14).

Restringe-as e as sanciona quando há a possibilidade de limitar, distorcer ou influenciar a livre concorrência.

As concentrações econômicas podem ocorrer mediante operações horizontais ou verticais. Estão sujeitas ao controle e à regulação, inclusive depois de sua aprovação pela Superintendencia de Control del

Poder de Mercado (art. 15). Devem cumprir o requisito de notificação (art. 16) quando o volume de negócios superar as margens determinadas pela Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ou quando houver uma concentração horizontal que aumente a cota do novo operador para mais de 30% do mercado relevante de produto ou serviço. A notificação de concentrações é voluntária quando não há esses pressupostos de obrigatoriedade.

A qualificação de concentrações na LORCPM segue o critério de qualificação prévia, o que não se deve entender como impedimento para que a Superintendencia del Control del Poder de Mercado possa intervir junto ao operador econômico a qualquer momento, inclusive se já efetivada a concentração, quando suas ações limitem, distorçam ou influenciem o sistema concorrencial.

Apresentada a solicitação de concentração, a Autoridade de Concorrência deverá qualifica-la ou negá-la motivadamente dentro de um prazo não superior a 60 dias. Caso contrário, a operação será considerada autorizada tacitamente (art. 21 da LORCPM) por silêncio administrativo positivo.

No caso de uma operação de concentração econômica criar, modificar ou reforçar o poder de mercado, a Superintendencia de Control del Poder de Mercado poderá recusar a operação de concentração ou determinar medidas ou condições para que ela seja realizada. Tendo-se concretizado sem notificação prévia ou enquanto não tenha sido emitida a autorização correspondente, a Superintendência poderá ordenar as medidas de descentralização, corretivas ou cessação do controle por um operador econômico sobre outro ou outros, quando o caso o justificar, sem prejuízo das sanções que possam ser aplicadas nos termos dos artigos 78 e 79 da LORCPM.

Os atos de qualificação ou de recusa de concentração emitidos pela Autoridade da Concorrência podem ser impugnados em instância administrativa contenciosa, nos termos do artigo 24 da LORCPM.

## 2.1.2 Do Abuso do Direito ao Abuso do Poder de Mercado

As características do abuso de direito estendem-se ao direito da concorrência, nomeadamente o abuso do poder de mercado, em razão das suas aplicações concretas, derivadas de sua condição de princípio geral de direito, *que se expande nas mesmas condições que outros princípios como a boa-fé, a aparência, a simulação, a fraude contra a lei, a responsabilidade civil, a imprevisibilidade, o motivo determinante, o erro de direito, o enriquecimento sem causa, entre outros*,<sup>33</sup> adquirindo um *valor integrador*<sup>34</sup> do ordenamento jurídico, corrigindo a disfuncionalidade no exercício do direito (teoria funcional e do uso normal),<sup>35</sup> e servindo como elemento interpretativo, delimitador e produtor<sup>36</sup> de elevada importância no tráfego econômico e no exercício, uso e gozo dos direitos.

Para Jossierand, “cada direito tem um espírito, seu objeto e sua finalidade; quem quer que procure desviá-lo de sua missão social comete culpa, criminosa ou quase-delito, um abuso de seu direito, passível de responsabilizar-se por esse motivo”.<sup>37</sup> Essa posição, apesar das críticas de diversos juristas, como Planiol,<sup>38</sup> Mazued e André,<sup>39</sup> entre outros, no mundo jurídico contemporâneo, é cada vez mais reconhecida como

33. Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. Cit., p. 31 a 37.

34. Hinostrosa, citado por Rengifo García, Ernesto, Del Abuso del... ob. cit. p. 33.

35. Ibidem, p. 43.

36. Ibid, p. 33.

37. Jossierand, citado por Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, p. 47.

38. Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, ps. 47 y 49. Segundo o autor, Planiol refutou essa teoria, ressaltando que o direito cessa quando começa o abuso; e que pode haver abuso na conduta humana, mas não quando exercem seu direito, e sim quando o excedem.

39. Ibid., p. 48. Para Manued e André, o abuso de direito não é uma fonte de responsabilidade diferente da culpa e, portanto, não se aplica a ele o abuso como princípio geral, mas sim o da responsabilidade. O abuso pode consistir na intenção de prejudicar, caso em que há culpa penal, e se resultar de simples imprudência ou negligência, estaremos diante de culpa quase-delitual.

uma instituição jurídica própria, como elemento de interpretação vital diante da aplicação mecânica, disfuncional e abusiva do direito, com base no princípio geral de não abusar e respeitar o outro, tanto que foi incorporado a diversas legislações latino-americanas, como as argentina, colombiana, peruana e equatoriana, entre outras.

Para Atienza, o abuso do direito é uma “ilícito atípico”, assim como a fraude à lei e o abuso de poder, que dão origem a princípios interpretativos voltados aos operadores, como ao juiz para que resolva de forma a evitar, na medida do possível, os lacunas axiológicas que essas figuras tentam remediar. Trata-se, para este autor, de um mecanismo para salvaguardar a coerência valorativa das decisões judiciais.<sup>40</sup>

O abuso de direito acarreta a responsabilidade perante terceiros e a consequente reparação dos danos causados por atos destinados a causar dano (dolo civil) ou decorrentes de simples negligência (quase-delito civil).

A teoria do abuso de direito está incorporada à legislação equatoriana, nos artigos 26 e 130, inciso 13, do Código Orgánico de la Función Judicial, como no artigo não numerado posterior ao 36 do Código Civil. A sua aplicação como princípio geral de direito próprio transcende transversalmente todo o sistema jurídico e pode ser invocada contra atos de abuso no exercício de ações judiciais, contra cláusulas contratuais lesivas e abusivas no direito do consumidor, no direito comercial, no regime da concorrência desleal, nas práticas restritivas da concorrência, nos contratos de sociedade, nas cláusulas arbitrais e de adesão.<sup>41</sup> Sua função corretiva e integradora permite moralizar e regular a atividade empresarial e contratual

---

40. Ibid, p. 59 a 60.

41. Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, caps. II al IV. Analisa as diferentes externalizações do abuso de direito em diferentes instituições jurídicas, mostrando a transcendência dessa teoria no mundo atual.



das mais variadas naturezas, como o exercício ilegítimo de direitos subjetivos e adjetivos.<sup>42</sup>

Renginfo García assinala:

[...] o abuso de posição dominante é uma variável ou modalidade do clássico abuso do direito e é especificamente um abuso do direito à livre iniciativa, do direito de competir no mercado ou, finalmente, um abuso do direito de desenvolver atividades econômicas em posição dominante. Por outras palavras, a prioridade histórica, lógica e conceitual da figura da posição dominante é o abuso do direito, de tal forma que se salientou que se trata, em última análise, de um moderno vestuário linguístico aplicado ao domínio do direito da concorrência.<sup>43</sup>

Uma vez identificado o vínculo entre o clássico abuso de direito e o abuso de posição dominante, veremos que este delito anticoncorrencial, tanto na regulamentação comunitária como na equatoriana, não sanciona a posição dominante “per se”, *mas o abuso dessa posição*.

Para a determinação da existência desse ato ilícito, é requisito essencial estabelecer previamente se o agente econômico investigado ou denunciado tem posição dominante no mercado relevante e se, com base nesse poder de mercado, por qualquer meio, impede, restringe, adultera ou distorce a concorrência, ou influencia negativamente a “eficiência econômica ou o bem-estar geral” (art. 9º, LORCPM).

O artigo 5º da LORCPM estabelece que a Superintendência de Controle de Poder de Mercado determinará, em cada caso, o mer-

42. Ver Rodríguez Yong, Camilo Andrés, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, Colección Precedentes Jurisprudenciales, Universidad de Rosario, Legis, Bogotá, Colombia, 2013. Este livro analisa os princípios fundamentais das cláusulas abusivas, seu conceito, características e identificação nos direitos comercial, do consumidor e civil, bem como seus efeitos.

43. *Ibid*, p. 369.

cado relevante com base, no mínimo, no mercado de produtos ou serviços, no mercado geográfico e nas características relevantes dos grupos específicos de vendedores e compradores participantes do referido mercado. Refere-se à qualidade comparável dos concorrentes considerando a área de vendas, o conjunto de produtos oferecidos, o tipo de intermediação e a diferenciação com outros canais de distribuição ou venda do mesmo produto.

O volume de negócios (art. 6º da LORCPM) é estabelecido com base no montante resultante das vendas de produtos ou serviços de um ou mais operadores econômicos durante o último exercício correspondente às atividades normais, prévia dedução do imposto sobre o valor acrescentado e de outros ao consumidor final diretamente relacionados com o negócio.

O estudo de mercado relevante determinará a percentagem de participação na seção de mercado em que atua o agente econômico e se tem ou não uma posição dominante. Só depois de que se demonstre a presunção de uma posição relevante, que por si só não atenta contra a concorrência, para que se configure o abuso de poder de mercado, se deverá provar o ato abusivo e ilícito.

O abuso de posição dominante está estruturado em duas partes. A primeira detalha de forma exemplificativa a exteriorização dos atos de abuso de posição dominante; e a segunda contém uma cláusula geral proibitiva de não abuso — que, como vimos, tem a sua exegese no clássico abuso de direito —, proibindo qualquer manifestação ou exteriorização de exploração e abuso, incluindo todas as condutas que possam ser consideradas restritivas, monopolistas ou, em suma, proibidas. A enumeração das manifestações de abuso, tanto na Decisão 608 (art. 8º) como na LORCPM (art. 9º), é exemplificativa e não exclui outras condutas proibidas. Constitui um conceito amplo que garante a proibição de qualquer prática de abuso de posição dominante no mercado, inclusive aquelas

que configurem abuso de direito, fraude à lei e/ou uso de meios judiciais.<sup>44</sup> O abuso de posição dominante, sob qualquer forma ou exteriorização, é proibido.

A ação é acionada administrativamente quando pode influenciar, restringir ou prejudicar a livre concorrência por denúncia ou por investigação iniciada de ofício. A Superintendência de Controle do Poder de Mercado pode estabelecer medidas preventivas, como a cessação da conduta (artigo 62), arquivar a denúncia ou sancionar o operador que abusa de seu poder de mercado. Os recursos administrativos são de reconsideração (art. 66), apelação (art. 67) e revisão (art. 68). As resoluções administrativas podem ser impugnadas mediante uma ação contencioso-administrativa de competência plena ou subjetiva, nos termos do art. 69 da LORCPM.

Importa esclarecer que o procedimento e a sanção imposta pela Superintendência de Controle do Poder de Mercado são de natureza administrativa punitiva, podendo ser solicitadas por esta via medidas preventivas de cessação, mas não as de reparação de danos e prejuízos a que tem direito o operador abusado, nem a ação penal, como indicam os artigos 71 e 72 da LORCPM.

No caso indicado no artigo 71<sup>o</sup>, o prazo de prescrição da ação civil é fixado em 5 anos a contar da emissão da resolução sancionatória emitida pela Superintendência. No entanto, nada é dito sobre a independência dessas ações e o direito dos particulares de intentarem

---

44. Alvear, Patricia y Gómez de la Torre, Blanca, Derecho de Corrección... ob. cit. p. 44 a 49. Ver Resolución MIPRO-001.2011, publicada em Edición Especial del Registro Oficial N<sup>o</sup> 199, de 13 de Outubro de 2011, pág. 30. Refere que a Secretaria Geral A.I. da CAN, sobre a amplitude da cláusula geral proibitiva contida no referido artigo 8, confirmou que esta incluía os casos de “abuso de direito”, “fraude à lei” e/ou “utilização de meios judiciais” que constituam uma possibilidade de restringir, afetar ou distorcer as condições da oferta ou da procura no mercado de bens ou serviços, sem que outros agentes econômicos, concorrentes ou não, potenciais ou reais, ou consumidores possam, nesse momento, ou num futuro imediato, contrariar essa possibilidade, serão abrangidos pela Decisão 608.

ações civis decorrentes de atos anticoncorrenciais separadamente, como acontece quando se trata, por exemplo, de concorrência desleal nos termos do artigo 25 da LORCPM.

No que respeita às ações privadas oriundas de ações anticoncorrenciais, Indrid Ortiz Barreto<sup>45</sup> analisa os diferentes efeitos civis que delas derivam e estabelece que dependem do modelo jurídico que regula a concorrência, defendendo a concomitância dos sistemas processuais privado e público<sup>46</sup> com base na inter-relação das ações judiciais (que facilitem as ações dos particulares e a reparação de danos)<sup>47</sup> e das ações administrativas das autoridades da concorrência (de cessação e sanção), possibilitando a defesa do direito privado e do direito público de forma equilibrada e paralela.

Refere que o *private enforcement*<sup>48</sup> privilegia a intervenção judicial, que tem como “principal objetivo alcançar uma proteção oportuna e adequada dos interesses dos particulares que tenham sido pessoal e financeiramente afetados por condutas colusórias ou abusivas, buscando a reparação do dano em primeira instância”,<sup>49</sup> passando depois à análise do sistema de proteção pública, que, por meios administrativos e punitivos, por só, desobrigando a ação oportuna de proteção dos particulares, que é feita de forma subsidiária.

A reflexão da tratadista espanhola obriga-nos a considerar a independência das ações civis como efeitos privados decorrentes de atos anticoncorrenciais e na sua diferença com as ações administrativas e penais, que não são excludentes entre si.

---

45. Ortiz Baquero, Ingrid, La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Monografía Nro. 5, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2011, ps. 52 a 64.

46. Ibidem, p. 58.

47. Ibid, p. 62.

48. Ibid, p. 55.

49. Ibid, p. 54 e 55.

### 2.1.3 A LORCPM e o Abuso do Poder de Mercado em Situação de Dependência Econômica versus Dependência Econômica como Deslealdade

A LORCPM trata do abuso do poder de mercado em situação de dependência econômica como uma modalidade de abuso do poder de mercado. Consiste na exploração abusiva de um operador econômico que, do lado da oferta ou da procura, é vítima de abuso por parte de outro operador que tem poder e relevância no mercado, de tal forma que o seu poder comercial com relação ao sujeito passivo do ato ilícito possa afetar a tomada de decisão comercial do sujeito passivo do abuso, com o conseqüente custo individual e social que essa ilegalidade acarreta.

De acordo com o artigo 10 da LORCPM, este tipo de abuso se dá por:

- *Rompimento* de uma relação comercial, ainda que parcial, sem aviso prévio de pelo menos 30 dias, exceto em caso de violação grave das condições acordadas ou por força maior.
- *Ameaças* de rompimento das relações comerciais; alteração de valores, condições de pagamento, modalidades de venda, pagamento de encargos adicionais e outras condições de cooperação comercial.
- *Utilização do poder de mercado* para manter a posição de dependência econômica que gere vantagens adicionais que não seriam obtidas ou concedidas a compradores ou fornecedores semelhantes.
- *Imposição direta ou indireta de preços* ou outras condições comerciais ou de serviços não equitativas.

A regulamentação da situação de dependência econômica limita o raio de proteção e os critérios delimitadores desse ilícito apenas a ações abusivas realizadas por operadores com poder de mercado. Por outro lado, quando esse ato ilícito é classificado como pressuposto de deslealdade, a proteção é estendida a um maior número de operadores econômicos vítimas de abuso, como a margem de inibição dessas condutas abusivas e desleais.

Nesse sentido, a legislação espanhola incluiu, em 1996,<sup>50</sup> a “situação de dependência econômica como um pressuposto de concorrência desleal, regulando-a como “a exploração de uma situação de dependência econômica projetada sobre as pequenas e grandes empresas e, em especial, sobre as relações comerciais dessas”.<sup>51</sup> Posteriormente, por meio da reforma de 1999, essa primeira definição, que se reduzia apenas às “empresas clientes de um operador econômico... pela alarmante e progressiva generalização desse tipo de prática nas relações entre fornecedores e distribuidores, e seguindo o modelo francês”,<sup>52</sup> uniu-se ao pressuposto de “discriminação ao consumidor”.<sup>53</sup>

Com este esclarecimento, vemos que a situação de dependência econômica nas relações comerciais não pode ser sancionada como ato anticoncorrencial, mas pode e deve sê-lo como ilicitude de deslealdade, quando for abusiva e afete ou possa afetar um ou mais operadores econômicos,<sup>54</sup> com os consequentes custos individuais e sociais daí decorrentes.

Segundo Massaguer, citado por Barona, *este ato ilícito de deslealdade* pode ocorrer de quatro formas:

---

50. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

51. Massaguer Fuentes, J., Comentarios... citado em Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

52. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

53. Ibidem, p. 649.

54. É de salientar, a este respeito, que o direito da concorrência desleal, como o direito de concorrência, ao contrário do direito civil, atua mesmo de forma preventiva, ou seja, ante o risco ou perigo de dano.

a) dependência devida à seleção de produtos ou serviços; b) dependência devida à organização empresarial; c) dependência devida a uma situação de escassez, que ocorreria quando uma empresa cliente necessita de suprimento de um fabricante; e d) dependência devida ao poder relativo da procura.<sup>55</sup>

Qualquer que seja a sua forma de externalizar-se, é considerada ilegal quando conduz a uma exploração da situação de dependência econômica que possa gerar ou gere benefício para o explorador e prejuízo para o explorado.

Os pressupostos materiais dessa conduta em caso de deslealdade são objetivos e subjetivos. Os segundos são o contribuinte e o ativo do ilícito, enquanto os primeiros são: “a ação de exploração, a situação de dependência econômica e a situação de superioridade econômica no mercado”.<sup>56</sup>

Em relação à *situação de superioridade econômica*, deve-se entendê-la como o poder do agente ativo do ilícito, de forma que produza dependência econômica sobre outro operador. No entanto, deve-se especificar que o ato ilícito de deslealdade em geral não é sancionado de acordo com o poder de mercado do agente ativo do ato ilícito, nem do impacto econômico que a deslealdade pode trazer ou traz ao sistema estrutural do mercado, mas pela desonestidade e pelo abuso em si do ato desleal, independentemente da magnitude econômica que esse ato tenha em nível estrutural do sistema.

A superioridade da dependência econômica, neste contexto, deve ser estabelecida em relação ao universo do sujeito passivo do ilícito de deslealdade, e ao sujeito ativo do abuso nem ao seu volume de mercado, pois o que é vital e de grande volume de compra ou venda para o primeiro não o é necessariamente para o segundo. O sentido

---

55. Ibid, p. 661.

56. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. ps. 661 a 666.

da deslealdade é sancionar todos os atos comerciais desleais, independentemente da sua incidência, ou seja, aqueles atos que, para a livre concorrência, não têm significado econômico em nível estrutural. Não o fazer é incorrer no erro de confundir a própria natureza da proteção da concorrência desleal e a defesa da concorrência.

O bem jurídico a tutelar, mediante a situação de dependência econômica como pressuposto de lealdade, é a proteção particular dos operadores econômicos mais fracos, abusados comercialmente “ou de menor proteção ante determinadas empresas”,<sup>57</sup> que, por sua situação de poder frente ao abuso, podem exigir comportamentos ou condições que, sob as regras de lealdade ou no livre mercado, não seriam oferecidas”.<sup>58</sup>

Em conclusão, o abuso de dependência econômica é erroneamente regulado no Equador como ilícito anticoncorrencial, e não como pressuposto de deslealdade. Essa imprecisão normativa limita as hipóteses desse ilícito apenas aos atos de abuso de dependência econômica cometidos por grandes operadores econômicos, excluindo do pressuposto de ilegalidade os atos de dependência econômica cometidos por operadores econômicos que, sem possuir relevância para o mercado, incorrem nessa conduta desleal em prejuízo de terceiros.

#### 2.1.4 Acordos e Práticas Restritivas

Os acordos ou práticas restritivas são regidos pelo artigo 7 da Decisão 608 e pela seção 3 da LORCPM. Esse ilícito tem pressupostos de exteriorização exemplificativos e uma cláusula geral proibitiva que impede a realização de práticas ou acordos expressos ou tácitos.

---

<sup>57</sup>. Ibid, p. 655.

<sup>58</sup>. Ibid, p. 655.



tos entre operadores econômicos, em seção horizontal ou vertical, que tenham o propósito ou efeito, ou seja, que podem ou cheguem a distorcer ou afetar a eficiência do mercado e a livre concorrência.

Em matéria de concorrência, os acordos são considerados num sentido amplo e não restrito.<sup>59</sup> Incluem todas as ações dos operadores econômicos que possam distorcer ou afetar a eficiência estrutural do mercado, os operadores econômicos, especialmente os consumidores, quer mediante ações entre operadores privados, quer entre estes e o setor público.

A amplitude da cláusula proibitiva contra as práticas restritivas é uma de suas características, assim como o é a ativação preventiva que caracteriza o direito concorrencial. Por conseguinte, a Autoridade da Concorrência pode sancionar atos ilícitos, mesmo ante o risco ou possibilidade de dano efetivo à estrutura do mercado, ao interesse geral ou ao direito, especialmente dos consumidores, excedendo, assim, o critério do dano causado segundo o direito civil.

Os acordos e práticas restritivas celebrados tanto horizontal como verticalmente podem, por princípio geral, ser sancionados, aplicando-se no primeiro caso a regra propriamente dita e, no segundo, a regra da razão. No entanto, essa proibição admite exceções quando os acordos contribuem para melhorar a produção ou a comercialização e distribuição de bens e serviços ou para promover o progresso técnico ou econômico sem necessidade de autorização prévia, desde que se cumpram todas as condições indicadas no artigo 12 da LOR-CPM, quais sejam: a) permitir que consumidores e usuários participem equitativamente de suas vantagens; b) não impor restrições que não sejam indispensáveis à consecução daqueles objetivos; e c) não possibilitar a eliminação da concorrência em relação a alguns dos produtos ou serviços contemplados.

---

<sup>59</sup>. Resolução nº MIPRO-002-2011, processo de investigação nº SCC-DC-0013-201.

As medidas administrativas tomadas pela Superintendência de Controle do Poder de Mercado podem ser contestadas por meio de recursos administrativos horizontais e verticais, em conformidade com a LORCPM, e judiciais perante os juízes contenciosos administrativos. As ações civis e penais decorrentes desses ilícitos devem ser tramitadas separadamente.

A LORCPM não suspende a validade e os efeitos da Decisão 608, pelo que a aplicação do direito comunitário em casos de abuso de poder de mercado, como nos de acordos e práticas restritivas, deve também, em instância judicial, submeter-se à interpretação preliminar das normas comunitárias, que são diretamente aplicáveis pelos juízes nacionais.

### 2.1.5 Ação do Estado e Auxílios Públicos

A ação pública no Equador, como princípio geral, é lícita mesmo nos casos de estabelecimento de restrições à concorrência estabelecidas por razões de interesse social e público, ou quando são estabelecidas em benefício dos consumidores. São procedentes a ação pública estabelecida em prol do desenvolvimento de setores e projetos estratégicos, a prestação de serviços públicos, o desenvolvimento tecnológico ou industrial da economia nacional e ações afirmativas em favor da economia popular e solidária.

Declaram-se legítimos os auxílios públicos destinados a pessoas ou grupos de atenção prioritária, que, nos termos da lei, exigem ações afirmativas que possibilitem a reparação de danos causados por fenômenos naturais ou de caráter excepcional, quando compensem desvantagens econômicas das regiões do país, quando o caso o justifique ou quando houver situação grave de desemprego ou subemprego; soberania alimentar e apoio a pequenas e médias unidades de produção comunitária ou de economia popular e solidária (arts. 28 e 29).

Esse dispositivo mostra que a correção econômica se dá pelo ajuste de comportamentos abusivos, bem como pelo incentivo e estabelecimento de ações afirmativas como as constituídas em favor das empresas e unidades de produção da economia popular e solidária.

Dessa forma, o auxílio público é considerado exceção ilegítima apenas quando esta não esteja contemplada nos pressupostos dos artigos 28 e 29 da LORCPM, que, além do mais, possam afetar a eficiência do mercado ou prejudicar injustificadamente os consumidores e que não estejam relacionados com a implementação de políticas públicas e o interesse geral ou com o modelo econômico constitucionalmente definido.

Por conseguinte, os auxílios só seriam ilegais quando não corresponderem à necessidade territorial e estatal de desenvolver e proteger um determinado setor e quando descaracterizassem a concorrência entre os seus pares no mercado favorecendo determinados operadores beneficiários do auxílio em detrimento do restante de seus concorrentes e sem as devidas fundamentação e justificativa.

### 2.1.6 Bens Jurídicos Tutelares do Direito de Concorrência

O direito da concorrência equatoriano segue o modelo de interesses públicos,<sup>60</sup> protegendo principalmente o sistema concorrencial, que é de ordem pública e preponderante ao interesse geral dos consumidores. Sua ativação só ocorre quando a ação dos operadores econômicos pode influenciar, distorcer ou impedir a livre concorrência, deixando de fora da sua competência os atos que, embora apresentem as mesmas externalidades, não afetam nem chegam a afetar a eficiência econômica.

---

60. Ortiz, Blanco Ingrid, “La aplicación privada del derecho de competencia”, Editorial la Ley, Madrid, España, 2011. p. 51 e 52.

### 2.1.7 A Aplicação Privada do Direito de Concorrência no Equador

Os ilícitos anticoncorrenciais podem originar três tipos de ações:

- a) *administrativas*, apresentadas à Superintendência de Controle do Poder de Mercado, passíveis de impugnação em jurisdição litigiosa. Esta ação é evidentemente punitiva e corretiva. Na ação administrativa incluem-se os compromissos de cessação de funções previstos no capítulo VII, artigos 89 a 93, da LORCPM;
- b) *civis*, tramitadas perante os juízes ordinários, que devem ter conhecimento da reparação dos direitos dos particulares afetados por atos anticoncorrenciais, como os danos e prejuízos causados aos operadores econômicos afetados pelo ilícito de concorrência nos termos do artigo 71 da LORCPM; e
- c) *penais*, quando os casos anticoncorrenciais possam constituir pressupostos de ilícitos penais e devam ser expedidos ao Ministério Público, conforme estabelece o artigo 72 da Lei Orgânica de Regulação e Controlo do Poder de Mercado.

Das três, a aplicação privada do direito da concorrência é mensurada em relação aos efeitos civis decorrentes da prática das infrações anticoncorrenciais, nomeadamente as de nulidade contratual e as de responsabilidade civil,<sup>61</sup> os que, a depender do sistema jurídico de regulação de atos concorrenciais, regulam os direitos subjetivo e adjetivo que determinam o exercício das ações privadas pela violação das normas de concorrência.<sup>62</sup>

---

61. *Ibidem*, p. 40.

62. *Ibid*, p. 38 y 39. A autora assinala “as diferenças traçadas entre o \*modelo público\* e o sistema do *private enforcement* respondem a diversos critérios, entre outros, a natureza jurídica da autoridade que tem competência para aplicar essa legislação, os interesses

Ingrid S. Ortiz Baquero assinala que existem dois sistemas de regulação de defesa da concorrência. O primeiro, o *private enforcement*,<sup>63</sup> prioriza a proteção dos direitos dos particulares afetados pelos atos anticoncorrenciais mediante ações judiciais, sendo as ações administrativas de última instância. No segundo, o *modelo público*,<sup>64</sup> atende-se fundamentalmente “à proteção do interesse geral (proteção da ordem pública econômica) e ao restabelecimento das condições de livre concorrência a favor dos diferentes operadores de mercado e, em especial, dos consumidores”,<sup>65</sup> mesmo que não haja risco de dano ou dano causado a outros operadores no interesse geral.<sup>66</sup>

---

que, com caráter prioritário, atendem a essas autoridades, as finalidades com as quais elas desempenham suas funções e, claro, os procedimentos e os poderes de que dispõem. Assim, de fato, a partir de uma perspectiva estritamente teórica” estabelece várias diferenças entre os dois sistemas.

63. *Ibidem*, p. 40. O *private enforcement* corresponde ao modelo norte-americano, em que “A competência para a aplicação das normas antitruste cabe aos juízes, que intervêm motivados pelas ações dos particulares, que invocam a violação desta regulamentação como fundamento das suas pretensões ou exceções. A finalidade essencial do sistema de *private enforcement* – mas não a única – é a proteção dos direitos dos particulares afetados pela conduta anticoncorrencial, pelo que as declarações dos juízes decorrem no âmbito privado e nomeadamente na declaração de nulidade absoluta do contrato e/ou responsabilidade civil dos infratores”.
64. *Ibidem*, p. 38 e 39. A autora explica, “No \*modelo público\*, as regras de livre concorrência são aplicadas por autoridades administrativas (da ordem nacional, local e/ou setorial) ou por tribunais que têm a qualidade de autoridades de concorrência. O desempenho das funções a cargo dessas autoridades (como promover as investigações, apoiar acordos, aprovar compromissos, conhecer os pedidos de clemência etc.) é a via essencial de aplicação dessa regulamentação. Os principais objetivos perseguidos por meio da aplicação pública são a proteção do interesse geral (proteção da ordem pública econômica) e o restabelecimento das condições de livre concorrência a favor dos diferentes operadores do mercado e, em particular, dos consumidores. Por último, para alcançar esse objetivos, as autoridades de concorrência podem impor sanções administrativas (proibição de conduta, imposição de comportamentos e de medidas estruturais e sanções pecuniárias) e/ou de ordem penal, se no ordenamento jurídico correspondente o ilícito antitruste constituir, por sua vez, um delito”.
65. *Ibid*, p. 38 e 39.
66. *Ibid*, p. 54 a 56.

Por conseguinte, “dependendo do interesse jurídico tutelar protegido e do objetivo pretendido com a aplicação das regras de livre concorrência (proteção do interesse público ou proteção dos interesses privados), a doutrina defende um ou outro modelo”.<sup>67</sup>

Sob o sistema de *private enforcement*, é um objetivo prioritário a intervenção judicial iniciada por petição privada para conseguir uma oportuna e adequada proteção dos interesses dos particulares afetados pessoal e patrimonialmente por comportamentos anticoncorrenciais.<sup>68</sup> No *modelo público*, a intervenção da Autoridade Administrativa de Concorrência tem início para a determinação do ilícito anticoncorrencial que visa à proteção do interesse público e o restabelecimento das condições de livre concorrência, impondo sanções de ordem administrativa, mas não de responsabilidade nem de reparação perante os particulares afetados por essa ilicitude, o que implica uma ineficácia na implementação de corretivos que olhem tanto para a proteção dos interesses públicos como para os privados, e uma dupla função de inibição de condutas de ilicitude anticoncorrencial.

Nesse contexto, Ortiz Blanco assinala que o “desenvolvimento isolado de um só dos dois modelos de aplicação das regras de concorrência deixaria de lado a proteção dos interesses cobertos pelo outro”<sup>69</sup> e “alteraria as vantagens que podem ser obtidas da complementaridade das ações que desenvolvidas pelas diferentes autoridades judiciárias e administrativas competentes na matéria”,<sup>70</sup> sendo, portanto, a seu critério, a melhor alternativa desenvolver e fortalecer um sistema misto, em que coexistam as ações dos juízes e as que são praticadas pelas entidades de concorrência.<sup>71</sup>

---

67. Ibid, p. 54 e 55.

68. Ibidem. p. 52 a 54.

69. Ibid, p. 58.

70. Ibid, p. 58.

71. Ibid, p. 58 a 64.

Por essa razão, defende a implementação do sistema misto,<sup>72</sup> seguindo os critérios da Comunidade Europeia, que recentemente incorporou o sistema de *private enforcement*,<sup>73</sup> procurando, assim, assegurar a proteção concomitante e oportuna do operador econômico afetado pela violação das regras de concorrência mediante diversas ações de cessação, nulidade e reparação em instância judicial, bem como a proteção do interesse e da ordem pública, fundamentalmente por meio de ações administrativas das autoridades de concorrência.<sup>74</sup>

Nesse contexto, o Equador segue o *modelo público*, priorizando a ação administrativa sancionadora em detrimento da reparadora e a proteção preponderante dos consumidores, embora tenha a capacidade de estabelecer a cessação ou correção das medidas. O artigo da LORCPM estabelece que o operador que tenha sofrido danos devido à prática de atos e condutas sancionados pela LORCPM poderá executá-los de acordo com as regras do direito civil, reclamando os danos e prejuízos no prazo de 5 anos a contar da emissão do ato sancionador da concorrência.

Essa norma, inclusive no modelo público, é insuficiente para compreender e canalizar a independência entre as ações cíveis e administrativas e a aplicação privada em proteção dos direitos dos operadores afetados por ilícitos anticoncorrenciais para a reparação dos danos. A sua redação limitada visa a restringir o início da ação civil à resolução, o que implicaria um atraso desnecessário no exercício do direito de reparação e proteção de interesses privados, tornando, assim, ineficaz e contraproducente a espera, afetando os direitos dos operadores que sofreram o abuso, desmotivando o autocontrole, a autocomposição entre operadores econômicos e a melhoria do sistema concorrencial diante do risco dos custos de reparação oportunos.

---

72. Ibid, p. 40 e 41.

73. Ibid, p. 60.

74. Ibid, p. 58 a 64.

Em face do exposto, há que se avaliar a complementaridade dos bens jurídicos a se proteger oferecidos no sistema misto. No entanto, e até que este tenha uma feliz e oportuna evolução, convém recordar que, em nosso sistema de direito civil, o início das ações de nulidade contratual e de responsabilidade civil não carece de um ilícito. Por isso, a aplicação privada do direito de concorrência, revertido nos efeitos civis derivados da infração desse tipo de norma, pode ser analisada à luz dos princípios gerais do direito e de instituições jurídicas como o *abuso de direito*, a *boa-fé contratual*, a *responsabilidade civil* e o *direito de danos*, de modo que, sem prejuízo das ações administrativas debatidas e conhecidas pela Superintendência de Controlo do Poder de Mercado, sejam prosseguidas as ações civis derivadas dos ilícitos anticoncorrenciais, uma vez que é evidente que o descumprimento das normas de livre concorrência são fonte de sanção administrativa e/ou penal, consoante o caso, mas também de responsabilidade civil, “em que quem causa um dano deve repará-lo”.<sup>75</sup>

## 2.2 Regulação Contra a Concorrência Desleal

Ao contrário das regras de concorrência, a concorrência desleal sanciona os atos desonestos dos operadores econômicos, independentemente de que ultrapassem ou não a regra do *minimis*, ou de o volume de vendas poder ou não influenciar o mercado relevante no qual se realiza a deslealdade. Basta determinar se um ato é desleal, ou seja, se se enquadra nos critérios delimitadores de deslealdade dos diferentes modelos que o regulam, para que as ações sejam desencadeadas.

---

75. Ibid, p. 159.



A concorrência desleal, em seu desenvolvimento, apresenta três momentos de evolução, que são:

1. modelo do período paleoliberal;
2. modelo profissional ou corporativo; e
3. modelo social.

O *primeiro* aparece na segunda metade do século XVIII. Responde às necessidades decorrentes da Revolução Industrial e da ideologia liberal do século XIX para proteger os direitos de propriedade industrial dos empresários pelos danos efetivamente sofridos com dolo ou culpa, estabelecendo-se a culpabilidade para estimar as pretensões exercidas ante a deslealdade.<sup>76</sup>

O *segundo* surge da revisão da Convenção de Paris, em Haia (novembro de 1925), com uma cláusula geral proibitiva contra a deslealdade, fixando como limite de contrariedade o desvio dos “usos em matéria comercial e industrial”<sup>77</sup> (usos e costumes comerciais), medida em função da violação ou não da boa-fé subjetiva. A sua proteção assenta-se nos interesses particulares dos concorrentes afetados ou possivelmente afetados pela deslealdade, superando a exigência de demonstração de “culpa e dolo” do empresário desleal, pois, nesse momento, “entende-se que não é necessário que a conduta seja dolosa ou culpada para que ocorra a deslealdade. Prova da falta de jurisdição do ato, configura-se o ilícito, sem que seja necessário julgar a intencionalidade do autor”.<sup>78</sup>

---

76. García Menéndez, Sebastián Alfredo, Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor, Lexis Nexis Argentina S.A., I.S.B.N. 987-1187-36-0 Buenos Aires Argentina 2004. Capítulo I, páginas 10 e 11.

77. Ibidem, p. 13 a 15.

78. Ibid, p. 13 a 15.

A ação de cessação ou proibição da deslealdade coloca-se perante o risco de prejuízo aos direitos dos concorrentes, ultrapassando, assim, o limite que supõe a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual devido à sua “ligação direta com o elemento do dano” “(ou seja, a necessidade de que haja um dano concreto para que a proteção legal possa ser ativada)”.<sup>79</sup>

O bem jurídico tutelar continua a ser o direito privado do concorrente ou empresário ante o desvio desleal ou dano em sua clientela. Dessa proteção advém o nome de modelo profissional ou corporativista.<sup>80</sup>

Nesse modelo, a concorrência desleal se regula estritamente como uma divisão da propriedade intelectual. Confunde-se como parte dela e não se estabelecem claramente suas diferenças conceituais nem a função tutelar diferenciada que tem.

No *modelo social*, o critério delimitador é a boa-fé objetiva. Mantém a ativação preventiva perante o dano. Substitui o termo empresário pelo termo operador econômico e estende sua proteção jurídica a concorrentes e a consumidores, associando sua proteção ao sistema concorrencial e a um comportamento correto dentro dele. Sanciona todo ato desonesto do mercado, independentemente da sua magnitude e impacto econômico. Protege direitos privados e individuais dos operadores econômicos e, subsequentemente, o interesse geral de correção do tráfego econômico.

Nesse momento, a concorrência desleal tem pontos de conexão com o direito de propriedade intelectual, a defesa do consumidor e, em particular, as regras de concorrência. No entanto, distingue-se delas porque a primeira sanciona, por si, a deslealdade sem que importem os seus efeitos econômicos nem a sua origem; a segunda é ativada apenas ante a violação dos direitos de propriedade intelectual.

---

79. Ibid, p. 13, 15.

80. Ibid, p. 14.

tual; a terceira é acionada somente em caso de violação dos direitos privados dos consumidores, com uma ativação direta e proativa a favor do consumidor; e a quarta é praticada apenas nos casos de deslealdade agravados,<sup>81</sup> cujo efeito econômico no mercado relevante excede os limiares econômicos (medidos pela regra de *minimis*), e quando o modelo econômico pode ser estruturalmente impactado por um ato de concorrência. Distanciam-se, por seu diferente âmbito material, bens jurídicos tutelares, conteúdo, alcance e ações.

No modelo social, os atos desleais<sup>82</sup> podem ser classificados de acordo com duas variáveis: *a origem do ato desleal e os interesses prejudicados*.<sup>83</sup>

81. Esta conexão não significa submissão da concorrência desleal às regras de concorrência. Significa apenas que certos tipos de atos desleais serão julgados sob a égide da defesa da concorrência quando tenham uma “especial gravidade” que possa provocar uma perturbação no mercado pela sua incidência econômica e afete a sua eficiência, como os interesses dos consumidores, que são de ordem pública. Por exceção, os atos desleais, que por si protegem interesses privados, só se enquadram no campo da defesa da concorrência quando: a) O ato possa ser qualificado como desleal; b) o ato prejudique sensivelmente o normal desenvolvimento do mercado; e c) a perturbação do mercado provocada afete gravemente o interesse público, a livre concorrência e a ordem pública econômica. Ver García Menéndez, Sebastián Alfredo, citado por Alvear, Patricia, no Capítulo II, Concorrência Desleal, no livro: Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, Apuntes para su construcción, Quito Ecuador, 2012.

82. García Menéndez, Sebastián Alfredo, *Competencia Desleal*,... *ob. cit.*, p. 72 e seguintes. Faz referência a várias classificações. Segundo este autor, são superficiais a “Classificação de Hefermehl” e a “de Ghidini ou dos perfis funcionais dos atos concorrenciais”. São incompletos, a seu critério, a “Classificação segundo os interesses afetados de Emerich e Menedez e “a classificação de Roubier-Ascarelli, ainda que da primeira ressalte o esforço de sistematização e adequação aos postulados do Estado social de direito e do modelo social da concorrência desleal pelo agrupamento dos atos desleais em função dos interesses afetados, quer do consumidor, do concorrente ou do próprio sistema de mercado. García divide os atos desleais em: atos de desorganização do concorrente, atos contra a concorrência no mercado, atos de violação das regras gerais do mercado e atos de desorganização do concorrente, classificação que, como as duas últimas, em minha opinião, não determinam um critério forte e contundente que os diferencie e defina claramente em função da sua ativação jurídica.

83. Alvear, Patricia, Gómez de la Torre, Blanca, *Derecho de Corrección Económica*... *ob. cit.* p. 97.

*Quanto à origem*, podem ser divididos em atos desleais decorrentes da violação dos direitos de propriedade intelectual e atos desleais oriundos da violação de outros direitos que não os de propriedade intelectual (essa classificação não exclui que o ato possa, por sua vez, ser também simples ou agravado em função de seu impacto).

*De acordo com os interesses afetados*,<sup>84</sup> podem ser: atos desleais simples e atos desleais agravados.

*Os atos desleais resultantes da violação dos direitos de propriedade intelectual* são diretamente sancionados pelas regras da propriedade intelectual. Nesse caso, ambas as disciplinas (propriedade intelectual e concorrência desleal) devem ser aplicadas de forma complementar, ou seja, ativando-se primeiramente o direito de propriedade intelectual e, depois, o direito de concorrência desleal.<sup>85</sup> Apenas se esses atos forem capazes de afetar a estrutura do sistema concorrencial e os direitos protegidos pela defesa da concorrência, uma vez protegido o direito do particular prejudicado pelo ato desleal, é que se deve recorrer à Autoridade da Concorrência para conhecimento, investigação e sanção da infração concorrencial, que pode ser concorrente, mas não excludente.

*Os atos desleais resultantes da violação de outros direitos que não os direitos de propriedade intelectual.* A deslealdade, em decorrência da variedade de formas em que se apresenta, abrange todo comportamento e/ou prática de mercado incorretos ou abusivos, qualquer que seja o seu modo de manifestação e que objetivamente prejudique ou possa prejudicar os seus concorrentes.

Este grupo inclui de forma exemplificada, entre outros pressupostos de deslealdade, a discriminação ao consumidor, *a incitação ao descumprimento do contrato, a violação de normas, a venda a*

---

84. Ibidem. p. 97.

85. García Menéndez, Sebastián Alfredo Competencia Desleal,... ob. cit. p. 33 e 34.

*descoberto, a publicidade desleal, incitação à compra por meio de declarações e comissões enganosas, a utilização ou difusão de indicações incorretas ou falsas, a omissão de verdades sobre as características dos serviços oferecidos, a venda com vantagens, brindes, presentes ou similares; os comportamentos comerciais agressivos, entre outros, que constituem casos concretos e exemplificativos de deslealdade que vão além do agravo aos direitos monopolistas que protegem a propriedade intelectual.*<sup>86</sup>

*Atos desleais simples.* São aqueles que, devido ao seu mínimo ou insignificante impacto econômico no mercado relevante, não prejudicam a eficiência estrutural do mercado nem os interesses dos consumidores. Só causam ou podem causar danos aos interesses particulares dos operadores econômicos. Têm um custo individual, e não social.

*Atos Desleais Agravados.* São aqueles que, independentemente da sua exteriorização ou instrumentação, em virtude de sua gravidade econômica, afetam ou podem afetar direitos de ordem pública, como o sistema concorrencial e o interesse geral dos consumidores. Supera o agravo aos direitos privados de particulares. Tem custo e dano individuais e sociais. Apenas os atos desleais agravados devem ser remetidos à Autoridade de Concorrência, *mantendo a ativação dual dos direitos.*

A concorrência desleal no modelo social proíbe todas as formas de deslealdade e caracteriza as externalizações consideradas nessa classificação, a fim de melhorar a ativação das ações em cada caso. Sanciona a deslealdade, independentemente da sua origem ou do

---

86. Este grupo deve incluir o abuso de dependência econômica como pressuposto de concorrência desleal, e não como um ato anticoncorrencial, como o faz o Equador, que deixa impunes os atos de abuso de dependência econômica cometidos por operadores, cuja atividade só envolva interesses de particulares e que, pela sua dimensão, não ultrapassem a regra do *mínimis*.

seu efeito. Por isso, não se deve limitar à proibição da publicidade desleal, abusiva ou enganosa ou à proteção dos consumidores (como faz a legislação argentina); aos atos de violação dos direitos de propriedade intelectual (Decisão 486 da CAN); ou aos agravos que prejudiquem o sistema concorrencial (como faz a LORCPM). Deve fundamentar-se numa cláusula geral de proibição da deslealdade e em externalizações exemplificativas dos pressupostos de deslealdade, que devem incluir o ilícito de dependência econômica, que, a depender do seu impacto, pode ser simples ou agravado.

### 2.2.1 A Concorrência Desleal no Equador

Está regulamentada na LORCPM e na Decisão 486 da Comissão Andina de Nações, última que não supera o modelo corporativista de deslealdade. A LORCPM, em contrapartida, desde outubro de 2011, regula-a na Seção 5 do Capítulo II da “LORCPM” e na Seção 3 do Capítulo II do seu Regulamento de Aplicação, quebrando a harmonia com a legislação da legislação comunitária e incluindo-a errônea e desafortunadamente nas normas de concorrência.

A “LORCPM”, assim como seu Regulamento, mistura e confunde as ações de ativação próprias da concorrência desleal e as de concorrência. Desconhece que essas duas disciplinas têm complementaridade *apenas em face dos atos desleais agravados* e que são diferentes por seus objetivos, interesses jurídicos tutelares, âmbito de aplicação e mecanismos de proteção do direito prejudicado. Também não diferencia nem classifica os atos desleais em função de sua origem e agravo. Desconhece o princípio fundamental sobre o qual se assenta a concorrência desleal, que é constituído pela caracterização e pela sanção da DESLEALDADE *PER SE*, sem considerar a sua incidência concomitante. Não regula *os atos desleais simples* decorrentes da violação de outros direitos que não os de propriedade intelectual e desativa a ação preventiva daqueles

que decorrem da violação da propriedade intelectual,<sup>87</sup> deixando assim indefesos os operadores econômicos vítimas de atos desleais abusivos cujo impacto econômico é estruturalmente inexistente ou mínimo.

Tendo em conta o que já se expôs, as normas de deslealdade devem ser adaptadas ao modelo social. Ampliar a sua proteção a todos os operadores econômicos afetados pela deslealdade mediante pressupostos como a dependência econômica, alargando o instituto jurídico do abuso de direito, e verificar os seus mecanismos processuais de proteção contra a deslealdade.

### 2.2.2 Análise da Decisão 486 da CAN

O direito derivado na legislação equatoriana exige uma interpretação pré-judicial das normas que estão ligadas à norma comunitária. É o caso da Decisão 486 da CAN, que regula a concorrência desleal de acordo com o modelo corporativista, estabelecendo como eixo delimitador da deslealdade *a contradição aos usos e costumes comerciais* (critério subjetivo), e carece de um sistema autónomo de proteção especial contra a deslealdade, como o faz no modelo social.

Apesar das deficiências da Decisão 486 da CAN, esta, por meio do direito privado e como norma supranacional, encontra-se vigente no Equador tanto para questões de propriedade intelectual como em matéria de concorrência desleal.

---

87. A desativação opera processualmente quando a denúncia de deslealdade, apresentada à autoridade de propriedade intelectual, deve ser submetida à Superintendência de Controle do Poder de Mercado, para que este delibere se o ato denunciado é ou não da sua competência ou da Autoridade de Propriedade Intelectual, conferindo-lhe o carácter vinculativo. Se considera que a queixa deve ser do conhecimento da autoridade de propriedade intelectual, esta a tramita, desconhecendo-se, assim, a proximidade deste tipo de atuação como a ação de medidas preventivas ou prévias ao processo de conhecimento, própria do direito de propriedade intelectual. Caso contrário, é da competência da Superintendência. Este mecanismo deve ser regulado em sentido inverso.

Pelo exposto, as inconsistências que a lei interna mantém com relação à comunitária — que é de cumprimento obrigatório para o juiz nacional —, tanto nos critérios delimitadores da deslealdade, os bens jurídicos tutelares, seus mecanismos de ativação e a falta de regulamentação específica da concorrência desleal certamente trarão mais de um problema e até impotência no momento da interpretação pré-judicial da norma comunitária.

O erro da legislação equatoriana de subsumir a concorrência desleal como parte do direito de concorrência e de desativar a dupla proteção que deve existir na concorrência desleal não é menor, como não o é o fato de confundir os atos desleais simples com *os desleais agravados*, único pressuposto, que devem ser enfrentados de forma complementar com a Autoridade de Concorrência.

Em consequência, a norma interna equatoriana não só não considerou a própria evolução e a autonomia disciplinar da instituição jurídica concorrência desleal, como também não reparou na dicotomia que pode ocorrer no momento da interpretação pré-judicial das normas de concorrência desleal, estabelecida na Decisão 486 da CAN, de que se distancia a lei interna equatoriana que pretende assumir o modelo social sem chegar a fazê-lo.

### 2.2.3 Ações e Procedimentos Derivados dos Atos de Concorrência Desleal

No Equador, até a promulgação da LORCPM, a concorrência desleal era regulada no âmbito da Lei da Propriedade Intelectual, estabelecendo-se como ações contra a mesma medidas preventivas ou cautelares, ações de tutela administrativa e a instauração de ações perante o Tribunal Contencioso Administrativo, que, de acordo com a décima disposição transitória desta lei, é o órgão competente para lidar com questões de propriedade intelectual, entre os quais se encontravam os atos de concorrência desleal.



A LORCPM e o seu Regulamento de Aplicação, devido à confusão das normas da concorrência desleal com as da concorrência, embora estabeleçam as ações e procedimentos fundamentalmente administrativos contra os atos desleais, julgam e sancionam os atos desleais agravados e os decorrentes da violação dos direitos de propriedade intelectual; fazem-no, no entanto, na perspectiva do interesse público, e não do interesse privado, que é inerente à concorrência desleal.

Com isso, desativaram a proteção jurídica dos atos de concorrência desleal que não atingissem os limiares ou limites considerados sancionáveis, como atos de macroafetação e sujeitos a investigação pela Autoridade de Concorrência, bem como as de natureza preventiva dos atos desleais ligados à violação dos direitos de propriedade intelectual, pois, processualmente, uma vez intentada a ação de concorrência desleal junto ao IEPI, este deve enviá-la para consulta à Superintendência de Controle do Poder de Mercado, que emitirá um parecer vinculativo sobre se deve ser apreciada pelo EPI ou pela Superintendência, retirando-lhe a sua ativação preventiva, as medidas cautelares e a proteção que lhe era conferida pela lei de propriedade intelectual.

Daí a necessidade de reformular a regulamentação contra a deslealdade e promulgar uma lei autônoma que, respeitando a sua especialidade, possibilite investigar, julgar e sancionar de forma adequada a deslealdade com os critérios próprios dessa disciplina que dista da perspectiva dada na LORCPM e seu Regulamento de aplicação.

#### 2.2.4 Direito de danos nos pressupostos de deslealdade

A deslealdade pode levar à reparação de danos causados a terceiros. Nesse caso, é aplicável o princípio da responsabilidade civil decorrente de obrigações contratuais e extracontratuais, das quais emana

a obrigação indenizatória<sup>88</sup> e de reparação do agravo, sem prejuízo da responsabilidade penal que possa haver em virtude do ilícito.

No âmbito do direito de correção econômica, isso implica a reparação dos custos particular e social, pelos custos de transação que possa ocorrer pelos atos de deslealdade, em que a reparação frente a esse ilícito deve funcionar por reposição da externalidade negativa que afeta ou prejudica um operador econômico, independentemente do dolo ou culpa do infrator e indistintamente do impacto econômica que sofra ou possa sofrer o segmento de mercado em que se desenvolve o operador econômico afetado.

A LORCPM, no artigo 25, determina que o ato de concorrência desleal se assume como um quase-delito civil, enquanto, no artigo 71, deixa a salvo as ações civis uma vez emitida a decisão sancionadora pela Autoridade Administrativa de Concorrência. Por isso, convém regressar ao direito civil, que regula, entre outras coisas, o quase-delito civil, em virtude do qual e, sem qualquer dano, por mera negligência do sujeito ativo do quase-delito civil, é possível, em processo ordinário, reclamar a reparação dos prejuízos e danos morais causados; e, em processo verbal sumário (mais tarde processo sumário no Código Orgânico Geral de Processo), a quantificação dessa reparação.

Assim, na ausência de um corpo legislativo no Equador que regule especificamente a aplicação privada da lei contra a concorrência desleal nos moldes suprarreferidos, deve-se buscar a proteção dos direitos dos particulares por meio do direito civil indicada neste artigo, na seção 2.1.6 do presente trabalho, com as óbvias diferenças na ativação do direito.

---

88. Stordeur, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción...* ob. cit. p. 203.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, propôs-se a análise da categoria conceitual do direito de correção econômica, a partir da qual se analisa a extensão do instituto do abuso de direito ao direito de correção econômica, bem como dos institutos jurídicos de concorrência e concorrência desleal.

Nesse contexto, com base nas definições conceituais do direito de concorrência e de concorrência desleal, bem como nas suas significativas diferenças, justifica-se a necessidade de considerar seriamente a reforma da LORCPM, em especial no que se refere à regulamentação contra a concorrência desleal, para dotar essa ferramenta jurídica de uma necessária autonomia disciplinar, contribuindo para a superação de falhas normativas apresentadas na lei equatoriana, que erroneamente inclui a concorrência desleal na defesa de concorrência.

Relativamente às ações privadas do direito da concorrência e da concorrência desleal, este artigo analisa os bens jurídicos tutelares que devem prevalecer em cada caso, concluindo que é importante construir mecanismos jurídicos mais eficientes de reparação pelos custos individual e social que acarretem ou possam acarretar tanto os atos anticoncorrenciais como os de deslealdade, por meio da concorrência de processos judiciais e administrativos que viabilizem mais eficientemente as ações em proteção de interesses diversos, tanto públicos como privados, com presteza e rapidez.

## BIBLIOGRAFIA

- BAQUERO, Ingrid S. Ortiz, *La aplicación privada del derecho de competencia. Los efectos derivados de la infracción de las normas de competencia*, Editorial Edita, 2011, Madrid, España.

- BERCOVITZ, Alberto, **La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991**, Madrid — España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.
- COBAS, Manuel y otros, **Derecho Civil Parte General**. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.
- DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas, **Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- GARCÍA, Ernesto Rengifo, “**Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante**”, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009.
- GHERSI, Carlos, **Cuantificación Económica, Valor de la vida humana**, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, Argentina.
- GHERSI, Carlos, **Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis**, 3ª edición, analizada y ampliada, Astrea, 2006, Buenos Aires, Argentina.
- GONZÁLEZ, Vicente Viera; RIVERA, Vicente Mambrilla; y otros. **Distribución comercial y derecho de la competencia**. Madrid, Editorial La Ley, 2011.
- KRAUSE, Martin E., **Economía, Instituciones y Políticas Públicas, La Ley**, primera edición, 2011, Buenos Aires, Argentina.
- MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo García, “**Competencia desleal, Actos de desorganización del competidor**”, LexisNexis Argentina S.A., 2004.
- NIEVES, Isabel Gonzalez, **Estudios de Derecho y Economía**. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- PEÑA, Patricia Alvear; DE LA TORRE, Blanca Gomez, **Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, apuntes para su construcción**, primera edición. Sek, Quito Ecuador, 2012.
- RINCÓN, Alexander, **La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados**. Medellín Colombia, 2013.
- RODRÍGUEZ-CANO, Alberto Bercovitz, **Apuntes de Derecho Mercantil**, Editorial ARANZADI, 2ª edición, España, 2001. Apuntes de Derecho Mercantil, 2001.
- STORNEU, (h) Guillermo, **Análisis Económico del Derecho, Una Introducción**, AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina 2011.
- TROYA, José Vicente y otros, **Estudios de Derecho Económico, Corporación Editora Nacional**, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 1998.
- VELANDIA, Mauricio. **Derecho de la competencia y del consumo**. Bogotá, Externado de Colombia, 2008.

VILAR, Silvia Barona, *Competencia Desleal, Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Tomo I, Consideraciones Generales y objeto del proceso civil*, Tirant o Blanch Tratados, 2008, Valencia, España.

YONG, Camilo Andres Rodríguez, *Una aproximación a las cláusulas abusiva*, Universidad Del Rosario, Legis, Bogotá, Colombia, 2013.

#### Leis

- Código Civil, Livro IV.
- Código Orgânico Geral de Procescos, COGEP.
- Decisões 608, 616 e 486.
- Defesa do Consumidor, Lei nº 24.240; Defesa da Concorrência, Lei nº 25.156; Lealdade Comercial, Lei nº 22.82, Decretos e Resoluções Complementares, Edições do País, 15a Reimpressão, agosto de 2013. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Edições Legais. Sistema Informático Legal. Área Comercial.
- Lei de Defesa da Concorrência.
- Lei Orgânica de Regulação e Controle do Poder de Mercado e seu Regulamento Geral de Aplicação.
- Regulação contra a Concorrência Desleal espanhola.



# O NOVO CÓDIGO ARGENTINO, O DIREITO COMERCIAL E A EMPRESA

*Raúl Aníbal Etcheverry<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Este trabalho é apresentado no âmbito de uma perspectiva argentina que nos parece ser uma novidade no direito comercial do século XXI. Isso porque suprime a noção e o estatuto do comerciante, suprime os atos de comércio, porém não regula a empresa e o seu estatuto, como faz o Brasil no seu Código Civil, que, sem dar um conceito de pessoa jurídica, no artigo 40, apresenta e estabelece algumas distinções entre o direito público e o direito privado (enumera-as no artigo 44:

1. Professor Emérito com dedicação semiexclusiva da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, República Argentina. Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires e em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Argentina. Diploma de Estudos Avançados e de Doutor qualificado como excelente *cum laude* na Universidad Castilla La Mancha, Espanha. Membro fundador da International Academy of Consumer and Commercial Law e membro da Academia Interamericana de Direito (FIA) e da Academia de Direito do Peru. Diretor do Mestrado em Direito Comercial e dos Negócios da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e do Mestrado em Direito Empresarial na Universidade Nacional do Nordeste. Árbitro internacional do CIRDI, CCI e CEMA. É autor de mais de 20 livros e de mais de 400 trabalhos publicados em revistas jurídicas nacionais e internacionais. Pesquisador categoria 1 da Universidade de Buenos Aires.

associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, todos de livre organização). A doutrina tem se ocupado em estabelecer princípios para a sua organização.<sup>2</sup> Tudo isso graças ao presidente de ambas as comissões, o professor José Gabriel Assis de Almeida, que organizou essas magníficas Jornadas para analisar o direito latino-americano, o nosso direito.

Há uma nova realidade no Direito Comercial, que é o regresso ao seu núcleo, juntando-se ao Direito Civil em um novo corpo de direito privado.

Voltando ao tema do direito, é importante explicar aqui que aquele voo independente do Direito Comercial, que começou na Europa continental no ano 1000, chegou ao fim, voltando a fundir-se com o seu tronco, o direito privado.

O direito é um sistema de diretrizes para a conduta humana, para possibilitar mais harmonia na vida em sociedade. A evolução do Direito é como a de outra ciência que nos é próxima, a História: não pode ser dividida nem segmentada.

Ao mesmo tempo, muitos fatos históricos acontecem; do mesmo modo, o direito não é linear, não ocorre em poucas mudanças; nem aparece um após o outro. Tudo caminha junto, num devir simultâneo.

Assim como no final da Idade Média muitas coisas aconteceram aos homens na Europa e no Oriente Médio, o direito dessa época e daí em diante surgiu aos borbotões, não sendo possível distinguir as “etapas” de evolução do Direito, nem em relação ao tempo nem aos locais onde os fatos se sucederam.

Por volta do ano 1000, o comércio começou a movimentar-se na Europa de forma intensa, em diferentes locais; isso coincidiu com a saída de muitas regiões do regime feudal e a criação de pequenas

---

2. Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery, em seu livro *Código Civil comentado*, ed. Revista dos Tribunais, 2006, 4. ed, p. 204 e seguintes.



empresas pessoais de comerciantes; surgiram os mercados, mais amplos ou mais restritos.

Heers<sup>3</sup> assinala que o comércio evoluiu a partir do ano 1000 de forma espetacular, muitas vezes; o comércio favoreceu o uso da moeda e o desenvolvimento de novas atividades; antes do ano 1000, Veneza — no início, um conjunto de aldeias-refúgio de pescadores — criou fortunas com a exploração de salinas e a organização de viagens triangulares para o Oriente com objetivos comerciais.

As cidades italianas começaram a controlar o novo tráfego de mercadorias orientais e especiarias provenientes das costas da Síria, do Egito ou de Constantinopla. Veneza, Pisa e Gênova foram algumas das cidades centrais do comércio na região, superando a atividade do Oriente.

Junto ao intenso intercâmbio comercial realizavam-se as feiras, na época em que a atividade mercantil dos alemães, flamengos e franceses se encontrava em constante crescimento. Além disso, teve início a economia monetária. Diz Heers,<sup>4</sup> citando H. Pirenne, que os mercadores com centro na Europa do ano 1000 eram “homens novos”, porque se independiam da sociedade feudal em busca de trabalho independente, ou de rápidas fortunas, liberando-se das tarefas da terra e de toda obrigação. Muitos povos se perderam em função de guerras, fome e outras consequências da superpopulação: mendigos, vagabundos, peregrinos.

Formou-se, então, uma mentalidade própria nova e muito particular: a do mercador. Muitos se lançavam à aventura, desafiando as contingências das estradas, em busca enriquecimento rápido; mas nem todos os mercadores eram vagabundos e errantes: o trabalho árduo, a luta contra a pobreza e o desejo de superação foram a herança de um

---

3. Heers, Jacques, “Historia de la Edad Media”, Editorial Labor AS, Barcelona 1984, 3. ed. corrigida, p. 133 e seguintes.

4. Obra citada, p. 137 e seguintes.

grande número de homens e mulheres que procuraram esse novo ar livre das cidades.

Os comerciantes, após a explosão de uma múltipla atividade mercantil, pretenderam constituir seu próprio direito e formar seus próprios tribunais de justiça para resolver suas questões. Agrupavam-se em assembleias, confrarias ou agremiações cuja força se fundamentava no respeito absoluto a um juramento coletivo. O mercador se posicionou fora dos padrões e da mentalidade tradicional da sociedade feudal e agrária.

Os historiadores desejam nos mostrar a realidade e nos transmitir de que maneira, pouco a pouco, criou-se um novo mundo e uma nova classe social, a burguesia, independente da organização feudal, embora, no início de seu desenvolvimento, houvesse cidades antigas e cidades totalmente novas, onde se misturavam mercadores e senhores feudais, alguns dos quais viviam em grandes castelos construídos no meio dos seus domínios; não nos devemos esquecer da comunidade eclesiástica, então munida de um verdadeiro poder material.

Não houve, naquela época, uma radical oposição entre o mundo rural e o mundo burguês, nem separação nítida entre novas e velhas cidades. Muitas vezes, os mercadores fundaram cidades completamente novas, mas também residiram nas periferias, que foram progredindo como subúrbios, tornando-se cada vez mais importantes.<sup>5</sup>

## 1. O COMERCIANTE

O comerciante surge antes e durante o ano 1000 na Europa Central e Ásia Menor como uma figura caracterizada pela vida que vive e pelos atos que realiza.

---

5. Cf. Mitre, Emilio, “Historia de La Edad Media en Occidente”, especialmente Capítulo 17, La madurez de la sociedad feudal”, Ediciones Cátedra AS, Madrid 1995, p. 194 e seguintes.

Ao lado dos comerciantes, reconhece-se a existência de muitos que trabalhavam em lavouras de terras alheias, inserindo-se de bom ou malgrado no regime feudal; outros colaboraram ou participaram do sistema eclesiástico.

Havia um terceiro setor, os artesãos, ou seja, os que possuíam uma certa habilidade para criar pequenos bens, quase artistas, que depois se uniram aos comerciantes em corporações. Este foi um setor numeroso nessa etapa, com pessoas que não se dedicavam a emprestar valores a juros — um meio de vida que surgiu na época —, mas a revender as mercadorias que adquiriam a uma quantia em dinheiro em troca de um pagamento superior ao valor da compra quando as revendiam.

Os comerciantes, por seu número, quantidade e poder, originaram-se espontaneamente de um povo que tinha apenas os destinos preestabelecidos como modo de vida disponível no final da Idade Média. Muitos com sortes variadas. Alguns tiveram que mudar seu modo de vida, mas outros fizeram fortunas com o intercâmbio ou o transporte de mercadorias do mesmo lugar ou de outros onde as compravam.

A população restante teve como alternativas o desemprego, as doenças e a pobreza grave ou migrar para outras regiões, ameaçadas por pestes ou fome.

O comerciante é um profissional, no sentido de que faz da troca de mercadorias sua especialidade e de sua habilidade de comprar ou vender, uma arte pessoal. E essa profissão é seu modo de vida, a origem de seu poder social.

O comerciante é criativo: no desenvolvimento do seu trabalho, criam-se as grandes instituições do direito comercial: os bancos, as expedições marítimas para o comércio, os empréstimos, as letras de câmbio, vales e promissórias, as sociedades comerciais, a organização de empresas, os usos e práticas comerciais, os costumes,

as associações profissionais, os modos de resolver as crises nas empresas e muitas outras.

A partir do comerciante e de sua conduta visualizamos a existência de novos atos para o direito: os atos de comércio. Tudo isso será superado no decorrer dos anos, nos quais o direito comercial se funde com o civil no velho tronco do direito privado. Na Argentina, esse percurso chegou ao fim com o novo Código Civil e Comercial.

## 2. UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO: A BOA-FÉ

Na maior parte do direito ocidental, cultiva-se, respeita-se e encoraja-se a sempre adotar uma conduta de boa-fé.

O comerciante deve ter boa conduta e boa-fé, porque as relações que cria no intercâmbio que pratica o obrigam a cumprir sua palavra, especialmente tendo em conta que a maioria das operações realizadas se baseiam na confiança, com a percepção de que o seu êxito está fundamentado na repetição bem-sucedida das suas operações e na imagem que a sua atuação social cria, o que, por sua vez, remete à confiança.

Não sendo os atos comerciais condutas baseadas e sustentadas por longos textos e solenes manifestações ou vinculados a uma série complexa de ações concretas, a boa-fé e o cumprimento da palavra empenhada são elementos essenciais para a manutenção da sua tarefa e do seu êxito pessoal. E garantem resolver muitas questões no mais curto tempo possível.

O princípio da boa-fé é agora próprio do direito continental europeu, do direito latino-americano e do direito anglo-saxônico. Mereceu especial tratamento em nosso direito essa última reforma, utilizando-se esses padrões reiteradamente para todo o direito privado, civil e comercial, extensível a todos os ramos do direito.

Os direitos referidos no parágrafo anterior sem dúvida vão se aproximando e interpenetrando lenta, mas sustentadamente; como dissemos há anos, o movimento existe e as instituições vão, pouco a pouco, sendo aceitas em todos os sistemas.<sup>6</sup>

No novo Código Civil e Comercial da Argentina (CCCN), vigente desde 1º de agosto de 2015, o princípio da boa-fé é permanentemente citado no texto legal.

Aludem a ele os artigos 9º (exercício dos direitos), 729 (devedor e credor), 961 (celebração, interpretação e execução do contrato), 991 (tratativas preliminares) e 1.061 (interpretação do contrato), os mais significativos. O artigo 9º é a base não só relativa ao domínio contratual, mas também o que se refere, como regra geral, a todo o exercício dos direitos nesse código. Diz: “Princípio da boa-fé. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé”; nesse Capítulo 3, explicita-se, junto à boa-fé, a expressão que afirma que a lei não ampara o abuso dos direitos (artigo 10): é tal como diz a nova lei vigente — aquele que contraria os fins do ordenamento jurídico ou aquele que excede os limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes. O juiz deve ordenar o que for necessário para evitar os efeitos do exercício abusivo ou da situação jurídica abusiva e, se for caso, procurar restabelecer a situação anterior e fixar uma indenização; o artigo 11 do CCCN prevê igualmente a aplicação dessas regras em caso de abuso de posição dominante no mercado, sem prejuízo das disposições específicas previstas em leis especiais.

---

6. Cf. Morissette, Ives-Marie, “Les caractéristiques classiquement attribuées á la common law», en *Revue internationale de droit compare*, Société de législation comparée, Julho-setembro 2013, nº 3, p. 13 e ss. Etcheverry, Raúl Aníbal “El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes”. *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1992.

### 3. A ORDEM LEGAL, AS PESSOAS E A LINGUAGEM JURÍDICA

Nas ciências, existem várias linguagens. O Direito é um conjunto de relações sistêmicas que regulam a conduta humana e a vida em coexistência, estabelecendo modos e regras jurídicas para essa conduta, além de proibições, aprovações, recompensas, castigos ou, por vezes, respostas neutras.

O Direito é um conjunto de sistemas de alguma forma ligados, de forma global, à “ordem normativa”.

O direito é linguagem; é “uma” linguagem. A urgência em interpretá-lo tem origem no fato de a ordem jurídica ser obrigatória e, ao mesmo tempo, um indicador de uma disciplina comportamental. Afeta todos os habitantes e cidadãos de uma Nação, diz respeito a todos. Tem consequências; agir de uma forma não é o mesmo que agir de outro modo, e essas consequências podem ser neutras ou ter efeitos benéficos ou negativos.

Dessa forma, a lei sugere ou orienta o comportamento humano e indica a homens e mulheres o que lhes é lícito fazer em nossa sociedade.

No direito, as palavras não podem ter um significado sacramental: são normas de conduta explicadas ou implícitas na lei. Uma ordem que “convém” seguir para não haver consequências desagradáveis ou situações de intensidade negativa. Por isso é essencial entender o que se expressa em cada norma, porque a ordem legal determinará as consequências do seu cumprimento ou da sua inobservância.

As normas jurídicas contêm definições que muitas vezes não coincidem com a linguagem comum. Essas precisões, bem como a análise de palavras, frases ou estruturas, merecem ser elucidadas e estudadas para a definição e a compreensão do ordenamento que nos rege.

Um grupo de pessoas<sup>7</sup> que trabalhem em conjunto, no mesmo local e com alguma ligação, seja por sua atividade profissional ou não, terá de considerar, para além de muitas outras disposições legais, para dar um exemplo doméstico, o conjunto de ditames jurídicos da Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), administração fiscal estatal, para saber se a sua própria organização é juridicamente considerada uma “empresa”; e, sendo ou não, terá uma consequência importante, que será pagar mais ou menos impostos.<sup>8</sup>

A conduta é qualificada pela lei; por exemplo, se as pessoas que colaboram com um profissional são trabalhadores independentes ou estão numa relação de dependência, a lei atribuirá efeitos diferentes a uma ou outra relação.

Os acontecimentos, atos, contratos e outras relações jurídicas ocorrem num espaço de tempo e lugar.

No que diz respeito ao local, existem diferentes contextos para a ação coletiva: a família, os mercados, os encontros pessoais ou as reuniões coletivas.

Na esfera pessoal, um acontecimento, um ato, um contrato ocorrem num espaço de tempo e de lugar, cujas circunstâncias são complexas e variáveis.

## 4. A EMPRESA

Iniciar uma nova atividade empresarial é visto na Europa não só como o exercício de um direito, o exercício da liberdade, mas também como um bem social. E esse é o modelo que devemos seguir nestas terras.

7. Assim as qualifica o novo Código Civil e Comercial da Argentina em seu Livro Primeiro, Parte Geral, Título I Capítulo 1, artigos 19 e seguintes. Não define a pessoa humana, porque é algo absolutamente óbvio. Desde a concepção, todos somos pessoas humanas.

8. CSJN, Caso “Paracha” de 2 de setembro de 2014, no qual se estabeleceram diversas apreciações sobre a atividade comercial da empresa de profissionais perante a lei fiscal.

Por conseguinte, as autoridades públicas não só não devem colocar entraves a esse direito garantido por alguns textos constitucionais (como o da Espanha),<sup>9</sup> como também os governos e as administrações devem incentivá-lo e apoiá-lo.

Em um trabalho de Jorge Jiménez Leube, doutor em direito pela Universidade Complutense de Madrid, destacam-se esses conceitos e a distinção entre boa administração, bom governo e boa legislação.<sup>10</sup>

Antigamente, os clássicos assinalavam que o direito comercial era “a disciplina reguladora dos atos de comércio”;<sup>11</sup> em seguida ao funcionamento e a individualização, houve a produção de atos em massa,<sup>12</sup> como já sugerira Ascarelli.

A definição do direito comercial foi mais genérica e ampla em Ferri, que se referiu à “atividade intermediária” e à “organização” em seu *Manuale di Diritto Commerciale*, de 1976.

O jurista brasileiro Tomazette<sup>13</sup> considera que a empresa não é um sujeito de direito, mas uma organização destinada a tê-los para satisfazer necessidades; não é a simples troca de bens; tampouco é objeto de direito.

Uma boa recordação: no ano seguinte à aprovação do Código Civil italiano, Alberto Asquini falava dos “perfis da empresa”, aludindo ao conceito econômico multifacetado da empresa. Asquini partiu da definição de empresário do Código Civil de 1942, explicada da seguinte forma: Art. 2082: empresário é a pessoa que exerce profissio-

---

9. Na Argentina, apenas se regula e incentiva o direito a trabalhar e exercer qualquer indústria lícita (artigo 14 da Constituição Nacional).

10. Jiménez Leube, Jorge “Buen gobierno y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada”, en *Vis iuris*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 1, nº 1 janeiro-junho de 2014, Colômbia 2014, páginas 13 e seguintes.

11. Carvalho de Mendonça, J. X. “Tratado de direito comercial brasileiro”, Atualizado por Ricardo Negrao, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1, p. 24.

12. Garrigues, J, “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1, p. 21.

13. Tomazette, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas AS, São Paulo, 2008, vol I, página 20 e ss.



nalmente uma atividade econômica organizada com o fim de trocar ou produzir bens e serviços.

É evidente que a empresa tampouco pode ser identificada com a totalidade do direito comercial, como não o pode fazer o direito das relações econômicas ou da economia ou da organização do Estado.

Tampouco o direito do mercado constitui a totalidade da nossa matéria;<sup>14</sup> parte dela o considera sob diferentes aspectos.

Isso parece lógico, mas a importância da empresa em nossa disciplina levou muitos juristas a pensar que essa noção, esse conceito, englobava todo o direito comercial.

É evidente que não foi esse o caso.

A empresa é uma noção não jurídica, que pertence ao âmbito da realidade social e econômica; não pode ser enquadrada em um único conceito jurídico; nem opera em um único ramo do direito; há uma empresa visível no Direito Comercial, outra perceptível para desenvolvimentos coletivos civis, outra para o Direito do Trabalho, outra para o Direito Fiscal, uma mais para o Direito Administrativo e assim podemos seguir.

Não há dúvida de que existe um direito constitucional de se constituir uma empresa, ou seja, de criar um instrumento, uma organização, para trabalhar.<sup>15</sup> Essa ideia atua junto ao direito de associar-se, que, em nossa opinião, é um direito de origem constitucional na Argentina, mas que na Espanha, no Peru e no Brasil é muito mais explícito e direto.

Na Argentina, o direito garantido pelo artigo 14 da Constituição Nacional é o de trabalhar e de exercer toda a indústria lícita.

---

14. Embrid Irujo, J. M., “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica”, em *Foro de derecho mercantil*, janeiro-março 2013, Legis, Bogotá, 2013, p. 50.

15. Ver o interessante trabalho sobre isso, que desenvolve CAO, Christian Alberto, em “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junho de 2014.

O direito, em todo o mundo, tentou captar a figura da empresa. Não conseguiu incorporar nas normas e nos sistemas jurídicos uma noção tão versátil e proteica de forma unitária precisa e apta a ser aplicada a todos os ramos do direito, apesar dos esforços de grandes doutrinários como Zavala Rodríguez, na Argentina, e Torres e Torres Lara no Peru; e bons códigos, como os de Honduras, Peru, Colômbia e outros.

Para nós, sempre foi claro que a empresa é uma noção que se verifica nas áreas econômica, sociológica e humana, mas, por sua polivalência e sua multifacetada expressão no campo da atividade humana, não é transponível ao mundo dos conceitos e sistemas jurídicos.<sup>16</sup>

No entanto, a empresa é referida e associada a resultados jurídicos, partindo-se de diferentes pontos de vista. E fala-se de “empresa *pyme*” (pequenas e médias empresas), de “responsabilidade social das empresas”, de “empresas B” e outras expressões que mostram como a realidade se insere no direito.

A empresa também não é uma atividade, tal como o entende uma parte da doutrina italiana e de outros países; disse bem Garrigues que sustentar que a empresa é atividade implica voltar ao ponto de partida e desconhecer o que se quer definir, porque é precisamente a atividade do empresário e dos seus colaboradores o que cria a empresa como algo diferente dessa atividade; por outro lado, a atividade é gerada pela empresa, mas não é a própria empresa.

A empresa é, para Garrigues, a organização da atividade e, ademais, um conjunto de elementos de natureza variada, todos disciplinados pelo empresário; a atividade do empresário não pode ser separada da sua pessoa,<sup>17</sup> à qual se deve referir também a sua responsabilidade jurídica perante seus atos, atividade, fazer e não fazer.

---

16. Etcheverry, R. A., em “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 504; Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, p. 866 ss.

17. Citamos o professor Garrigues, no “Código de Comercio”, citado, t. I, p. 874.

Se a empresa é citada mais de uma vez no artigo 8 do Código de Comércio argentino que acaba de ser revogado, podemos advertir que se trata de uma noção que deveria ser aplicada por vezes à indústria, outras ao direito tributário, outras ao direito do trabalho e algumas mais ao sistema civil e a algumas operações comerciais.

Entretanto há muito mais: os Códigos dos países da América Latina e algumas leis ou decretos tratam de diferentes maneiras a empresa<sup>18</sup> e, em geral, aludem a diferentes realidades da empresa em suas diversas aplicações factuais e jurídicas (p. ex., empresa familiar, empresa cooperativa, responsabilidade social empresarial, empresa social, empresas B).

## 5. A EMPRESA COMO ORGANIZAÇÃO

O primitivo conceito de empresa, como em nosso Código de Comércio, foi o referido a uma classe de “ato de comércio”,<sup>19</sup> originado em ideias do primeiro Código de Comércio francês (empresas de fabricação, de comissões, de transportes, até se estender a atividades de serviços, como bancárias, securitárias e agrícolas) e seus antecedentes no direito anterior, codificado ou proveniente dos costumes.

Diz Galgano que esse conceito se referia, nessa geração de normas e Códigos, ao comércio exclusivamente, excluindo-se a indústria; e, é claro, acrescentamos algo que veio mais tarde: os serviços.

Associada a tudo isso surge a definição de comerciante para enquadrar os indivíduos que se dedicam a determinada atividade; em seguida viria a transição do capitalismo comercial ao capitalismo industrial, ou seja, ao verdadeiro direito da produção, e, mais tar-

18. Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, op. cit., p. 896 e ss.

19. Galgano, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, p. 1 e ss.

de, da produção em massa. Ali nasceram a noção de empresário e a intervenção normativa do Estado como regulador do mercado, a correta aplicação do direito de concorrência e todo um regime completo de defesa do consumidor;<sup>20</sup> e finalmente acabou por alterar e produzir uma mudança em todo o sistema jurídico ligado ao mercado e aos negócios e contratos.

No Código Civil italiano (unindo-se Direitos Civil e Comercial) aprovado em 1942, a empresa se desenvolve com instituições que transpõem um direito da produção; neste ordenamento, não se faz referência direta à empresa, mas ao empresário.

A empresa também sofreu uma evolução; as novas ideias socialistas e nacional-socialistas, embora partam de e para objetivos diferentes, vinculam a empresa com a atividade econômica e pretendem ser “o novo direito da economia”. Além disso, alguns autores partidários da economia liberal ou da economia de mercado fazem alusão à empresa.

Hoje, o pensamento moderno é que a empresa perca, em parte, sua vinculação com o conceito do investidora capitalista que busca a utilidade permanente dos seus bens, a intermediação no mercado de consumo e o aumento do seu próprio patrimônio; deseja-se “humanizar” a empresa e que ela e o empresário que a criou passem a ter um perfil social e se projetem para a comunidade que integram, diminuindo — mas não suprimindo — a sua atividade meramente lucrativa.

Nos parece útil registrar as impressões de Ghersi e Weingarten sobre a organização da empresa, que resumimos.

Essa “organização” tem uma variedade de aspectos — econômico, jurídico, social, psicológico, entre outros.

No sistema econômico, essa organização começa com o conceito criado pelo empreendedor e, em seguida, procede-se à obtenção

---

20. Chuliá, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edição do autor, Valência 1982, p. 179.

do capital (dinheiro, marca, outros bens). A empresa é construída a partir da compra ou aluguel de imóveis, contratação de funcionários, especialistas e profissionais, busca de fornecimento de insumos. Para essas atividades, a lei oferece “formas” e instrumentos jurídicos para sua dinamização e operação no mercado: atos e contratos jurídicos, juntamente com as relações jurídicas, serão as atividades com valor jurídico que as pessoas realizam no mercado.

A partir dessa simples ideia, uma empresa, em síntese, é a conformação dinâmica de um capital (trabalho-insumos-tecnologia) destinado a produção, circulação, distribuição e comercialização de bens e serviços (fases da economia empresarial).

Quanto à “finalidade da empresa” (sem prejuízo da produção e comercialização de bens e serviços), sem dúvida existente em qualquer sistema econômico (privado, estatal ou misto), é imprescindível que se desenvolva com base na geração de excedentes (diferença entre custo total e preço de mercado); sem prejuízo de que cada sistema diferencie depois a forma da “distribuição e/ou redistribuição desses excedentes” (sistemas capitalistas privados e sistemas de capitalismo do Estado).

Na Argentina, rege o sistema de economia capitalista de acumulação privada, o que implica que as empresas privadas podem apropriar-se de parte do excedente (taxa de lucro ou benefício), e isso sem prejuízo da apropriação que faz o Estado (impostos e outros encargos), que muitos juristas consideram excessiva.

Sem dúvida, a empresa comercial, industrial ou de serviços privados, de acordo com a sua própria existência, tem como objetivo a maximização constante da taxa de lucro. Os fundamentos para sustentar essa realidade são inumeráveis e abrangem desde o risco do capital em si até os processos nacionais e globais de depreciação e desvalorização da moeda, a organização econômica mundial e regional e a necessidade do intercâmbio.

A “possibilidade de maximização do lucro” é real e tangível, o que constitui intuitiva e cientificamente uma “situação autogeradora de riscos para a empresa e, simultaneamente, a criação de risco para o trabalhador/consumidor”. Por outros meios, também se assumem e geram riscos, especialmente para a produção: baixa qualidade de insumos, mão de obra não qualificada ou em situação ilegal e para o consumo (por exemplo, incorporação de cláusulas ou práticas abusivas).

Gherzi conclui que as empresas, em sua “conjunção” com o sistema de economia capitalista de acumulação privada, por sua ação assumem um risco no mercado e se constituem, em si mesmas, em um “risco” para os trabalhadores/consumidores<sup>21</sup> e também para o ambiente e a segurança social.

Para nós, a empresa é a organização de um esquema, um dispositivo, um sistema operacional de organização, de um negócio idealizado primeiro e que, depois, deve ter um desenvolvimento no tempo. A empresa não só lida com o seu criador ou criadores, se forem mais de um, mas também com equipes de direção e de trabalho que, seguindo a atividade criada pelo empresário, colaboram com ele, cada um com a sua expertise.<sup>22</sup>

Toda empresa atua no mercado, ou seja, o espaço ideal projetado em um território onde bens e serviços são produzidos e trocados. A empresa sempre implica organização e, para projetá-la em suas múltiplas manifestações, incluíram-se, no Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, não só o desenvolvimento do sistema de pessoas jurídicas, como as variantes, como as do “contrato asso-

---

21. Gherzi, C. A. y Weingarten, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 53, lugar em que eles desenvolvem esses conceitos.

22. Juste Mencía, J., “Factor de comercio, gerente de empresa, diretor general”, Real Colegio de España, Bolonia, 2002, passim.

ciativo”, um fenômeno empresarial recente da organização jurídica integral operativa.<sup>23</sup>

No Brasil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade de Nery veem dificuldades em encontrar um conceito legal de empresa. No Código Civil, é definido o empresário, assim como ocorre no direito italiano.

Tomazette, por sua vez, em sua obra supracitada, delineou a figura do direito empresarial dizendo:

A partir do conceito de empresa é que se define o âmbito do chamado direito empresarial, isto é, a partir dessa noção é possível determinar quais estão sujeitos ou não ao direito empresarial. O âmbito do direito empresarial não é mais definido pelos atos de comércio isolados, ou pela qualidade isolada do comerciante, mas pela “atividade econômica organizada sob a forma de empresa e exercida pelo empresário.

E segue:

De imediato, vale ressaltar que o estudo não se limita à atividade empresarial, mas abrange também os atos que são praticados normalmente por aqueles que exercem a atividade empresarial. O direito empresarial regula os direitos e interesses daqueles que exercem atividades de produção e circulação de bens e serviços com finalidade econômica.

Com efeito, os atos que são praticados pelos exercentes da atividade empresarial também são praticados por outras pessoas em

---

23. Cfr. Cracogna, D., “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, Buenos Aires, 2013, p. 413 e ss.

outras atividades, como, por exemplo, a emissão de títulos de crédito. Todavia, o estudo desses atos continua se justificando dentro do direito empresarial, na medida em que são atos que nasceram ligados às necessidades do comércio, hoje da empresa, e se desenvolveram atendendo a essas necessidades. Desse modo, o âmbito do direito empresarial abrange a atividade empresarial e os atos que normalmente são praticados por quem exerce a atividade empresarial.

Por meio da organização, é estabelecido um dispositivo que “atua” no mercado, ou seja, é um sujeito com relevância jurídica e poder capaz de produzir efeitos, ativos e passivos, gerar atos e ser parte de contratos e de todos os tipos de operações.

Empresas com objetivos semelhantes competem no mercado, o que é muito positivo se essa concorrência for justa, visto que são produzidos mais bens e serviços, melhores e mais baratos. Essa é a organização política, social e econômica conhecida modernamente como economia de mercado, que deve necessariamente conter um sistema que garanta e controle a concorrência livre, porém justa.

Essa concorrência<sup>24</sup> é muito benéfica para os usuários e consumidores, que poderão contar com bens e serviços de qualidade crescente e a preços mais baixos.

As empresas podem ser individuais, ou seja, operadas por uma única pessoa física, que é a única proprietária e beneficiária de todos os ativos e a única responsável por todos os riscos do negócio.

Mas há empresas com mais de um dono, ou seja, vários proprietários: pluralidade de componentes com poder jurídico semelhante.

Quando há pluralidade de proprietários, a organização da empresa é muito parecida com a unipessoal, mas necessariamente deve adquirir uma nova estrutura legal: a responsabilidade — que é uma

---

24. Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, p. 907 e ap. B.



das colunas vertebrais de todo sistema jurídico — se transfere a várias pessoas (físicas ou jurídicas), que são as que a dirigem, organizam-na e depois repartem entre si os resultados segundo o contrato social.

Além do grupo de sócios, que tem seu sistema e características de funcionamento estabelecidos pela lei, haverá um conjunto de deveres dispostos não só para os sócios, os verdadeiros empresários, mas também para os que ocupam posições relevantes na organização, a quem podemos chamar, em geral, “administradores”; assim, para citar apenas alguns exemplos, o dever de administrar, buscar o interesse social, o dever de diligência, de informação, de pesquisa, de vigilância, de controle da organização e de todo o pessoal a ela ligado, o dever de lealdade, o dever de se abster de competir com a sociedade ou de se aproveitar do cargo e muitos outros.<sup>25</sup>

Para organizar tudo isso, retornamos às figuras societárias ou associativas: o sócio de uma empresa comercial é um capitalista que investiu, contribuindo para a criação de um patrimônio que é formado como patrimônio comum. Dessa forma, entra-se no mercado, já que, nas economias de mercado, tem igual poder e livre acesso qualquer pessoa que queira trabalhar com essas regras.

## 6. COMO É O DIREITO COMERCIAL ATUALMENTE NA ARGENTINA?

O novo sistema legal mercantil da Argentina, a partir de agora, está unido ao civil e poucos aspectos permitiriam distingui-los. Em primeiro lugar, temos de aceitar que não haverá mais distinção no texto jurídico entre o Direito Comercial e o Direito Civil.

25. Llebot Majo, J. O., “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996, p. 35 e ss.

Hoje, existe um Direito Privado que poderia ser subdividido, para estudo ou finalidades similares, não em Direito Civil e Direito Comercial, mas em diferentes grupos identificados não pela especialidade ou categoria histórica; não pela obtenção de lucros e de outros resultados; divide-se, se o intérprete o quiser ou precisar fazê-lo, de acordo com a instituição que está sendo regulamentada: por exemplo, direito relativo à pessoa física; direito da família; direito das obrigações civis e comerciais; direito dos contratos; direito de outras representações que não sejam contratos; sistemas de organização de pessoas jurídicas; direitos ligados aos direitos reais; negócios imobiliários; princípios do direito em geral, interpretação e aplicação das leis.

A lei de contabilidade e demonstrações financeiras na Argentina mantém uma vaga alusão à empresa em seu artigo 320, que o legislador considerou necessário incorporar: por quê? A empresa não é definida, nem mesmo por pertencer, como no passado, a um tipo de organização com ou sem fins lucrativos.

A empresa e o mercado não são conceitos totalmente jurídicos. São estruturas da realidade sociológica ou da ordem econômica.

Mas a lei qualifica ou distingue essas estruturas, a fim de dar a elas alguns dos efeitos legais necessários para seu funcionamento.

Regras especiais se aplicam ao novo direito privado, juntamente com a expiração dos elementos que o distinguiam (as distinções das noções de comerciante, estatuto do comerciante, atos comerciais, atividade com fins lucrativos ou atividades sem apropriação de excedente): uma delas é atribuir a obrigação de elaborar demonstrações contábeis às empresas comerciais ou àquelas organizadas sob a forma de empresas não comerciais (usando esse termo à moda antiga).

A finalidade do lucro ou a organização para obter lucros não é mais uma situação que marca especialmente uma diferença que

pode ser considerada significativa, apta a diversificar todo um setor jurídico aplicável com matizes diferentes das demais.

Não mais. Não interessa agora regular, controlar ou restringir o comerciante individual. Não importa que se registre ou não como tal, não é importante para a lei que ele cumpra as disposições específicas de sua atividade. Também, em termos de lucro, não é tomado como base, em nossa opinião, da ordem mercantil. Propósito de lucro haverá em diversas atividades que não são as típicas do antigo Direito Comercial.

Outras figuras e outras estruturas jurídicas ocupam o centro do cenário. Estou me referindo a organizações jurídicas que, por meio de uma personalidade jurídica ou de alguma outra forma legal, adquirem direitos e contraem obrigações ou se tornam sujeitas a relações jurídicas.

Diz Vanberg:<sup>26</sup>

Tanto na linguagem cotidiana quanto no discurso acadêmico, geralmente falamos de entidades coletivas, como empresas, associações voluntárias, partidos políticos ou governos, como se fossem unidades que agem e tomam decisões, tal como os seres humanos o fazem. Dizemos, por exemplo, que os governos tomam medidas, que as empresas seguem estratégias ou que as universidades decidem sobre determinados cursos de ação, como se os governos, as empresas ou as universidades tivessem uma capacidade que normalmente atribuímos aos indivíduos, ou seja, a capacidade de escolher e agir. A questão de quanta importância devemos dar a esse uso da linguagem sempre foi uma questão central na controvérsia entre os defensores e os oponentes do princípio do individualismo metodológico.

---

26. Vanberg, Viktor J. em “Las organizaciones como sistemas constitucionales”, publicado em “Libertas”, edição semestral de ESEADE, nº 31, Outubro 1999, Ano XVI, Buenos Aires, páginas 153 a 155.

Alguns defensores do individualismo metodológico apresentaram argumentos como se acreditassem que sua posição metodológica exige a negação categórica de que essa linguagem não pode ser nada mais do que uma metáfora e ser usada apenas como uma abreviação conveniente para o que, de outra forma, deveria ser apresentado em uma linguagem mais complexa. Tomar essa linguagem literalmente como se os “atores coletivos” realmente existissem é cair na falácia de atribuir existência real aos conceitos coletivos de nossa linguagem. Os oponentes do individualismo metodológico, por outro lado, tendem a insistir que essa linguagem não é meramente metafórica e que entidades coletivas, como empresas ou governos, são de fato “atores reais”. De acordo com esse ponto de vista, é precisamente a incapacidade do individualismo metodológico de lidar com esse aspecto da realidade social que o torna um princípio orientador inadequado da teoria social (citando Etzioni 1974:87, 95 e seguintes).

Vanberg também argumenta que “os oponentes do individualismo metodológico têm razão ao insistir que não se trata apenas de uma linguagem metafórica quando falamos de decisões e ações de empresas, associações, governos e outras organizações. Ou seja, as organizações podem, de fato, ser corretamente consideradas unidades decisórias atuantes ou, tomando de empréstimo a expressão usada por James S. Coleman (1974; 1990), como atores corporativos. No entanto, acrescentarei também que seria errado concluir que devemos ‘abandonar o individualismo metodológico’ (Schmitt e Marwell, 1977:176) se quisermos considerar as organizações como atores em seu próprio direito. Suponho que uma adequada teoria das organizações representa ‘atores corporativos’ em mais de um sentido metafórico e tem que mostrar como esse fato pode ser acomodado com base na metodologia individualista”. Esclarece o investigador que devemos

“distinguir cuidadosamente entre dois tipos de conceitos coletivos, tais como aqueles que se referem a entidades coletivas organizadas, como empresas, universidades ou governos, e aqueles que se referem meramente a categorias estatísticas ou construções conceituais, como “os desempregados”, “os intelectuais”, “a classe trabalhadora” ou “a humanidade”. Contrariamente ao exposto, esses últimos simplesmente não existem como unidades organizadas, equipadas com uma aparelhagem para a ação estabelecida”.

No plano do direito, são-nos apresentados grupos ou organizações estruturais ou sistemas de direito que não só atuam como “pessoas jurídicas”, mas se apresentam em outros setores do Direito Privado, como, por exemplo, os “contratos associativos” ou os fundos fiduciários ou os fundos comuns de investimento; eles são organizações coletivas que não têm personalidade jurídica, mas que, de algum modo, aparecem coesas no direito como uma unidade operacional e jurídica.

Concluimos dizendo que essas questões estão apenas começando a ser abordadas. Mas já podemos perceber que as organizações empresariais não são estruturas totalmente jurídicas, visto que possuem elementos jurídicos juntamente com elementos econômicos, da ciência da administração, de teoria organizacional, entre outros.

Anteriormente, a mudança iniciada no Direito italiano, em 1942, foi seguida por outras consubstanciadas no direito privado que admitia Códigos unificados (Brasil, Peru, Paraguai) e a empresa era tratada de forma muito interessante na Constituição do Peru. A alteração argentina, unificando os direitos privados civil e comercial, é ousada e pretende ser o caminho definitivo, objetivando obrigar os juristas a abandonar a divisão do direito privado e a considerá-lo uma unidade.

Já existem iniciativas para fazer alterações no Código Civil y Comercial de la Nación, porque está claro que ele precisa ser ajus-

tado. Mas também é certo que esse será um caminho sem volta, já que a unificação, que é aperfeiçoável e precisa de ajustes, é, na Argentina, um futuro definitivo.

## BIBLIOGRAFIA

- CAO, Christian Alberto, “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de, “Tratado de direito comercial brasileiro”, Actualizado por Ricardo Negrão, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1.
- CHULIÁ, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edición del autor, Valencia 1982.
- CRACOGNA, Dante, “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, Buenos Aires, 2013.
- IRUJO, J. M. Embid, “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica”, en Foro de derecho mercantil, enero — marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013.
- ETCHEVERRY, R. A., “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes”. *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1992.
- GALGANO, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978.
- GARRIGUES, J., “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1.
- GHERSI, C. A.; WEINGARTEN, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- HEERS, Jacques, “Historia de la Edad Media”, Editorial Labor SA, Barcelona 1984, 3ra. Edición.
- LEUBE, Jorge Jiménez, “Buen gobierno y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada””, en *Vis iuris, Universidad Sergio Arboleda*, vol. 1, nº 1 enero-junio de 2014, Colombia 2014.

- MENCÍA, J. Juste, “Factor de comercio, gerente de empresa, director general”, Real Colegio de España, Bolonia 2002, *passim*.
- MAJO, J. O. Llebot, “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996.
- MITRE, Emilio, “Historia de la Edad Media en occidente”, Ediciones Cátedra SA, Madrid 1995.
- MORISSETTE, Ives-Marie, “Les caractéristiques classiquement attribuées á la common law, en Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée, Julio-septiembre 2013, nº 3.
- NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, “Código Civil comentado”, ed. Revista dos Tribunais, 2006, 4ta. edición.
- TOMAZATTE, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas SA, Sao Paulo, 2008, vol I.
- VANBERG, Viktor J., “Las organizaciones como sistemas constitucionales”, publicado en “*Libertas*”, edición semestral de ESEADE, nº 31, Octubre 1999, Año XVI, Buenos Aires.





# VISÃO DA EMPRESA FAMILIAR NO NOVO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA ARGENTINA

*Gabriela Pamela Butti<sup>1</sup>*

## 1. A EMPRESA FAMILIAR E O CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA REPÚBLICA DA ARGENTINA

### 1.1 A Empresa Familiar. Definição. Valores da Empresa Familiar

Como já se tem sustentado, considera-se que há “Empresa Familiar”, para além das diversas definições, mais ou menos estritas ou amplas, quando os integrantes de uma família dirigem, controlam e são proprietários de uma empresa, a qual constitui seu meio de vida, e têm a intenção de manter tal situação no decurso do tempo.<sup>2</sup>

1. Advogada formada na Universidade de Buenos Aires. Diploma de honra, docente da Universidade de Buenos Aires, mestra em “Direito Comercial e dos Negócios” (UBA).
2. Serna Gómez, Humberto y Suárez Ortiz, Edgar “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento”, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Pág. XIII e com outros dados Monreal Martínez, Juan e outros “La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial”, Ed. Civitas, Madrid, 2002. p. 39.

A empresa familiar tem os valores da família, que é o pilar da sociedade, e os valores da empresa, que é a que produz riqueza. Além disso, tem uma enorme importância econômica, social e moral reconhecida em todo o mundo e, quando devidamente organizada, apresenta um grande poder que a torna mais bem-sucedida que as empresas não familiares.<sup>3</sup>

No âmbito social, as empresas familiares são mais consistentes, já que, por seu caráter de permanência, suportam melhor as crises econômicas, tendem a gerar mão de obra intensiva e estável e a realizar investimentos em longo prazo sem a compulsão de ganhos imediatos.<sup>4</sup> Por seu lado, a importância ética da empresa familiar é evidente e resulta dos próprios valores da família: afeto, união, confiança, proteção, educação, transmissão cultural, esforço e solidariedade.

## 1.2 Estatísticas sobre Empresas Familiares. Situação atual

Dessa forma, as empresas familiares são de enorme importância e amplamente reconhecidas em outras partes do mundo. Na verdade, a importância econômica das empresas familiares é o resultado de seu alto grau de participação nas economias de diversos países. O observatório da PYMI (Pequena e Média Empresa Industrial) da Argentina fornece dados que indicam que 71% são empresas familiares, 90% direcionam suas vendas ao mercado interno e 10%, ao mercado internacional. Há uma considerável concentração regional, seja de vendas do mercado interno, seja de exportações: 53% das

---

3. Serna Gómez, Humberto y Suárez Ortiz, Edgar “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento”, cit. p. 33.

4. Dodero, Santiago “El secreto de las empresas familiares exitosas”, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2008, p. 17.

vendas internas se concretizam na província de origem. Atualmente, o percentual das vendas externas em nosso país tem diminuído em virtude das políticas de comércio exterior.

Neste sentido, ainda que as avaliações não coincidam entre os autores e as medições variem por ano, pode-se afirmar que os percentuais das empresas familiares sobre o total de empresas existentes são os seguintes: Itália 99%; EUA 96%; Suíça 88%; Reino Unido 76%; Espanha 71%; Portugal 70%; Argentina 70%; Colômbia 68%.<sup>5</sup>

A empresa familiar é tão importante dentro da economia de um país, que saber que um bem ou serviço é produzido por esse tipo de empresa inspira tradição, confiança e qualidade.

Esse é o caso das empresas familiares que conhecemos hoje: na Argentina, Grupo Arcos (alimentos), Café Cabrales, Vitamina (têxtil), Loma Negra (cimento), Molinos Río de La Plata (alimentos).<sup>6</sup> No âmbito ibero-americano, importantes desenvolvimentos de doutrina e práticas contratuais sobre empresas familiares (protocolos) podem ser encontrados no México e em outros países.

Em particular, devem-se destacar os casos da Colômbia e da Espanha, países onde, além de se legislar um tipo social propício, regulamentou-se sobre a publicidade dos “protocolos de empresa familiar” mediante três diferentes formas de inserção no registro comercial.

Por seu turno, a Itália legislou o trabalho e a propriedade dos familiares na “sociedade tácita familiar” (empresa familiar de fato) e, ademais, reconheceu a possibilidade de “pactos de família”, mediante os quais o empresário transfere o patrimônio, ou o titular das partes sociais o faz, para um ou mais descendentes, com o consentimento do seu cônjuge e dos outros herdeiros, permitindo uma ordenada

---

5. Ángel, María Eugenia. Projeto de Pesquisa. La importancia de la empresa familiar en el sector industrial – Departamento de Ciencias Económicas, Universidad de la Matanza. Argentina. Ano 2009.

6. Folle, Carlos. Gobierno y sucesión en la empresa familiar latino-americana.

sucessão na empresa familiar, o que de forma similar legislaram a França<sup>7</sup> e a Espanha.<sup>8</sup>

### 1.3 A Empresa Familiar no Código Civil e Comercial Argentino. A Necessidade de Regulamentar Questões Especiais. Perspectiva do direito de família e sucessório

O Código Civil e Comercial não inclui legislação especial sobre empresas familiares que regule, por exemplo, seu reconhecimento, a definição legal, a regulamentação do protocolo da empresa familiar com sua publicidade, a falta de planejamento sucessório, a entrada de novos sócios etc.

Na ausência de uma legislação que atenda às necessidades específicas das empresas familiares, há a necessidade de procedimentos e ferramentas que proporcionem a sustentabilidade adequada de modo a possibilitar sua continuidade e evitar as altas taxas de mortalidade, especialmente quando passadas para a próxima geração.<sup>9</sup>

O momento mais difícil para uma empresa familiar é quando seu fundador falece e não há outra pessoa preparada para substituí-lo. Começa então a guerra dos filhos pela administração da empresa, muitas vezes não conhecendo sua forma de gestão e não tendo condições perpetuá-la. Essas são situações capazes de pôr um fim nesse tipo de empresa.

Na Argentina, o nível de subsistência na mudança de geração é o seguinte: 30% chegam à segunda geração e 9%, à terceira geração. O restante desaparece.

---

7. Na França, a legislação consta da Lei nº 2006/728, de 23 de junho de 2006.

8. Na Espanha, o art. 1.056 do Código Civil foi alterado, tendo sido encontrada uma solução semelhante.

9. Favier Dubois (h), E.M. (Director) “El Protocolo de la empresa familiar, elaboración, cláusulas y ejecución” Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

Essas porcentagens são melhores nos países anglo-saxões e europeus, cuja maioria conta com protocolos de trabalho.<sup>10</sup>

Em suma, a família empresária deve ser capaz superar os conflitos entre família e empresa, estruturar-se, profissionalizar-se, criar seus órgãos de gestão corporativa (conselho administrativo) e familiar (conselho familiar),<sup>11</sup> articular um plano de sucessão da gestão e da propriedade e firmar um acordo familiar ou “protocolo de empresa familiar”,<sup>12</sup> visto que esse progresso nos níveis gerencial e familiar é o que garantirá a continuidade da empresa, acompanhado de um contexto legal favorável a sua subsistência, desenvolvimento e maior produtividade.

## 2. CONCEITOS RELACIONADOS A EMPRESAS FAMILIARES, DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO SOCIETÁRIO. CONTEÚDO ASSOCIADO AO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL NACIONAL UNIFICADO DA ARGENTINA

*Esther Noemí Smitteaar<sup>13</sup>*

### 2.1 O que é uma empresa familiar?

É verdade que não existe um conceito unívoco. No entanto, cabe destacar que é evidente que a empresa familiar apresenta pelo menos

10. Ver também a doutrina publicada no *site* do Instituto Argentino de la Empresa Familiar: [www.iadef.org](http://www.iadef.org).

11. Favier Dubois (h), E.M. (Director) Y Graciela Medina “Empresa, Familia. Proyecto de incorporación al Código Civil”, Rev. de derecho de familia y las personas, Editorial La Ley, Buenos Aires, año IV, nº 1 janeiro-fevereiro 2012, pág. 4 e ss.

12. Favier Dubois (h), E.M. (Director) “El Protocolo de la empresa familiar, elaboración, cláusulas y ejecución” Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

13. Advogada formada na Universidade de Buenos Aires. Docente na Universidade de Buenos Aires.

dois elementos objetivos e interligados: a existência de uma família ou de um grupo familiar e a existência de uma empresa.

Ou seja, trata-se de uma empresa, qualquer que seja a sua forma jurídica, que é de propriedade de um grupo familiar que a conduz ou controla e faz dela o seu meio de subsistência. A esses elementos objetivos se poderia acrescentar um elemento subjetivo: a intenção de manter a participação familiar na empresa e de que esta seja o sustento da família.

Os autores que abordaram o conceito de empresa familiar formularam várias definições que podem ser classificadas como amplas, intermediárias e restritivas.

Em sua definição mais ampla, para que uma empresa seja considerada familiar, basta que as decisões estratégicas estejam sob o controle dos membros da família e que haja um desejo explícito de que esse controle perdure no futuro (Poder Político).

Na definição intermediária, o fundador e seus descendentes não apenas controlam a empresa e as decisões estratégicas, mas também têm algum envolvimento direto na execução dessas estratégias (Poder Político + Gestão).

Em terceiro lugar, na definição restritiva, são consideradas empresas familiares apenas aquelas nas quais várias gerações de uma determinada dinastia familiar têm controle e presença ativa na gestão e, portanto, a participação da família nos vários níveis de gestão e execução é muito intensa (Poder Político + Gestão + Propriedade).<sup>14</sup>

Conceitualmente, a empresa familiar implica a abordagem dos problemas decorrentes da inter-relação entre a família e a empresa, das suas sinergias e dos conflitos decorrentes de valores di-

---

14. Galve Ortiz y Salas Fumás “La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados” (Madrid, Fundación BBVA, p. 23) citado por Pita Grandal, Ana María “Cuestiones Tributarias de la Empresa Familia”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 20.

ferentes (solidariedade *versus* competitividade; igualdade *versus* lucratividade).<sup>15</sup>

Em uma empresa familiar, coexistem vários interesses, cada um deles digno de proteção: os dos pais, fundadores, cônjuges, filhos, parentes consanguíneos, sogros, administradores, funcionários, acionistas, fornecedores, clientes, seus credores e seus sucessores. Essa complexidade de interesses faz que, modernamente, o fenômeno da empresa familiar seja analisado não sob o esquema da teoria dos dois círculos da “família-empresa”, mas pelo conceito dos três círculos da “família-empresa propriedade”. De qualquer forma, a manutenção da empresa familiar está ligada à manutenção da família e à sua ideia de continuidade.

## 2.2 Pontos fortes e fracos nas empresas familiares

Entre os pontos fortes das empresas familiares, em comparação com as empresas não familiares, a doutrina destaca a unidade de objetivos e o maior comprometimento dos seus membros, a confiança recíproca e a troca de conhecimentos; a flexibilidade no trabalho, nos horários, na dedicação e nas exigências remuneratórias; o planejamento de objetivos em longo prazo; a estabilidade de cultura e estrutura; a rapidez na tomada de decisões; além do orgulho e da confiabilidade de a ela pertencer.<sup>16</sup>

Mas o que são pontos fortes, a partir de determinado momento, pode se transformar em pontos fracos que, portanto, geram conflitos muito difíceis de serem superados.

15. “El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia” em coautoría com Oscar D. Cesaretti em “Jornadas Nacionales de Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Ed. FPIYDCJ y FJM, Bs.As., 2007, p. 405.

16. Cuesta Lopez, Jose Valeriano “Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar”, Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia 2001, p. 29.

Nesse sentido, foram apontadas, em primeiro lugar, fragilidades de tipo “familiar”, como a existência de um modelo monárquico, os conflitos pessoais entre pais, filhos e irmãos, as repercussões do comportamento indecoroso de algum membro e a confusão entre subordinação familiar e empresarial.

Destacam-se também, em segundo lugar, as fragilidades “empresariais”: a existência de um fundo único para a empresa e para a família, a falta de uniformidade e clareza nas contas privadas, o desempenho inadequado dos familiares empregados, um estilo de gestão patriarcal, uma atitude refratária à modernização, o medo de investimentos de não familiares, as tensões entre funcionários familiares e não familiares e uma tendência à estagnação do crescimento.

A essas fragilidades juntam-se, em terceiro lugar, outras de natureza “patrimonial”, ligadas à transmissão das ações e à remuneração de capitais, como a falta de um planejamento adequado na matéria, a concentração de riscos, uma política não equitativa de distribuição de dividendos e barreiras à saída de familiares da sociedade.

Por último, registram-se também as fragilidades na “forma jurídica”, quer por ter uma estrutura jurídica inadequada à sua dimensão, quer por não separar o patrimônio familiar do patrimônio empresarial, quer pelo fato de as participações dos pais terem sido transmitidas aos filhos ainda em vida e, em suma, por não se ter planejado adequadamente a sucessão do controle acionário e dos cargos de direção.<sup>17</sup>

## 2.3 Conceitos importantes da empresa familiar

A empresa familiar está intimamente ligada ao direito de família, que é de ordem pública, já que se encontra associado a ela: o regime eco-

---

17. Cuesta Lopez, Valeriano, Op. Cit. P. 61.



nômico material, relações patrimoniais que se originam das uniões de fato e o direito sucessório.

a) A família:

Um conceito jurídico proporcionado por Eduardo Zannoni, reconhecido jurista argentino: “É o conjunto de pessoas entre as quais existem vínculos jurídicos interdependentes e recíprocos, emergentes da união sexual, da procriação ed o parentesco”.

b) Vínculo familiar:

O núcleo familiar compreende três outros núcleos:<sup>18</sup>

1. Vínculo Biológico: É o produto da lei natural, o componente principal da instituição familiar, e determina os laços em relação a pais e filhos.
2. Vínculo Jurídico: Constitui o elemento secundário do vínculo familiar. Demanda a existência prévia do biológico, que pode ser reconhecido legalmente.

Esse vínculo tende a regulamentar o biológico, portanto regulamentará a união de casais, o casamento ou união estável.

3. Vínculo Familiar: É o vínculo que une os integrantes da família, que descendem de um mesmo tronco e estão unidos por laços sanguíneos, afinidade ou adoção.

O Código Civil e Comercial rege-se pelos artigos 529 a 536.

Os laços familiares são os mais importantes que existem, mesmo que as relações conjugais se desfaçam, se houver descendentes, sempre haverá uma ligação. No caso das empresas familiares, de-

18. Díaz de G, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tipografía editora Argentina. Buenos Aires. Año 1953.

ve-se preservar o negócio, ainda que haja separações ou conflitos emocionais, pois o interesse social deve prevalecer.

## 2.4 Normas aplicáveis à empresa familiar

A empresa familiar não é regulamentada como tal no novo Código Civil e Comercial unificado nem em qualquer outra legislação nacional, e tampouco constitui um tipo social específico na legislação de sociedades comerciais. Portanto, como não possui regulamentação especial, as regras comuns do direito privado e do direito público lhe são aplicáveis em relação a seus membros, estruturas e atividades.

Embora não haja artigos específicos sobre essa questão, há uma série de novas disposições que permitem aprimorar a estrutura jurídica a fim de evitar conflitos, fortalecer as empresas e dar-lhes continuidade.

Sociedade entre cônjuges: Pelo novo Código, é permitido qualquer tipo de sociedade entre cônjuges, e não apenas uma sociedade anônima ou uma sociedade de responsabilidade limitada.

O casal pode optar pelo regime de separação de bens, que terá impacto na empresa de um deles. Isso implica que cada cônjuge mantém as livres administração e disposição de seu patrimônio pessoal e é responsável por suas dívidas.

No caso de dois sócios em concubinato ou união estável, o novo código estabelece efeitos para casos cuja convivência seja superior a dois anos.

Além disso, é permitido estabelecer pactos de convivência sobre alguns bens adquiridos em conjunto.

Forma societária: As empresas familiares deverão adaptar sua estrutura legal. Adequar-se às sociedades de fato ou civis. Se forem sociedades anônimas, terão de verificar se podem assumir a forma de uma empresa individual.

Se a estrutura da empresa familiar for pequena e ambos os cônjuges forem os fundadores, não é necessário ter uma sociedade de responsabilidade limitada ou uma sociedade anônima, mas se poderá adotar o sistema das sociedades simples.

As sociedades de fato são anuladas e substituídas por sociedades informais nas quais o contrato é plenamente oponível entre as partes e até mesmo a terceiros (essa é uma diferença importante com relação ao regime anterior).

Além disso, nas sociedades informais, a responsabilidade não é solidária, e sim conjunta (cada sócio é responsável por uma parte, e não por todo o passivo).

### 3. “OS CONFLITOS E SUA PREVENÇÃO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DO PAÍS”

*Noelia Ruiz*<sup>19</sup>

#### 3.1 Os conflitos e a profissionalização da empresa familiar

Dois aspectos fundamentais para a superação de conflitos e a profissionalização da empresa familiar são:

A instauração da administração corporativa e do protocolo familiar.

A administração corporativa (assembleia de acionistas, conselho de família e conselho administrativo) deve realizar reuniões periódicas em que estejam perfeitamente delimitadas as funções e os objetivos de cada setor, tudo com vistas a evitar um dos conflitos mais comuns das empresas familiares: o indivíduo, quando no comando

19. Advogada e docente da Universidade de Buenos Aires. Mestre em “Direito Comercial e dos Negócios” e em “Docência Universitária” (UBA). Bolsista da UBACyT.

da empresa, comporta-se como membro da família, e, na intimidade do lar, age como empresário.

É válido destacar que, quanto maior clareza houver nas funções e limites das pessoas que compõem a empresa, menor será a possibilidade de conflitos.

### 3.2 A administração corporativa

Deve responder às seguintes perguntas: Como vamos governar a empresa? Quantos diretores haverá no conselho? Quem os nomeia? Quais são os requisitos para ser diretor? Com que frequência se reúnem os sócios, os diretores e os gerentes? Quais informações essenciais os sócios precisam gerenciar? Que direitos têm os acionistas? Que obrigações? Quais são as responsabilidades dos diretores, dos gerentes, dos sócios? Quem organiza a Assembleia Familiar? Quem participa? Quantos conselheiros familiares, titulares e suplentes haverá? Etc.

Assim, em grande parte, o sucesso dependerá da boa coordenação entre o Conselho de Família e o Conselho Administrativo ou entre o Conselho Administrativo e a Assembleia Geral. É por causa dessa situação que muitas famílias empresárias “criam setores administrativos paralelos para tomar decisões com mais eficácia e reforçar a responsabilidade na gestão da empresa e nas relações familiares. A função do conselho é dirigir a empresa mediante a criação estratégias sólidas, controlar os resultados e garantir que haja uma liderança competente”.<sup>20</sup>

O Conselho Administrativo deverá:

---

20. Carlock, Randel S. y Ward, John L. “La excelencia en la empresa familiar”, Ediciones Deuto, Madrid, 2010, p. 217.

- Supervisionar para que a empresa cumpra seus objetivos;
- Participar do planejamento estratégico;
- Promover a união dos acionistas que fazem parte da família com a equipe de gestora;
- Assessorar e apoiar o alto comando;
- Representar os acionistas que não fazem parte da família, se os houver.

Por outro lado, o Conselho da Família deverá:

- Revisar e atualizar os protocolos familiares;
- Transmitir a missão, a visão e os objetivos da empresa aos membros mais jovens e aos funcionários;
- Criar, de forma permanente, um sentimento de pertencimento entre seus membros
- Buscar profissionalizar o máximo possível a empresa familiar;
- Mediar os conflitos familiares.

A Assembleia Geral, composta por familiares ou terceiros, terá como principal função fazer contribuições financeiras.

### **3.3 O protocolo da empresa familiar**

O protocolo é um documento com características legais que tende a regular as relações entre a família, a empresa e a administração, ou seja, a gestão diária, e a profissionalizar a família empresária sobre esses três eixos.

É necessário ressaltar que exige uma etapa prévia de reflexão e discussão na qual serão expostos os desafios empresariais a se superar, os possíveis conflitos que se apresentarão e, com base nisso, redigir as cláusulas que depois serão a solução no enfren-

tamento de situações de crise, sejam de caráter econômico, financeiro ou pessoal.

Assim, o protocolo terá uma dupla função: será um instrumento de prevenção e de solução. O documento é constituído, em geral, por um Prólogo, onde se definem a missão, a visão e os objetivos da Empresa e da Família, os valores existentes e os que a empresa se compromete a desenvolver. E, embora não exista um “modelo” para elaborá-lo, porque cada família é única, podemos dizer que um Protocolo de Empresa Familiar deveria regular pelo menos as seguintes questões:

- Determinar quais serão os setores administrativos da empresa familiar, quem os comporá e qual a periodicidade das reuniões;
- Estabelecer o regime de transmissão de ações e um sistema de escolha ou admissão dos acionistas fora da família;
- Planejar a sucessão do fundador ou da pessoa que toma as decisões;
- Estipular normas que assegurem o seu cumprimento;
- Acordar cláusulas de revisão e atualização do protocolo.

Em conclusão, saliento que seu poder obrigacional não é exclusivamente normativa, pois não decorre apenas da pressão ou coerção prevista no contrato, mas também de um elemento psicológico: a convicção de seus signatários, no momento da integração do protocolo, de que há uma necessidade imperiosa de cumprir seu conteúdo em benefício da continuidade da empresa e da própria família.

### **3.3.1 Conflitos: Prevenções previstas no novo Código Civil e Comercial**

Embora nosso Código Civil e Comercial (que entrou em vigor em 1º de agosto deste ano) não regule expressamente as empresas familia-

res, ele contém uma série de normas que confere uma estrutura legislativa favorável para prevenir conflitos e facilitar o planejamento patrimonial e sucessório em empresas familiares.

A esse respeito, deve-se observar que:

- a) Aumenta o valor do “Protocolo Familiar” ao conferir pleno efeito às suas cláusulas dispositivas entre as partes (membros da família que o assinam) e com relação a terceiros que delas tenham conhecimento (outros parentes, funcionários) por meio da regulamentação de “contratos sociais” (art. 1442 do CCCN).<sup>21</sup> Ou seja, como expressou o Dr. Favier Dubois (h) a esse respeito, o protocolo deve ser considerado um “contrato social”, pois é um instrumento “de colaboração”, bem como “de organização” e também “de participação”, com uma clara “finalidade em comum”.

Nesse mesmo sentido, e seguindo o conceito de “contrato social” que o Prof. Raul Aníbal Etcheverry nos ensinou em inúmeras ocasiões, seja por intermédio de sua doutrina ou nas salas de aula, não há dúvida de que o “protocolo familiar” é um contrato social, uma vez que tem uma compromisso plurilateral, visa a criar uma organização operacional, um sistema de desenvolvimento duradouro ao longo do tempo e distingue-se porque se destina a satisfazer um propósito comum, geralmente administrando um patrimônio também comum.

- b) Ao admitir a possibilidade de os filhos se casarem sob o regime matrimonial de “separação de bens”, permite manter

---

21. Art. 1.442. “Normas aplicáveis. As disposições deste Capítulo aplicam-se a qualquer contrato de colaboração, de organização ou de participação, com comunidade de finalidade, que não seja sociedade. A estes contratos não se aplicam as normas sobre a sociedade, não são, nem por meio deles se constituem, pessoas jurídicas, sociedades nem sujeitos de direito...”

- fora da propriedade da empresa familiar os sogros (genros e noras), o que implica que a propriedade sobre a empresa (ações ou cotas) que os pais dão aos filhos, incluindo dividendos, continuam a pertencer-lhes na íntegra, mesmo que se divorciem (art. 505 do CCCN). Nele, cada um manterá a livre administração e disposição de seus bens pessoais.
- c) Permite dar poder jurídico imediato ao plano de sucessão na propriedade da empresa familiar ao possibilitar que os herdeiros formalizem entre si um “pacto de herança futura” pelo qual, respeitando as legítimas sucessões, a empresa seja adjudicada apenas a quem nela trabalha e os outros bens aos demais, com eventuais compensações pecuniárias (art. 1010 do CCCN).
  - d) Também possibilita planejar melhor a sucessão da propriedade, já que aumenta o poder do fundador de dispor livremente de uma parte de sua herança, que passa de 20% para 33%, situação que lhe permite dar mais poder na empresa aos filhos mais comprometidos com o trabalho diário, gerando, assim, uma concorrência saudável (art. 2445 do CCCN).
  - e) Como ferramenta fundamental para a solução de conflitos, o Código regula a “arbitragem institucional”, enfatizando sua força legal, o que permite que todas as empresas familiares façam um acordo pelo qual os litígios entre os membros da família não sejam levadas aos tribunais do Estado, onde suas questões privadas são ampliadas e correm o risco de se tornarem públicas, mas sim a um órgão não oficial, de forma confidencial e com economia de tempo e custos (art. 1649 do CCCN).
  - f) Por fim, não tendo sido possível prevenir, gerenciar devidamente ou encaminhar os conflitos para o juízo arbitral, o Código estabelece que, nos casos de divórcio ou sucessão, quando



houver divisão de bens, a propriedade da empresa será atribuída preferencialmente pelo juiz àqueles que participaram de sua formação ou em favor dos mais capacitados para levá-la adiante (arts. 499 e 2380).

## 4. ALTERAÇÕES NO ASPECTO SOCIETÁRIO

*Sergio Bregliano<sup>22</sup>*

### 4.1 Inovações introduzidas pelo Código Civil e Comercial da Nação Argentina

É necessário começar assinalando que nossa legislação civil e comercial, que se encontrava concentrada em dois códigos — o Civil, de 1871, e o Comercial, de 1862, cada um com suas respectivas modificações e normativa complementar —, foi unificada em um corpo normativo — Lei nº 26.994 — que se encontra vigente desde o dia 1º de agosto do corrente ano.

Este corpo legal recebeu a abundante e extensa jurisprudência e doutrina nacional, como também se tem nutrido da moderna e nova legislação estrangeira.

Dentro desse novo Código, e em atenção à matéria que nos ocupa, de nítido corte comercial, aglutinaram-se, no que diz respeito à contratação, e particularmente entre os artigos 957 e 1091, as pautas atinentes à sua interpretação.

É fundamental destacar que o artigo 958 se manifesta sobre a liberdade que as partes possuem para contratar, assinalando expressamente que são livres para celebrar um contrato e determinar seu

22. Advogado, Universidade de Buenos Aires. Docente de Contratos Cíveis e Comerciais da Faculdade de Direito, UBA.

conteúdo, dentro dos limites impostos pela lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

O artigo 959 estende e consolida o efeito vinculativo do contrato, o qual, validamente celebrado, é obrigatório para as partes.

Por último, e nesse mesmo sentido, o artigo 962 estabelece que “...as normas legais relativas aos contratos são supletivas da vontade das partes, a menos que do seu modo de expressão, do seu conteúdo ou do seu contexto resulte o seu carácter indisponível...”

O que foi brevemente exposto em relação a esses três artigos que compõem o mais amplo conjunto de normas diretamente relacionadas ao tema dos contratos serve para antecipar que a primazia da autonomia da vontade das partes quanto à execução do contrato, no que diz respeito à criação e ao cumprimento das obrigações nos aspectos anterior, concomitante e posterior, está mais uma vez plenamente estabelecida e com mais força do que antes.

Isso se aplica ao relacionamento entre os cônjuges na esfera patrimonial, mais especificamente aos relacionamentos que se cristalizam no aspecto societário.

A unificação dos Códigos Civil e Comercial em um único corpo de normas não se esgotou em si mesma, mas, direta — anexos — ou indiretamente — adaptação de normas complementares —, incidiu na legislação, que, de forma relacionada e necessária, integra o panorama normativo completo da República Argentina.

No que se refere à matéria societária, foram introduzidas alterações no regime geral previsto pela Lei nº 19.550, que até a entrada em vigor do novo Código Civil e Comercial denominava-se Lei das Sociedades Comerciais.<sup>23</sup>

Entre as principais inovações nessa área, destacam-se as seguintes:

---

23. A Lei de Sociedades Comerciais passou a chamar-se, após a entrada em vigor do Código Civil y Comercial de la Nación, “Lei Geral de Sociedades”.

- (i) O conceito de sociedade é alterado<sup>24</sup>, passando ter a seguinte redação: “Artigo 1º. Haverá sociedade se uma ou mais pessoas, de forma organizada de acordo com um dos tipos previstos nesta lei, obrigam-se a fazer contribuições a serem aplicadas na produção ou troca de bens ou serviços, compartilhando os lucros e arcando com as perdas”.
- (ii) Fica estabelecido que a empresa individual — uma novidade em nossa legislação — só pode ser constituída como sociedade anônima.
- (iii) O conteúdo a ser incluído no instrumento de incorporação da respectiva empresa a ser criada é alterado, o que se encontra detalhado no novo artigo 11 da lei.
- (iv) Quanto ao regime aplicável, o novo artigo 22<sup>25</sup> estabelece que:

O contrato social pode ser invocado entre os sócios. É oponível a terceiros somente se for provado que esses tinham conhecimento efetivo dele no momento do contrato ou da criação da relação obrigatória e também pode ser invocado por terceiros contra a empresa, os sócios e os administradores.

24. O texto do artigo modificado estabelecia “ARTIGO 1º – Haverá sociedade comercial quando duas ou mais pessoas, de forma organizada, conforme um dos tipos previstos nesta Lei, se obriguem a realizar contribuições para aplicá-las à produção ou troca de bens ou serviços participando dos lucros e suportando as perdas.

25. Sobre a regularização, o antigo artigo 22 manifestava. – A regularização ocorre pela adoção de um dos tipos previstos nesta lei. Não se dissolve a sociedade irregular ou, de fato, continuando a sociedade regularizada nos seus direitos e obrigações; tampouco se modifica a responsabilidade anterior dos sócios. Qualquer dos sócios pode requerer a regularização mediante comunicação de todos os sócios, de forma confiável. A deliberação será tomada pela maioria dos membros, devendo ser concedido o instrumento adequado, cumpridas as formalidades do tipo e solicitado o registo no prazo de sessenta (60) dias a contar da recepção da última comunicação. Não obtida a maioria ou não solicitada ao final da inscrição, qualquer sócio pode provocar a dissolução a partir da data da decisão de indeferimento ou do vencimento do prazo, sem que os outros sócios possam exigir novamente a regularização.

- (v) O novo artigo 27 declara que “Os cônjuges podem firmar entre si sociedades de qualquer tipo e aquelas regulamentadas na Seção IV”.

A modificação anterior é a que mais interessa à nossa análise. O artigo anterior estabelecia:

[...] os cônjuges podem formar sociedades por ações e de responsabilidade limitada entre si.

Quando um dos cônjuges se torna sócio do outro cônjuge em uma sociedade de tipo diferente, a sociedade deverá ser formada dentro de seis (6) meses ou qualquer um dos cônjuges deverá transferir sua parte para outro sócio ou para um terceiro dentro do mesmo período.

Se os cônjuges contrariassem as disposições desse artigo, a penalidade seria a nulidade.

De acordo com a alteração mencionada, fica claro que o objetivo do legislador ao reformar esse aspecto crucial do direito societário foi ampliar de forma benéfica a gama de sociedades que podem ser estabelecidas em conjunto por ambos os cônjuges, incluindo aquelas listadas na Seção IV da lei.<sup>26</sup> Isso também está em vista das mudanças de natureza civil que, sem dúvida, ocorrem dentro da estrutura de uma sociedade.

O objetivo do artigo anterior refletia a vontade do legislador de limitar a responsabilidade dos cônjuges entre si, estabelecendo um critério delimitado, em que os cônjuges não seriam solidariamente responsáveis e cada um deles, em relação às dívidas contraídas na empresa, responderia por suas obrigações, sem que isso afetasse o pa-

---

26. Na SEÇÃO IV estão aquelas empresas que não são regularmente constituídas.

trimônio geral do outro, que não necessariamente se refletiria integralmente nos bens e fundos que os cônjuges integrassem na sociedade.

Para esclarecer a posição normativa citada, é necessário indicar que o que a lei não permitia — daí o caráter proibitivo em termos de alcance da constituição de sociedades além das duas que autorizava, cujo descumprimento era sancionado com a nulidade — era que os atos praticados por um dos cônjuges afetassem o regime de responsabilidade previsto no artigo 5º da Lei nº 11.357, que estabelecia que “os bens próprios da mulher e os bens comuns que ela adquirisse não respondem pelas dívidas do marido, nem os bens próprios do marido e os bens comuns que ele administrar respondem pelas dívidas da mulher”.

Assim, o que se buscava por meio da proibição dos artigos revogados era que os cônjuges não estivessem sujeitos a um regime societário de responsabilidade solidária ilimitada que afetasse o regime de responsabilidade do ordenamento legal mencionado.

O novo regime rompe claramente essa proibição com base nas modificações que foram introduzidas em matéria civil, que permitem que os cônjuges façam acordos prévios válidos sobre como devem administrar e dispor de seus bens, tanto os que trouxeram para o relacionamento conjugal quanto os que adquiriram durante a vigência do casamento.

Ao abordar essa questão, o artigo 429 do novo Código Civil e Comercial estabelece que “ao cônjuge de boa-fé é concedido o direito de: exigir a demonstração das contribuições para fins de divisão proporcional dos bens, como se fosse uma sociedade não constituída regularmente”. Isso quando estiverem sujeitos ao regime de comunhão de bens.

Por fim, a importância dessa questão não pode ser negligenciada à luz do previsto pelo novo artigo 717 do Código Civil e Comercial

em relação à competência, que estabelece que “...se a insolvência ou falência de um dos cônjuges tiver sido declarada, fica estabelecida a competência do juiz do processo coletivo para a liquidação do regime de bens do casamento”.

Uma decisão recente estabeleceu que se deve aguardar a conclusão do processo de insolvência de uma sociedade de fato e de seus cônjuges para depois determinar a liquidação da sociedade conjugal.<sup>27</sup>

O conflito surge quando, apesar da possibilidade de os cônjuges formalizarem uma parceria de fato, os sócios têm dívidas pessoais diferentes daquelas da sociedade e o sistema da sociedade conjugal é baseado, conforme mencionado, em um esquema de responsabilidades separadas.

Retornando ao esquema inicial, pode ser que, no contexto da autonomia da vontade, e dentro do processo, os cônjuges admitam que todos os bens estejam aditados pelo processo universal, com todas as obrigações sendo assumidas em conjunto, e não em caráter pessoal. Isso estaria de acordo com a teoria dos atos próprios, que impede a desconsideração de situações jurídicas anteriores que serviram de base ou fundamento para o desenvolvimento da sociedade, fortalecendo, os princípios motivadores ao contrato.

Sempre se deve ter em conta o procedimento de prestação de contas, o que pode ocorrer de forma inicial, e ser aprovado pelo outro cônjuge, ou de forma avançada dentro do processo, já em instância de liquidação.

---

27. C. S. B. C/ A. R. A. S/ “Liquidación de sociedad conyugal” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) – 14-07-2015.

## 5. SUCESSÕES E EMPRESA FAMILIAR NO NOVO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL UNIFICADO ARGENTINO

*Paula Bermejo<sup>28</sup>*

O novo Código Civil y Comercial Unificado de la Nación (CCCUN) incorpora ao direito argentino um novo princípio em matéria sucessória: a proteção da empresa familiar. Fá-lo mediante a recepção legislativa — como exceção — da possibilidade de realizar acordos de sucessão futura, do estabelecimento de um regime de copropriedade forçada e da redução da legítima, o que incrementa as faculdades para dispor livremente de seus bens.

Esse novo valor em matéria sucessória está relacionado com o art. 14 bis da Constituição Nacional, que afirma que “a lei estabelecerá a proteção integral da família”, que, na nova codificação unificada, também se manifesta no fato de regular várias formas de proteção à família.

### 5.1 Acordos sucessórios futuros

No Código Civil y Comercial de la Nación se mantêm as fontes de vocação sucessória que estavam previstas no Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield. Assim, somente é possível gerar vocação sucessória por meio da lei e do testamento, não havendo a possibilidade de sucessão por meio de contrato.

Apesar disso, o artigo 1.010 do CCCN — que se encontra metodologicamente na parte que regula os contratos em geral —, após uma contundente proibição geral de celebrar acordos cujo objeto seja a sucessão — conforme regulado pelo revogado artigo 1.175 do Código Civil de Vélez Sarsfield —, flexibiliza esse princípio e estabelece

28. Advogada formada pela Universidade de Buenos Aires. Professora da Universidade de Buenos Aires. Mestra em “Direito Comercial e Empresarial” (UBA) e bolsista UBACyT.

expressamente a possibilidade de celebrar esses acordos no caso de exploração produtiva ou de participações societárias.<sup>29</sup> O objetivo da admissão desses acordos é expressamente mencionado na norma em análise: a conservação da gestão empresarial e a preservação e resolução dos conflitos nas empresas familiares. Em outras palavras, a regra geral atualmente presente no direito sucessório argentino é a proibição de celebrar acordos sucessórios futuros, os quais, se celebrados, serão absolutamente nulos (conf. 387 C.C.C.N.C.), enquanto a exceção a essa proibição se dá quando o objeto é uma exploração produtiva ou participações societárias.

De acordo com Graciela Medina, podemos definir os acordos sucessórios futuros como “a convenção pela qual o *de cuius* organiza sua sucessão com outras pessoas ou estipula se, durante a vida do *de cuius*, transferem ou abdicam de direitos ou se comprometem a administrar e resolver conflitos futuros relacionados com uma empresa”.<sup>30</sup>

### 5.1.1 Posições sobre regulamentação

A possibilidade de realizar futuros acordos sucessórios expressamente prevista no segundo parágrafo do art. 1.010 do C.C.C.N. gerou duas posições doutrinárias opostas.

I.- Por um lado, um setor da doutrina se opõe à incorporação desses acordos, considerando-os imorais por especularem sobre a morte

---

29. Art. 1.010 C.C.N. Sucessão. A sucessão não pode ser objeto de contratos nem de eventuais direitos hereditários sobre objetos particulares, com exceção do disposto no parágrafo seguinte ou de outra disposição legal expressa.

Os contratos relativos a uma exploração produtiva ou a participações societárias de qualquer tipo, com vista à conservação da unidade da gestão empresarial ou à prevenção ou resolução de conflitos, podem incluir disposições relativas a futuros direitos hereditários e prever compensações a favor de outros legítimos. Esses contratos são válidos, independentemente de serem ou não parte do futuro causador e seu cônjuge, se não afetarem a legítima hereditária, os direitos do cônjuge nem os direitos de terceiros.

30. Medina, Graciela; “Pactos sobre herencia futura”; 13/10/2015. Tomo La Ley 2015-E.



de uma pessoa e alertando que podem afetar a igualdade dos sucessores e os direitos legítimos a que fazem jus.<sup>31</sup> Há, inclusive, quem chegue ao ponto de argumentar que, com a regulação recentemente sancionada, estar-se-ia criando um “novo ordenamento moral”.<sup>32</sup>

Também se consideram esses acordos inúteis e ineficazes, uma vez que o *de cuius* sempre pode dispor livremente de seus bens em vida, o que pode tornar ilusória qualquer expectativa dos herdeiros. Dessa forma, os acordos sobre herança futura realizados por terceiros (herdeiros legitimados presuntivos) estariam sujeitos a uma álea e, portanto, seriam ineficazes, sendo até mesmo inconveniente regulamentá-los.

Essa crítica foi contestada por Graciela Medina, que considerou que, embora esses acordos, quando feitos por terceiros, estejam sujeitos a que o *de cuius* não disponha de seus bens antes de sua morte, isso não o torna menos útil, pois, caso contrário, todos os contratos sobre direitos contingentes perderiam sua utilidade. Além disso, essa aparente ineficácia dos acordos sucessórios só pode ser observada quando são realizados por terceiros, mas não quando é o *de cuius* que se compromete de forma irrevogável por meio de um ato entre vivos e seu descumprimento gera responsabilidade.

Da mesma forma, aqueles que se manifestam contra esses acordos consideram que, em vez de facilitarem o tráfego comercial, dificultam-no. Dessa forma, entendem que, por meio de intervenção da ordem pública econômica, pode-se atentar contra o liberalismo criando-se uma regulação que tende à proteção do mais fraco e ao interesse geral.

Por fim, aqueles que criticam esses convênios consideram que seria conveniente garantir a intangibilidade do direito ao testamento

---

31. Córdoba, Marcos; “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”; RDFyP; La Ley 11-2014.

32. Nesse sentido se pronunciam Córdoba e Laje em: Laje, Alejandro; “Pactos sobre herencia futura”; en RDFyP; La Ley 4-2014 y Córdoba, Marcos; Op. cit.

para que possam ser realizados acordos de última vontade com possibilidade de revogação, e não acordos em que o desejo é irrevogável.

II.- Ao contrário, há quem considere que esses acordos de sucessão futura podem ser muito úteis para a organização da empresa familiar.<sup>33</sup>

A incorporação de futuros acordos sucessórios na nova legislação tem como objetivos a preservação e a transferência da empresa para os membros da família, e não a busca de lucro. Embora seja verdade que a mera especulação sobre os bens de uma pessoa viva seja imoral, não se deve perder de vista o fato de que esses acordos não visam a essa especulação, posto que sua razão de ser está na continuação da empresa e na preservação dos conflitos entre herdeiros e sucessores, preservando a fonte de emprego dos funcionários da empresa e, de forma mais geral, a liberdade econômica.

III – De nossa parte, concordamos com Lucchini Guastalla<sup>34</sup> ao considerarmos que as empresas familiares são referências da realidade econômica de cada país e que, como tais, quando são objeto de sucessão, interessam não apenas aos herdeiros, mas também à sociedade como um todo, pois geram fontes de emprego. É importante a utilização desses acordos para garantir a continuidade da empresa familiar, especialmente considerando-se que 80% das empresas na Argentina são familiares e que, com a transferência para as gerações seguintes, a empresa vai à falência devido à incorporação de pessoas que não fizeram parte da fundação ou que não integram o grupo familiar ou porque a administração é deixada nas mãos daqueles que não se esforçaram na criação e não presenciaram os esforços dos fundadores.

---

33. Entre outros prestigiosos doutrinadores: Dubois, Eduardo Favier (h), “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”; Revista de Derecho Societario y Concursal; Errepar; Buenos Aires; 21/11/2014; Medina, Graciela, op cit.

34. Lorenzetti, Ricardo L.; Código Civil y Comercial Comentado; Rubinzal Culzoni; Buenos Aires; 2015; p 739.

O que se procura privilegiar com a admissão desses acordos é a conservação da unidade econômica, simplificando a forma como se transfere a empresa familiar sem que se produzam conflitos familiares e, dessa forma, ajuda-se a reduzir o elevado número de litígios que se produzem na Argentina em matéria sucessória.

### 5.1.2 Objeto dos acordos

O segundo parágrafo do art. 1.010 do C.C.C.N. é claro quando autoriza exclusivamente a realização desses acordos em apenas dois casos: quando se trata de uma exploração produtiva, entendida não desde um sentido jurídico, mas como empresa familiar, com ou sem organização societária, ou quando recai sobre participações societárias de qualquer tipo, quer sobre ações, quer sobre cotas sociais destinadas a evitar a sua venda ou a sincronizar a atuação dos acionistas sem chegar a uma sindicância de ações.

### 5.1.3 Finalidade e métodos alternativos para a resolução dos conflitos familiares

O artigo 1.010 do CCCN refere-se expressamente ao objetivo contratual dos acordos sucessórios futuros quando afirma que estes têm em vista “a conservação da unidade da gestão empresarial ou a prevenção ou resolução de conflitos”.

Assim as partes, por intermédio desses acordos, podem pactuar diversas formas de resolução de litígios pela mediação e pela arbitragem, estabelecer qual será o direito aplicável quando se submeta a questão a arbitragem, a quantidade e a forma de designação dos árbitros envolvidos, a sede da arbitragem etc.

Aqui também se observar que aqueles que consideram esses acordos de sucessão imorais e contrários aos bons costumes e à trans-

ferência de bens *mortis causa* relutam em usar esses métodos alternativos de resolução de conflitos, enquanto aqueles que têm uma visão positiva dos acordos veem a mediação e a arbitragem como duas áreas favoráveis para a prevenção e resolução de conflitos na empresa familiar, e o fato de prevenir esses conflitos contribui para a preservação e a continuidade da empresa familiar.

Favier Dubois (h) enfatiza que a prevenção de conflitos pode ser alcançada por meio do uso de “protocolos familiares”, cuja elaboração envolve um processo de comunicação intrafamiliar e o resultado se reflete em um código de conduta para a família dentro da empresa, que estabelece os limites de separação entre uma e outra e, por outro lado, tende a manter a propriedade empresarial dentro da esfera familiar, possibilitando uma transmissão ordenada da sucessão na propriedade e na gestão e uma profissionalização desta.<sup>35</sup>

Há alguns anos, a doutrina especializada do país vem enfatizando a importância de promover métodos não adversos de resolução de conflitos por meio da negociação colaborativa e a necessidade de contar com mediadores e assistentes especializados.<sup>36</sup>

#### 5.1.4 Partes, ordem pública e envolvimento de direitos de terceiros

Como já referido, esses acordos podem ser celebrados entre o *de cuius* e os seus herdeiros, apenas entre herdeiros ou entre o *de cuius* e o cônjuge. Em todos os casos não se pode aditar o bem legítimo, os direitos do cônjuge nem dos terceiros.

---

35. Favier Dubois, Eduardo M. (h); “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”; Doctrina societaria y Concursal, Errepar; 21/11/2014; Buenos Aires.

36. Favier Dubois, Eduardo M. (h); “Los conflictos societarios: Prevención, gestión y solución”; La Ley 2010-E-675.

A regra estabelece que esses acordos podem incluir disposições relativas a futuros direitos de herança e prever uma compensação caso a herança legítima dos herdeiros seja afetada.

### 5.1.5 Forma

No novo Código Civil e Comercial unificado não há norma que se refira à formalidade em que o futuro acordo sucessório deve ser instrumentado, no entanto a doutrina especializada, os tabeliães e os advogados recomendam que isso seja feito por meio de uma escritura pública, pois é um ato de grande importância para a empresa familiar e para garantir a segurança jurídica.

Por sua vez, Favier Dubois (h) entende que esses acordos de herança futura fazem parte de um pacto acessório, uma vez que devem ser incorporados a um protocolo familiar ou pacto de organização de ações.

## 5.2 Redução da legítima hereditária

A redução das partes legítimas em matéria de sucessão é um fato positivo para a empresa familiar, pois permite que o *de cujus* tenha um maior grau de disponibilidade dos bens. Entende-se por legítima a parte do patrimônio do *de cujus* que é reservada imperativamente aos herdeiros que tenham uma relação mais próxima com o *de cujus*, em virtude do que este último não pode dispor livremente de seus bens por atos a título gratuito e que no novo Código Civil e Comercial foi reduzida, no caso de descendentes, de 4/5 para 2/3, de 2/3 para metade, quando houver ascendentes, permanecendo inalterada no caso do cônjuge, para quem é reservada metade.

### 5.3 Casos de copropriedade compulsória

No que diz respeito à empresa familiar, é de salientar que se incorpora ao mesmo texto do recentemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación a possibilidade de o *de cuius* dispor, mediante disposição testamentária, que a unidade econômica tenha um regime de comunidade hereditária compulsória até cumprir-se o período de 10 anos ou até que todos os herdeiros atinjam a maioria — anteriormente prevista no art. 51 da Lei nº 14.394, hoje plasmada no art. 2.330 do C.C.C.N. — a qual deverá ser respeitada pelos herdeiros (salvo se mediarem causas graves ou de utilidade manifesta, em cujo caso os herdeiros podem pedir ao juiz que não se cumpra esse regime comunitário obrigatório). Esse regime obrigatório pode, inclusive, ser acordado por igual período, pelos mesmos herdeiros, situação expressamente contemplada no art. 2.331 do C.C.C.N., anteriormente prevista no art. 52 da Lei nº 14.394.

Por outro lado, o cônjuge supérstite tem o direito de se opor à partilha quando este tiver adquirido ou formado a totalidade ou parte da entidade comercial. Esse direito também se estende aos casos em que o cônjuge não adquiriu ou constituiu o estabelecimento, mas participou ativamente de seu desenvolvimento. Nesse caso, a copropriedade é mantida por até 10 anos a partir da morte do *de cuius*, mas pode ser prorrogada judicialmente a pedido do cônjuge sobrevivente até sua morte. Além disso, o art. 2.332 do C.C.C.N. estabelece que a administração nesses casos será de responsabilidade do cônjuge sobrevivente. Também fica estabelecido aqui que, a pedido de qualquer um dos herdeiros, o juiz poderá autorizar a cessação da copropriedade antes do prazo fixado, se houver causas graves ou manifesta utilidade econômica que justifiquem a decisão.<sup>37</sup>

---

37. Note-se que, apesar de o novo Código Civil y Comercial de la Nación contemplar as uniões estáveis, os conviventes continuam sem ter direitos hereditários e não se estabe-

A possibilidade de oposição à partilha, anteriormente prevista apenas para o cônjuge supérstite no art. 53 da Lei nº 14.394, é estendida pelo art. 2.332 do C.C.C.N. ao herdeiro que participou ativamente do desenvolvimento do empresa da família.

Da interpretação das normas se depreende claramente que o caso regulado faz clara alusão à empresa familiar quando afirma que essa copropriedade obrigatória pode ser solicitada quando se trate de um “estabelecimento comercial, industrial, agrícola, pecuário, minerador ou qualquer outro que constitua uma unidade econômica” e quando se trate das “partes sociais, cotas ou ações da sociedade da qual o *de cuius* é o principal sócio ou acionista”.

Por fim, o art. 2.334 estabelece que, para ser oponível a terceiros, a copropriedade autorizada pelos artigos 2.330 a 2.333 que inclua bens registráveis deve ser inscrita nos respectivos registros. Durante a copropriedade, os credores dos co-herdeiros não podem executar o bem em copropriedade ou uma parte ideal dele, mas podem cobrar seus créditos com os lucros da exploração correspondente ao seu devedor. A copropriedade não impede o direito dos credores do *de cuius* de cobrar seus créditos sobre os bens em copropriedade.

#### 5.4 Fideicomisso de planejamento patrimonial com “finalidade post mortem”

Sem pretender extrapolar o escopo deste trabalho, é necessário apontar a possibilidade de que esses futuros acordos sucessórios previstos excepcionalmente no parágrafo segundo do art. 1.010 incluam a possibilidade de que existam fideicomissos de planejamento patrimonial com finalidade “*post mortem*”, conforme destacado por abalizada

---

lece proteção para eles na empresa familiar nos casos em que, se os cônjuges são expressamente contemplados, pelo que me permito argumentar que, em termos de proteção da empresa familiar, não se protege esta nova forma de família.

doutrina nacional.<sup>38</sup> Nesse sentido, a interpretação sobre se essa categoria pode ou não ser incluída é duvidosa. O certo é que o art. 1.670 do C.C.C.N. estabelece que o contrato de fideicomisso pode abranger “todos os bens do comércio, inclusive as universalidades, mas não as heranças futuras”, o que parece deixar expressamente de lado a viabilidade desses fideicomissos.

## CONCLUSÃO

O Código Civil e Comercial não inclui legislação especial sobre empresas familiares que regule, por exemplo, seu reconhecimento, a definição legal, o princípio da tutela e a regulamentação do protocolo da empresa familiar com sua publicidade e efeitos. No entanto, ele prevê uma série de alterações no regime atual de contratos, sociedades, direito de família e sucessões, o que, em nossa opinião, resulta em uma nova estrutura jurídica muito positiva e encorajadora para o melhor funcionamento e a continuidade da empresa familiar.

Como já mencionado ao longo deste trabalho, a empresa familiar geralmente são de pequeno e médio portes, nas quais o componente familiar estará sempre presente, por isso esse tipo de empresa exige uma regulamentação que contemple suas próprias necessidades. Por esse motivo, o Código Civil e Comercial, apesar de não as regular, proporcionou certa abertura em relação à questão da herança futura, ao se referir a participações econômicas ou participações societárias de forma ampla, e ao fato de que o proprietário das mesmas possa fazer um acordo com a intenção de conservar e preservar a empresa.

---

38. Lisoprawsky, Silvio V.; “Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura”, La Ley 3/10/2015; cita *on-line* AR/DOC/201/2015.



Para isso os setores administrativos (Conselho de Administração, Conselho de Família e Assembleia de Acionistas) deverão ser instaurados e articulados de maneira harmoniosa, devendo-se criar um “protocolo” para lidar atender às contingências e conduzir a vida empresarial-familiar da forma mais equilibrada possível.

As mudanças introduzidas pelo legislador na estrutura da unificação dos Códigos Civil e Comercial afetam todos os ramos do direito. — O âmbito societário não está alheio a essa mudança. — Em particular, em nossa análise, a situação se materializa concretamente no caso de sociedades formadas por cônjuges. — As regras mudaram, e agora os cônjuges podem formar sociedades entre si sem limitações. — Isso tem várias consequências, que também são evidentes na competência do juiz para decidir tanto sobre a falência quanto sobre liquidação da sociedade conjugal.

Em matéria de sucessão, é evidente que a nova regulamentação, por meio da admissão — como exceção — de futuros acordos sucessórios, da redução das partes legítimas e dos casos de copropriedade obrigatória temporária da herança, possibilita o cumprimento do princípio da continuidade da empresa familiar e enfatiza seu valor na economia do país. Por meio do planejamento patrimonial sucessório é possível reduzir a quantidade de litígios em questões de herança.



# O CONSUMIDOR E A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO ARGENTINA

*Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, gostaríamos de agradecer aos organizadores, em especial ao Prof. José Asís de Almeida, pelo convite que tão gentilmente nos fizeram para participar dessas célebres conferências e parabenizá-los pelo seu sucesso.

Atualmente, os contratos podem ser divididos em três grandes espécies ou tipos ou tipos em relação à forma como são celebrados. Assim, podem-se distinguir contratos paritários, ou seja, aqueles em

- 
1. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; professora de graduação, pós-graduação e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, pesquisadora *full time* da citada universidade, pesquisadora Ministerio de Educación de la Nación, membro avaliador do Banco de Evaluadores en Investigación, pesquisadora do Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A L Gioja” da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, diretora de projetos de pesquisa UBA-CYT grupos consolidados, subdiretora do Centro de Investigaciones Pacem dependente do Mestrado em Direito Comercial da Nação da Faculdade de Direito da UBA dirigido pelo Dr. Raúl A. Etcheverry e coordenadora acadêmica desse mestrado.

que as partes contratantes têm o mesmo poder de negociação, o que lhes permite concordar com o conteúdo contratual.

Um segundo tipo, os contratos por adesão a cláusulas preestabelecidas ou condições gerais, corresponde àqueles em que uma das partes tem maior poder de negociação com relação à sua contraparte, o que lhe permite formular o conteúdo contratual e, em razão disso, sua contraparte só pode aceitar ou rejeitar a oferta formulada, sem poder influenciar o conteúdo do contrato.

Esses contratos são formulados mediante a modalidade de pré-redação ou sujeitos a cláusulas gerais predefinidas. Em todos os casos, entretanto, o que se observa é que a impossibilidade do cocontratante de influir no conteúdo do contrato. Neles há liberdade de conclusão, no sentido de que a parte fraca do negócio tem o poder de decidir contratar, mas falta-lhe o poder de configurar o conteúdo do contrato, de acordo com López de Zavalía,<sup>2</sup> e, em alguns casos, o melhor deles, a parte contratante só poderá negociar algumas cláusulas.

Esses contratos não eram regulados no Código Civil Argentino nem no Código Comercial, apenas o artigo 38 da Lei do Consumidor 24.240, da República Argentina, ainda em vigor, menciona-os, sem defini-los, ao se referir ao controle de incorporação, estabelecendo que a autoridade supervisora deve garantir que os contratos por adesão não contenham cláusulas abusivas.

A jurisprudência, no entanto, tratou-os extensivamente, aplicando-lhes dois princípios bastante relevantes à sua interpretação. O primeiro é aquele segundo o qual as cláusulas particulares têm precedên-

---

2. Ver López de Zavalía.F. “La Teoría del Contrato”, t. 1, 4º editorial Zavalía, Buenos Aires 1997. Para um estudo deste tema, ver Saleilles, Raymond, em “De la déclaration de volonté, contribution á l’etude de l’actejuridiquedans le code civil allemand”, Paris 1909, p. 229/230 nº. 89 e 90, que foi o verdadeiro criador da terminologia “contrato de adesão”.

cia em sua aplicação sobre as gerais.<sup>3</sup> As primeiras são aquelas que, negociadas individualmente, limitam, suprimem ou interpretam uma cláusula geral. Isso ocorre porque a representação mais genuína da vontade da parte fraca está nas cláusulas que ela conseguiu negociar.

O segundo princípio que regerá será aquele que, em caso de dúvida em relação a uma determinada cláusula do contrato, por estar pouco clara ou ambígua, será interpretada contra o predisponente<sup>4</sup> ou, em outras palavras, a favor da parte mais fraca do contrato, aplicação do princípio *favor debilis*.

Por conseguinte, o predisponente dispõe dos meios ao seu alcance para se exprimir de forma clara, pelo que, se não o fez, deve pesar sobre si as consequências da má redação, a redação do contrato deve

- 
3. Ver um interessante acórdão ditado pela CNCom Sala A em 28/06/2013 nos autos “DG Belgrano SA C/ Procter & Gamble Argentina SRL s/ ordinário” publicado em LL On Line AR/JUR/38833/2013 em virtude de um contrato de distribuição que unia as partes no voto da Dra. María Elsa Uzal decidiu que “em princípio, existe consenso em boa parte da doutrina a respeito de que em caso de contradição entre cláusulas padrão e outras que não o sejam prevalecerão estas últimas...Em caso de contradição entre formulários, quando ambas as partes utilizam cláusulas padrão e chegam a acordo exceto no que se refere a essas cláusulas, o contrato é celebrado com base no acordado e nas disposições que sejam substancialmente comuns, a menos que uma das partes tenha indicado prévia e claramente que não tenciona permanecer vinculada por esse contrato...”as conclusões a que se chega com base nos Princípios de Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais de Roma de 1995. Também veja Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D em autos “Rossa, José Antonio c. Acura S.A. Sigal Automotores s/ ordinária”, decidiu, em 29/08/2011, ali o tribunal sustentou “Como princípio, e mais frente a um contrato com cláusulas predispostas, as disposições especiais prevalecem sobre as gerais”, em igual sentido, CNCom., Sala A, 25.10.1990, “Ábalos, Gabriel c. Moreno Manuel s/sumário”; CNCom., Sala A, 31.3.1995, “Sabakdanian, Daniel c. Sociedad Rural de Cerealistas Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinário”; CNCom., Sala D, 1.10.2007, “A. Z. Chaitas S.A.C.I.F. c. Varkem S.A. s/ordinário”; entre outros.
4. Ver CNCom Sala C autos TV Sat SM Andes SRL y otro c/ Direc TV Argentina SA s/ Orodinario” Fallo dictado el 19/11/2013 cita IJ-LXX-50. Em que o tribunal em relação a um contrato de agência que unia as partes declarou que: a interpretação dos contratos de adesão deve ser a favor da parte mais fraca, mas apenas quando se trate de cláusulas imprecisas, ambíguas ou contraditórias. Também ver CNFed Contencioso administrativo Sala III, “Ombú Automotores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones” LL 2000 B 318; CNCom Sala C, “Flenher, Eduardo c/ Optar S.A. 25/6/87.

ser tão clara para o aderente que, utilizando os esforços comuns que lhe permitam compreender o alcance do acordo,<sup>5</sup> segundo Danz, as palavras devem autoabastecer-se, ou seja, devem ser idôneas, suficientes, claras.<sup>6</sup> Isso implica uma clara aplicação do princípio da boa-fé que deve prevalecer em todas as relações jurídicas<sup>7</sup> e que, no direito argentino, foi incorporado ao artigo 1.198 em decorrência das reformas da Lei nº 17.711. Esses princípios jurisprudenciais foram acolhidos pelo Código Civil e Comercial (arts. 986 e 987), que analisaremos em seguida.

Em relação às cláusulas abusivas desses contratos, nada foi regulamentado. O Código Civil e Comercial, na medida em que os regula separadamente, inclui a matéria das cláusulas abusivas nos contratos de adesão no artigo 988, uma vez que considera as cláusulas abusivas não escritas, e ali são reproduzidas duas cláusulas abertas, as atualmente previstas para regular os contratos de consumo no art. 37 da Lei do Consumidor, ainda em vigor, e uma terceira cláusula, a chamada “cláusula surpresa”, ou seja, aquela cláusula que normalmente não consta não faz parte do conteúdo dos contratos de adesão e que, portanto, não seria esperada nesse tipo de negociação. Essas cláusulas são abusivas em si mesmas, mas a característica fundamental é a surpresa, que não permite ao cocontratante avaliar os riscos ou as consequências do contrato,

---

5. Ver CNCom Sala C autos TV Sat SM Andes SRL y otro c/ Direc TV Argentina SA s/ Orodinario” Fallo dictado el 19/11/2013 cita IJ-LXX-50. Em que o tribunal em relação a um contrato de agência que unia as partes declarou que: as cláusulas devem ser redigidas de modo a permitir ao aderente a compreensão do seu significado utilizando esforços comuns, com extensão proporcional ao alcance do negócio. Ver também CNCom., sala C, 18-10-1982, “Parodi, A. c. Ruta Coop. de Seg.”, JA, 1984-I-499; Cám. ApelCiv. y Com., Mercedes, sala I, 19-III-1987, “García, C. c. Chapartegui Hnos.”, DJ, 987-2-276. CNCom., sala B, 15-IV-1993, “Odriozola, B. c. Optar S.A.”, JA, 1994-II-375.

6. DANZ, E., “La Interpretación de los Negocios Jurídicos”, R.D.P., Madrid, 1955, p.55.

7. CNCom., sala B, 25-XI-1991, “Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.”, LA LEY, 1992-E, 575 (38.235); DJ, 1992-2-697.

pois não há precedente para isso, o que gera a perda da relação de equivalência.

Esse segundo tipo, bem como o terceiro que mencionaremos a seguir, é produto da contratação em massa ou em série, ou seja, do grande número de negócios da mesma espécie que são celebrados com diferentes partes contratantes e que, para agilizar o tempo e reduzir os custos, são realizados por meio de condições gerais ou sujeitos a cláusulas predefinidas. Esses contratos são extremamente úteis para a vida moderna,<sup>8</sup> pois permitem a realização de uma grande quantidade de negócios a um custo menor, o que é conhecido como redução dos custos de transação, de acordo com a teoria da Análise Econômica do Direito ou Economic Analysis of Law.

Em relação à terceira categoria a que nos referimos, estamos tratando dos contratos de consumo. Eles serão, na maioria das vezes, configurados por meio de contratos de adesão a condições gerais predefinidas, mas diferem dos anteriores porque, nesses últimos, uma das partes é um consumidor ou usuário, nos termos do art. 1º da Lei nº 24.240,<sup>9</sup> enquanto a outra é um fornecedor,

---

8. Vid. Cam. Nac. Com. Sala C en autos “TV Sat. S.M. Andes SRL y otro c/ Direct TV Argentina SA s/ ordinario” julgado em 19/11/2013 Cita IJ-LXX-50 Ali, em relação a um contrato de agência que vincula as partes, o tribunal declarou que os contratos de adesão são instrumentos legais necessários no direito moderno.

9. “...entendendo-se como tal toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços gratuitamente ou mediante pagamento como destinatário final, em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social. Também se considera consumidor ou usuário a pessoa que, sem fazer parte de uma relação de consumo, adquire ou utiliza bens ou serviços, como destinatário final, em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social, como consequência ou por ocasião de tal relação”. Cf. ref. da Lei nº 26.994. Esse artigo é consistente com as disposições do art. 1.092 do Código Civil e Comercial, que define o conceito de consumidor referindo-se à “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, gratuitamente ou a título oneroso, bens ou serviços, como destinatário final, em proveito próprio ou de sua família ou grupo social”. Isso equivale a quem, “sem fazer parte da relação de consumo, como consequência ou por ocasião dela, adquire ou utiliza bens ou serviços em nome de consumidores ou usuários para seu uso privado, familiar ou social”.

nos termos do art 2<sup>o</sup><sup>10</sup> da referida lei, ambos os artigos substituídos pela Lei nº 26.361.

## 1. O CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN E OS CONTRATOS DE CONSUMO

### 1.1 O capítulo primeiro do Título III relativo aos contratos de consumo dispõe sobre a relação de consumo

#### 1.1.1 Contrato de consumo

O artigo 1.093 qualifica o contrato de consumo como aquele

celebrado entre um consumidor ou utilizador final e uma pessoa física ou jurídica que atue a profissional ou ocasionalmente ou com uma empresa produtora de bens ou prestadora de serviços, pública ou privada, que tenha por objeto a aquisição, uso ou gozo dos bens ou serviços pelos consumidores ou usuários para uso privado, familiar ou social.

#### 1.1.2 Relação de consumo

O próprio Código Civil e Comercial, no seu artigo 1.092, delimita o conceito de consumidor referindo-o como “a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, de modo gratuito ou oneroso, bens ou servi-

---

10. “...é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerce profissionalmente, ainda que ocasionalmente, atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, concessão de marcas, distribuição e comercialização de bens e serviços destinados a consumidores e usuários...”



ços, como destinatário final, em benefício próprio ou do seu grupo familiar ou social”. Equiparando este a quem “sem ser parte da relação de consumo, como consequência ou por ocasião dela, adquire ou utiliza bens ou serviços por parte dos consumidores ou usuários, para seu uso privado, familiar ou social”.

Enquanto o artigo 1.092, na sua primeira parte, define a relação de consumo como “o vínculo jurídico entre o fornecedor e um consumidor”, tal como o artigo 3º da Lei nº 24.240.

Do exposto surge que se mantém o requisito substancial do conceito sustentado pela Lei nº 24.240 e sua reforma 26.361, referente ao “destinatário final”.<sup>11</sup>

O artigo 1º da Lei nº 26.361, que estendia sua aplicação “a quem que esteja de alguma forma exposto a uma relação de consumo”, foi parcialmente alterado, <sup>12</sup>excluindo assim o “consumidor exposto”.<sup>13</sup>

A referência a bens ou serviços em geral fornece a amplitude necessária para a aplicação das normas de consumo.

Uma reforma que trazia o projeto, que acreditamos ter sido bem excluída na versão final sancionada, foi o parágrafo referente ao uso ou consumo “desde que desvinculado de sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, pois, em suma, o elemento que reúne todo o conteúdo do conceito é dado pela destinação final a que nos referimos, independentemente de eventual vinculação com a atividade do indivíduo para que as disposições do consumidor lhe sejam aplicáveis, o que mantém a porta aberta para que aqueles que

---

11. Ver autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayres SA s/ ordinario julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00.

12. Mediante Lei nº 26.994 que entrará em vigor em 1/8/15 segundo a Lei 27.077.

13. Com efeito, considerou-se que a interpretação literal do conceito dava demasiada amplitude ao conceito, de tal modo que estendia demasiado os limites do mesmo. No entanto, o art. 1.096 é incorporado, o qual dispõe que “as regras da presente seção são aplicáveis a todas as pessoas expostas às práticas comerciais, determináveis ou não, sejam consumidores ou sujeitos equiparáveis conforme o disposto no artigo 1.092”.

exercem atividades comerciais, industriais, artesanais ou profissionais e a “destinação final” do uso ou consumo esteja vinculada a essa atividade sejam abrangidos pelas normas de proteção ao consumidor.

### 1.1.3 Interpretação

É de conhecimento geral que o paradigma do direito do consumidor é a proteção do consumidor, conforme previsto no artigo 42 da Constituição Nacional e na Lei do Consumidor.

Os contratos de consumo geralmente são celebrados por meio de contratos de adesão ou sujeitos a termos e condições gerais. Esses contratos possibilitam a livre negociação do seu conteúdo por parte do contratante fraco, mas em contrapartida lhe permitem aceitar ou rejeitar a oferta proposta pela outra parte.

Essa situação de desigualdade no nível de negociação é reparada pela criação de outras desigualdades na interpretação do contrato resultantes das disposições do art. 3<sup>o</sup><sup>14</sup> e do art. 37<sup>15</sup> da Lei nº 24.240. De acordo com o primeiro, em caso de dúvidas sobre a interpretação dos princípios estabelecidos pela lei, será aplicada a mais favorável ao consumidor. O segundo prevê como diretriz para a interpretação do contrato a aplicação dos princípios da boa-fé e do *favor debilis*, segundo o qual a interpretação do contrato será feita no sentido mais favorável ao consumidor e, em caso de dúvida sobre o escopo da obrigação, será aplicada a que lhe for menos onerosa.

---

14. “Em caso de dúvida sobre a interpretação dos princípios que esta lei estabelece, prevalecerá a mais favorável ao consumidor”.

15. “A interpretação do contrato será feita no sentido mais favorável para o consumidor. Em caso de dúvida sobre o alcance da sua obrigação, optar-se-á pela menos onerosa. Se o ofertante violar o dever de boa-fé na fase que precede a celebração do contrato ou a obrigação de informação ou a legislação antitruste ou de lealdade comercial, o consumidor tem o direito de pedir a anulação do contrato ou de uma ou mais cláusulas. Se o juiz declarar a nulidade parcial, integrará simultaneamente o contrato, se necessário.”

### 1.1.3.1 *Interpretação normativa*

Em relação à interpretação normativa do consumo, o artigo 1.094 do Código Civil e Comercial mantém o “princípio protetor”, contemplado no artigo 3º da Lei nº 24.240,<sup>16</sup> uma vez que o primeiro dispõe que “as normas que regulam as relações de consumo devem ser aplicadas e interpretadas de acordo com o princípio da defesa do consumidor e do acesso ao consumo sustentável. Em caso de dúvida na interpretação deste Código ou de leis especiais, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor”.

### 1.1.3.2 *Interpretação do contrato de consumo*

Relativamente à interpretação desses contratos, o artigo 1.095 do Código Civil e Comercial estabelece que “o contrato é interpretado no sentido mais favorável para o consumidor. Quando haja dúvidas sobre o alcance de sua obrigação, adota-se a que seja menos onerosa”. Sendo concordante o disposto com o que dispõe o art. 37 da Lei nº 24.240;<sup>17</sup> trata-se de uma aplicação dos princípios “pró-consumidor” e de “liberação do devedor”, que, em matéria de consumo, denomina-se “liberação do consumidor”.

16. Ver autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones no Comercial Sala A em 30/08/00. Ver também autos “Cosentino, Osvaldo Alberto y otros c/ HSBC Banco Roberts SA s/ rectificación de saldo de cuenta corriente”, julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones Sala A, em 3/12/2002, do voto contrário da Dra. Miguenz. [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf) Sumario No. N0011700.

17. Ver nosso artigo “Princípios y jurisprudencia...”, cit”, pág. 461. Ver autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones no Comercial Sala A em 30/08/00, o tribunal decidiu em relação ao pedido de retificação de saldo devedor em conta corrente bancária que, em caso de dúvida, o mesmo se baseará na interpretação mais favorável ao consumidor (Lei nº 24.240 arts. 3º e 37 § 2º). Ver também autos Pitigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. SA s/ ordinario” julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones no Comercial Sala A el 20/12/00, tratava-se de um caso de contrato de cofre.

O princípio da interpretação restritiva é incorporado ao dispor, no art. 1.062, que, “quando uma disposição estatutária ou contratual prevê expressamente uma interpretação restritiva, a redação literal dos termos usados para expressar a vontade deve ser levada em consideração. Esse artigo não se aplica às obrigações do predisponente e do fornecedor em contratos de adesão e de consumo, respectivamente”. Portanto, é um modo de interpretação que só funciona a favor do aderente ou do consumidor, conforme o caso, se tiver sido previsto pela lei ou pelo contrato.

## **1.2 O capítulo segundo do Título III relativo aos contratos de consumo prevê a formação do consentimento nesses contratos**

### **1.2.1 Práticas abusivas**

A Seção 1 do citado capítulo trata de práticas abusivas.

#### **1.2.1.1 Âmbito de aplicação**

Assim, conforme o artigo 1.096, está previsto que todas as normas da seção sobre práticas abusivas, como a segunda seção sobre informações e publicidade direcionada ao consumidor, aplicam-se, conforme mencionamos, a “todas as pessoas expostas a práticas comerciais”, sejam elas consumidoras ou não.

#### **1.2.1.2 Princípio do tratamento equitativo e digno**

A aplicação do princípio do tratamento equitativo e digno previsto no artigo 42 da Constituição Nacional é estabelecida por meio de dois dispositivos, os artigos 1.097 e 1.098. Assim, o primeiro dispõe sobre o tratamento digno, estabelecendo que “os fornecedores devem garantir condições de atenção e tratamento digno aos consumidores

e usuários. A dignidade do indivíduo deve ser respeitada de acordo com os critérios gerais decorrentes dos tratados de direitos humanos. Os fornecedores devem se abster de condutas que coloquem os consumidores em situações embaraçosas, vexatórias ou intimidadoras”.

O segundo dispõe sobre o tratamento equitativo e não discriminatório ao estabelecer que “os fornecedores devem tratar os consumidores de forma equitativa e não discriminatória. Não podem estabelecer diferenças com base em padrões contrários à garantia constitucional de igualdade, em especial a nacionalidade dos consumidores”.

### *1.2.1.3 Liberdade de contratar*

Outro artigo cuja incorporação é relevante é o art. 1.099, que incorpora a liberdade de contratar, afirmando que “são vedadas as práticas que limitem a liberdade de contratar do consumidor, especialmente aquelas que subordinem o fornecimento de produtos ou serviços à aquisição simultânea de outros, bem como outras práticas similares que visem ao mesmo objetivo”.

## **1.2.2 Informação e publicidade destinadas aos consumidores**

A Seção II diz respeito à informação e à publicidade destinadas aos consumidores e usuários.

### *1.2.2.1 Informação*

Assim, o artigo 1.100 é correlato do disposto no art. 4 da Lei nº 26.361, que altera a Lei nº 24.240,<sup>18</sup> e derivado do artigo 42 da Consti-

18. Ver autos “Rey, Felix c/ Banco Bansud SA s/ sumario” julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B em 24/05/99. No caso, tratava-se de uma conta corrente bancária, nos termos da Lei nº 24.240, e do art. 42 da Constituição Nacional, em que se condenou o banco a prestar contas sobre a operação que o vinculou com o cliente, dado que pesa sobre o primeiro o dever de informar. Ver também os autos “Podestá,

tuição Nacional ao estipular que “o fornecedor é obrigado a fornecer ao consumidor informações corretas e detalhadas sobre todas as características essenciais dos bens e serviços que fornece, as condições da sua comercialização e quaisquer outras circunstâncias relevantes para o contrato. A informação deve ser sempre gratuita para o consumidor e fornecida com a clareza necessária à sua compreensão”. No âmbito do direito contratual em geral, a informação é de extrema importância porque, por um lado, envolve a boa-fé,<sup>19</sup> que deve

---

Pedro Miguel *c/* Banco del Buen Ayre SA *s/* ordinário” julgado pela Cámara Comercial Sala A em 30/08/00; autos “Martínez, Adela Rosa *c/* ABN AMRO Bank *s/* Ordinario” julgado em 30/12/08 pela Sala B da Cámara Comercial”; autos Blazquez, Claudia María *c/* Banco Río de la Plata SA *s/* ordinario” julgado pela Cámara Comercial Sala D em 2/10/08. Neste caso tratava-se de um prazo fixo, operação tipicamente passiva que o tribunal considerou alcançada pela Lei nº 24.240 e, portanto, compreendida na obrigação de informar por parte do banco demandado. Ver também os autos “Banco Bansud SA *c/* DNCI – Disp 213/2001 julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones no Contencioso Administrativo Federal Sala 04 em 18/11/2003 sumario Nro. K0023828 [http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); os autos “HSBC Banco Roberts SA *c/* Secretaría de Comercio e Inversiones” Disp. DNCI N° 622/99 julgado pela Cámara Nacional no Contencioso Administrativo Federal Sala 2 em 25/10/2001 sumario Nro. K0023234 [http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); os autos “Loglen, Jorge *c/* BBVA Banco Francés SA *s/* ordinario, julgado pela Cámara Nacional de Apelaciones no Comercial em 16/08/2007 Sumario N° 00150019 [http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); autos SAYI SA *c/* BankBoston NA *s/* ordinário” julgado pela Cámara Nacional no Comercial em 07/03/2007 Sumario N° 0014320 [http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gov.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); entre outros.

19. Ver “Banco Roela S.A. *c/* Provincia de Córdoba *s/* plena jurisdicción – recurso de apelación”, ditado pelo Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contencioso administrativa em 5/11/2013, publicado em LLC 2014 (abril), 313 e *on-line* AR/JUR/85613/2013, no qual se declarou que “o dever de informação é a expressão máxima da atuação do princípio de boa-fé, que, em matéria de defesa do consumidor, adquire o estatuto de direito constitucional expressamente reconhecido na Constituição Nacional e é um direito cujo desenvolvimento remete aos artigos da Lei nº 24.240 (4, 6, 9, 10, 25, 28, 34 e 37)”. Em igual sentido, ver autos “Fleiderman Silvina Roxana y otro *c/* Banco Río de la Plata S.A. *s/* ordinario” ditado pela sala D da Cámara Nacional Comercial em 5 de junho de 2012, sentença nº 44.810/2009. Ver também a decisão proferida pela Cámara Nacional de Apelaciones no Comercial nos autos “FernandezDrado, Rosario H. c. Bank Boston N. A. proferido em 21/12/2005, publicado em LL 12/09/2006, 7; LL 2006-E, 81; cita *on-line* AR/JUR/7668/2005.

prevalecer em todas as relações jurídicas, e que o Código regula nos seus artigos 9<sup>20</sup> e 961.<sup>21</sup>

Todavia, por outro lado, envolve o consentimento contratual, por se tratar de um verdadeiro pilar desse consentimento a boa informação que o contratante possui sobre os produtos e serviços que contrata ao prestar o consentimento.

### 1.2.2.2 *Publicidade*

O artigo 1.101 regula a publicidade proibida, enquanto o artigo 1.102 estabelece as ações que conferem legitimidade aos consumidores ou usuários caso sejam afetados por essa publicidade proibida. Assim, o artigo 1.101 do Código Civil e Comercial estabelece que “É proibida toda publicidade que: a) contenha indicações falsas ou de natureza tal que induzam ou possam induzir a erro o consumidor, quando se refira a elementos essenciais do produto ou serviço; b) estabeleça comparações de bens ou serviços quando sejam de natureza tal que induzam a erro o consumidor; c) seja abusiva, discriminatória ou induza o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou perigosa para sua saúde ou segurança”.

A publicidade proibida nas alíneas a) e b) resulta de uma indução ao erro que, como tal, impede o consentimento válido e viola a boa-fé; enquanto a publicidade proibida na alínea c) viola a boa-fé, atenta contra o princípio antidiscriminatório que protege o consumidor ou usuário e se baseia no artigo 42 da Constituição Nacional, sendo consistente com o artigo 1.098 do Código Civil e Comercial. Também atenta contra a saúde e a segurança dos consumidores, princípio também derivado do artigo 42 da Constituição Nacional e concordante com o princípio emanado do artigo 5º da Lei nº 24. 240.

---

20. Que dispõe que “os direitos devem ser exercidos de boa fé”.

21. Que dispõe que “os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé...” Mantendo-se o disposto pelo art. 1.198 do Código Civil.

### 1.2.2.3 Ações

Por sua vez, o artigo 1.102 do Código Civil e Comercial prevê as ações do consumidor ou usuário, das organizações de consumidores ou daqueles que estejam expostos a práticas abusivas, afetados pela publicidade proibida, para solicitar ao juiz a) a cessação da publicidade ilegal b) a publicação, às expensas do réu: 1) de anúncios retificadores ou 2) da sentença condenatória.<sup>22</sup>

### 1.2.2.4 Efeitos da publicidade

Enquanto isso, o artigo 1.103 regula os efeitos da publicidade, estabelecendo que “os esclarecimentos feitos na publicidade ou em anúncios, folhetos, circulares ou outros meios de divulgação são considerados incluídos no contrato com o consumidor e vinculam o ofertante”. Essa disposição é consistente com o artigo 8º da Lei nº 24.240, segundo o qual o conteúdo da publicidade é parte do contrato.

Essa disposição é altamente relevante e tem dupla finalidade: por um lado, visa a assegurar o consentimento válido, uma vez que, na maioria das vezes, o consumidor se baseará no conteúdo da publicidade para conhecer o produto ou serviço que está contratando. E, por outro lado, evitar a publicidade manipuladora, que muitas vezes é utilizada pelas empresas para divulgar produtos e serviços, uma vez que, ao integrar o conteúdo do contrato, elas terão cuidado com o que está expresso na publicidade, a fim de não se vincularem de forma inconveniente aos seus interesses, protegendo, assim, a boa-fé contratual.

---

22. O artigo 1.102 prevê “Ações. Os consumidores em causa ou aqueles que são legalmente legitimados podem solicitar ao juiz: a cessação da publicidade ilícita, a publicação, a cargo do requerido, de anúncios retificadores e, se for caso, da sentença condenatória”.



### 1.3 Modalidades especiais

O Capítulo 3 do Título III regula as modalidades especiais de contratação com o consumidor. Nesse capítulo, duas normas muito relevantes, especialmente em contratos bancários com o consumidor, são os artigos 1.106 e 1.107 do Código Civil y Comercial de la Nación, que tratam da contratação por meios eletrônicos e das informações que devem ser fornecidas ao consumidor ou usuário, se aplicável.

Assim, o artigo 1.106 estabelece que “sempre que este Código ou leis especiais exigirem que o contrato seja por escrito, essa exigência será considerada cumprida se o contrato com o consumidor ou usuário contiver um meio eletrônico ou outra tecnologia similar”. Essa disposição equipara o meio eletrônico de contratação ao contrato escrito.

Enquanto o artigo 1.107 prevê que, “se as partes se valem técnicas de comunicação eletrônica ou similares para celebrar um contrato de consumo a distância, o prestador deve informar ao consumidor, além do conteúdo mínimo do contrato e do poder de revogação, todos os dados necessários para corretamente utilizar o meio escolhido, compreender os riscos decorrentes da sua utilização e ter absoluta clareza sobre quem assume esses riscos”.

Esse artigo é fundamental, pois estabelece as informações que devem ser prestadas ao consumidor ou usuário caso esse meio de contratação seja utilizado, portanto as informações sobre o conteúdo mínimo do contrato e o poder de revogação são necessárias para a obtenção do consentimento válido e sobre os dados necessários à utilização do meio escolhido, bem como os riscos decorrentes da sua utilização, referem-se, por um lado, à superação das dificuldades de utilização do sistema e, por outro, ao conhecimento dos seus riscos,

que, em muitos casos, recairá sobre o consumidor ou usuário. Este último, acreditamos, é o aspecto dessa forma de contratar que as empresas menos se preocupam em cumprir na prática, o que poderia prejudicar a boa-fé na contratação.

## 1.4 Cláusulas abusivas

O Capítulo 4 do Título III do Código Civil e Comercial dispõe sobre as cláusulas abusivas nos contratos de consumo.<sup>23</sup>

### 1.4.1 Normas aplicáveis

Assim, o artigo 1.117 prevê a aplicação ao capítulo o disposto nas leis especiais e nos artigos 985, 986, 987 e 988 do mesmo Código, sem prejuízo de o contrato ser ou não celebrado mediante adesão a cláusulas gerais predispostas.

Cabe aqui esclarecer que os artigos indicados regulam a matéria das cláusulas abusivas nos contratos de adesão a cláusulas gerais predispostas. Embora isto possa não parecer necessariamente disposto, é extremamente útil porque, apesar de a maioria dos contratos de consumo ser celebrada mediante essa forma de negociação, podemos encontrar contratos com consumidores que não foram celebrados sob a forma de adesão às condições gerais e ainda assim seriam contratos de consumo, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pelo artigo 1.093 para qualificá-los como tais; portanto, a remissão expressa em todos os casos evitará futuras interpretações divergentes, por um lado, e dupla regulação, por outro.

---

23. Para um estudo mais aprofundado das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, veja o nosso artigo “Principios y jurisprudencia...” citado.

### 1.4.2 Requisitos a serem atendidos pelas cláusulas:

O artigo 985 estabelece os requisitos que as cláusulas gerais predefinidas dos contratos de adesão e as cláusulas dos contratos de consumo devem atender, por remissão expressa, para que possam ser executadas contra a parte contratante mais fraca, que são: devem ser compreensíveis e autossuficientes.

O primeiro aspecto se refere não só à boa-fé que deve prevalecer em todas as relações jurídicas, mas especialmente ao consentimento válido exigido, uma vez que o consentimento não pode ser dado por alguém que desconhece ou não compreende o que está consentindo.

A autossuficiência, por outro lado, é de suma importância em todos os contratos de adesão, bem como nos contratos de consumo, uma vez que o que se costuma fazer, com certa frequência, é invocar um instrumento jurídico ao qual a parte contratante mais fraca não tem acesso ou que lhe é de difícil acesso, situação que se deseja evitar admitindo a acusação de abuso.<sup>24</sup>

A segunda parte do artigo expande e esclarece as exigências impostas pela primeira parte no sentido de que “a redação deve ser clara, completa e facilmente legível”. Como assim também resulta ao estipular-se que “se têm por não acordadas aquelas que efetuam um reenvio a textos ou documentos que não se facilitam à contraparte do predisponente, prévia ou simultaneamente à conclusão”. Como vimos expressando, aqui se frustra o consentimento válido. O efeito legal imposto como sanção, se aplicável, é considerá-las

---

24. Artigo 985. “Requisitos. As cláusulas gerais dispostas devem ser compreensíveis e autossuficientes. A redação deve ser clara, completa e facilmente legível. Consideram-se não acordadas as que remetem a textos ou documentos que não são fornecidos à contraparte do predisponente antes ou simultaneamente à conclusão do contrato. A presente disposição aplica-se aos contratos firmados por telefone, por via eletrônica ou similares”.

não acordadas, ou seja, inexequíveis contra a parte mais fraca do contrato. Essa disposição está de acordo com o artigo 1.122, inciso b, do Código Civil e Comercial.

Por último, com toda a certeza, a disposição que analisamos na sua última parte prevê que seja aplicável aos contratos celebrados por vias eletrônica e telefônica, o que é de importância capital em matéria de contratação com o consumidor, dado que muitos desses contratos utilizam esse suporte de celebração e execução.

### 1.4.3 Cláusulas particulares

Por seu turno, o artigo 986 do Código Civil define as cláusulas particulares e prevê a interpretação que se deve fazer em caso de incompatibilidade entre estas e as cláusulas gerais.

Assim, em primeiro lugar, expressa que as cláusulas particulares “são aquelas que, negociadas individualmente, ampliam, limitam, suprimem ou interpretam uma cláusula geral”.

Em seguida, estipula que, “em caso de incompatibilidade entre as cláusulas gerais e particulares, prevalecem estas últimas”. Este já era um método de interpretação utilizado na jurisprudência.<sup>25</sup> E torna-se consequência lógica de se considerar que a cláusula particular, sendo consensual, resultará na exteriorização do desejo da parte mais fraca que, além disso, conseguiu impô-la, talvez como condição para realizar o negócio e, portanto, deve prevalecer sobre a cláusula geral.

### 1.4.4 Interpretação

O artigo 987 dispõe sobre o outro princípio de interpretação aplicável aos contratos de adesão a condições gerais de negociação, e,

---

25. Ver nosso artigo “Principios y jurisprudencia...” citado.

por remissão expressa, aos contratos de consumo, também utilizado pela jurisprudência, e é aquele segundo o qual “as cláusulas ambíguas de uma das partes são interpretadas em sentido contrário à parte predisponente”.

Isto resulta, pois, que o predisponente contou com os meios e possibilidades técnico-jurídicas para formular a cláusula de forma clara, pelo que o sanciona interpretando a cláusula ambígua contra ele. Esta regra de interpretação denominada *contra proferentem* ou *favor debilis* é uma aplicação clara do princípio da boa-fé que o Código preconiza, entre outros, nos artigos 9º e 961.

#### 1.4.5 Cláusulas abusivas

Por último, o artigo 988 dispõe sobre as cláusulas abusivas, estabelecendo que são consideradas não escritas. Assim, o artigo estabelece duas cláusulas abertas similares às contidas nas alíneas a) e b) do artigo 37 da nº Lei 24.240<sup>26</sup> ao estipular que “nos contratos dessa seção devem-se considerar não escritas<sup>27</sup> a) as cláusulas que desnaturalizam as obrigações do predisponente; b) as que impliquem renúncia ou restrição aos direitos do aderente ou ampliem direitos do predisponente decorrentes de normas supletivas”.

Por fim, o artigo introduz a chamada cláusula surpresa ao prever, na alínea “c) aquelas que, pelo seu conteúdo, redação ou apresentação, não sejam razoavelmente previsíveis”.

26. Ver autos “Rodo, Jorge c/ Bco. Galicia y Buenos Aires s/ ordinario” julgado pela Cámara Comercial Sala C em 25/08/97, a propósito da invalidez da cláusula de exoneração de responsabilidade inserida num contrato de cofre. No mesmo sentido, Sala E em 30/4/98 nos autos “Paternostro, Mario c/ Bco. Mercantil s/ ord”, também Sala A em 20/12/00 nos autos Piatigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. s/ ordinario”.

27. Ver autos Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario julgado em 30/12/08 pela Sala B da Cámara Comercial. Ver também autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” julgado pela Cámara Comercial Sala A em 30/08/00.

### 1.4.6 Regra geral

O conceito de cláusula abusiva é incorporado ao nosso direito por meio da disposição do artigo 1.119 do Capítulo 4 do Título III do Código Civil e Comercial, referente às cláusulas abusivas nos contratos de consumo. Esse artigo estabelece que, “sem prejuízo do disposto nas leis especiais, é abusiva a cláusula que, tendo sido negociada individualmente ou não, tenha por objeto ou efeito causar desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes em detrimento do consumidor”.<sup>28</sup>

Portanto, o elemento central para a configuração da cláusula abusiva é que haja um verdadeiro desequilíbrio entre os direitos e obrigações que dela emanam em detrimento da parte negocialmente mais fraca. Embora não deva ser qualquer desequilíbrio, mas o que está manifesto no contrato. A cláusula abusiva implica, portanto, uma desnaturalização do vínculo obrigatório, o que viola, como tal, a boa-fé que deve prevalecer em toda relação jurídica e que, portanto, não exige prova de má-fé, pois, para nós, a mera existência do desequilíbrio do vínculo obrigatório em detrimento da parte mais fraca do negócio e, por si só, uma importante e clara prova de má-fé em função do exercício ilegítimo da posição dominante que se demonstra com a configuração da cláusula abusiva.<sup>29</sup>

---

28. Para um estudo pormenorizado do aspecto, ver nosso artigo “Principios y jurisprudencia...”, citado

29. Em matéria de cartões de crédito a Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, em 23/2/2011, nos autos C.C.C. “La Capital del Plata Ltda c/ Casas, Enrique Roberto y otros” (LLC junho 2011), no qual uma instituição financeira processou um cliente pela cobrança de uma dívida resultante da utilização de um cartão de crédito, fundamentou a sua reclamação na notificação tácita do requerido em virtude da sua falta de comparecimento para retirar o resumo; o Juiz de Primeira Instância aceitou a reclamação. A Cámara o revogou, rejeitando o pedido, com o argumento de que “Se o contrato contiver cláusulas que invertam a obrigação e prevejam que deve ser o devedor quem deve esgotar os meios para obter a sùmula, essas cláusulas serão abrangidas pelo

### 1.4.7 Controle de incorporação

O artigo 1.118 estabelece que “as cláusulas incorporadas a um contrato de consumo podem ser declaradas abusivas mesmo que sejam negociadas individualmente ou expressamente aprovadas pelo consumidor”. Essa disposição esclarece o artigo 1.119, que define o conceito de cláusula abusiva. Por conseguinte, não é relevante para efeitos da determinação da utilização abusiva de uma cláusula, da negociação individual ou da aprovação pelo consumidor, portanto o que se evita é justamente o exercício do abuso da posição dominante contra a parte mais fraca do contrato, ou seja, que, mediante a utilização de artifícios contra ele, viole-se a boa-fé contratual.

### 1.4.8 Situação jurídica abusiva

#### 1.4.8.1 *Conceito de situação jurídica abusiva*

O artigo 1.120 prevê a definição da situação jurídica abusiva, estabelecendo-se que “se considera que existe uma situação jurídica abusiva quando o mesmo resultado é alcançado mediante a predisposição de uma pluralidade de atos jurídicos conexos”.

#### 1.4.8.2 *Definição de contratos conexos*

O artigo 1.073 define os contratos conexos estabelecendo que “Existe conexão quando dois ou mais contratos autônomos estão ligados entre si por uma finalidade econômica comum previamente estabelecida, pelo que um deles foi determinante para a obtenção do resultado pretendido”. Essa finalidade pode ser estabelecida pela lei,

---

art. 37 da Lei nº 24.240 e deve ser declarada nula e considerada não pactuada... É pertinente a impugnação formulada pelos réus no momento da contestação da denúncia”.

expressamente acordada, ou derivada da interpretação, conforme o disposto no artigo 1.074”.

#### *1.4.8.3 Interpretação dos contratos conexos*

O artigo 1.074 regula a interpretação dos contratos conexos ao prever que “os contratos conexos devem ser interpretados uns pelos outros, atribuindo-se-lhes o sentido adequado que decorre do conjunto de contratos, da sua função econômica e do resultado visado”. A norma tem o objetivo de alcançar uma interpretação comum e conjunta do grupo de contratos, uma vez que eles buscam um objetivo e uma função econômica comuns, o que é inegável.

#### *1.4.8.4 Efeitos da conexão contratual*

Os efeitos que surgem quando a conexão contratual é comprovada estão previstos no artigo 1.075, que estabelece que “uma parte contratante pode levantar objeções de descumprimento total, parcial ou defeituoso, mesmo ante a inexecução de obrigações alheias ao seu contrato”. A segunda parte do artigo em questão dispõe que “atendendo o princípio da conservação, a mesma regra se aplica quando a rescisão de um dos contratos resultar na frustração do objetivo econômico comum”.

O artigo 1.075 trata os contratos conexos como um todo instrumental, ou seja, como um único instrumento jurídico que permita à parte contratante apresentar objeções de descumprimento total, parcial ou defeituoso que teria o direito de opor, talvez, em outro contrato do grupo contratual conexo.

O mesmo resultado produz a frustração da finalidade do contrato, uma vez que o grupo contratual conexo é tratado como um todo, de modo que todos os contratos conexos são extintos conjuntamente quando a finalidade econômica comum é frustrada.



O artigo é claramente aplicável, entre muitos outros casos, à situação de abuso a que são frequentemente submetidos consumidores ou usuários, incluindo de bancos, por meio da contratação, muitas vezes imposta, de diversos produtos ou serviços conexos requeridos à contratação de determinado produto ou serviço, que normalmente se denomina pacote, sobretudo quando este não decorre de uma necessidade real do consumidor, mas sim de uma necessidade criada pelo prestador.

#### 1.4.9 Limites

Por seu turno, o artigo 1.121 do Código Civil e Comercial dispõe sobre os limites da declaração de abuso, estabelecendo que “não podem ser declaradas abusivas: a) as cláusulas relativas à relação entre o preço e o bem ou serviço adquirido; b) aquelas que reflitam disposições vigentes em tratados internacionais ou normas legais obrigatórias”.

#### 1.4.10 Controle judicial

Por fim, o artigo 1.122 regula o sistema de controle judicial das cláusulas abusivas, dispondo a esse respeito que “rege-se, sem prejuízo do disposto em lei especial, pelas seguintes regras: a) a aprovação administrativa dos contratos ou de suas cláusulas não é obstáculo ao controle; b) as cláusulas abusivas presumem-se não pactuadas; c) se o juiz declarar a nulidade parcial do contrato, deverá simultaneamente integrá-lo, se não puder subsistir sem comprometimento de sua finalidade; d) quando comprovada situação jurídica abusiva decorrente de contratos conexos, o juiz deverá aplicar o disposto no art. 1.075”.

Sem prejuízo do que disponham as leis especiais, incluindo a Lei nº 24.240, o controle judicial das cláusulas abusivas é regido pelas regras indicadas no artigo 1.122. Assim, em primeiro lugar,

estabelece-se que a aprovação administrativa das cláusulas não impede o controle judicial posterior, mantendo-se o poder de revisão, consequência da divisão de poderes. Em segundo lugar, segue-se o princípio do art. 37 da Lei nº 24.240, uma vez que o efeito é que as cláusulas abusivas são consideradas não acordadas e, portanto, são inexequíveis contra a parte mais fraca do contrato. O terceiro aspecto que emerge do artigo, também contemplado no artigo 37 da Lei nº 24.240, estabelece que, se o juiz declarar a nulidade parcial, deverá integrar o contrato, se necessário, para que a finalidade econômica do negócio não seja afetada.

Por fim, o artigo dispõe sobre a situação jurídica abusiva nos contratos conexos, estabelecendo a aplicação da solução contida no artigo 1.075, ou seja, os contratos conexos serão tratados como um grupo contratual conexo, de modo que, se uma situação jurídica abusiva for apurada mediante a determinação da abusividade de uma ou mais cláusulas que devam integrar o contrato, o conjunto de contratos como um todo deverá ser levado em consideração, sem prejuízo da finalidade econômica comum.

## CONCLUSÃO

O Código Civil e Comercial dá especial relevância à relação e aos contratos de consumo pelo tratamento que lhes proporciona no Título III do Livro Terceiro,<sup>30</sup> aos quais erige como uma verdadeira terceira categoria contratual dentro da teoria geral dos contratos.<sup>31</sup>

---

30. Arts. 1092 a 1122.

31. Assim, na própria apresentação do Código está expresso “Um dos grandes paradigmas que este código incorpora é considerar que existe um sujeito que pode atuar em igualdade de condições com outro, e também outras pessoas que são frágeis e necessitam de maior proteção: igualdade entre iguais e desigualdade com normas de proteção para quem está

As normas que regem a relação e o contrato de consumo no Código Civil e Comercial resultam uma exposição legislativa oriunda da norma constitucional do art. 42 e importam um progresso significativo, pois, se bem que as disposições incorporadas na Lei nº 24.240 e suas modificações tenham significado regular essa matéria, a sua incorporação sistemática em um código confere maior durabilidade, assim como maiores conhecimento e força de aplicabilidade por parte de todos os operadores jurídicos.

---

em condições inferiores”. Acrescentando que “até agora, as codificações consideravam um único tipo de sujeito e aplicavam suas normas analogicamente aos consumidores, e referiam-se a leis especiais, e aceitavam normas parciais. “Este é o primeiro caso em que o assunto é amplamente regulamentado no Código Civil”.



# A CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS DA OCDE E SEU IMPACTO NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA

*Caroline da Rosa Pinheiro<sup>1</sup>*

*Gustavo Flausino Coelho<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Um ano após a vigência da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que prevê a responsabilização objetiva de pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção, é possível afirmar que o tema permanecerá em pauta durante os próximos anos. Não resta dúvida quanto à ne-

1. Doutora em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e mestre pela Fundação Getúlio Vargas — RJ. Professora de Direito Empresarial da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
2. Doutor e mestre em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Empresarial do Ibmecc — RJ e advogado.

cessidade de combate à corrupção, sobretudo considerando a atual conjuntura do país. Entretanto, o brasileiro mais atento sabe que não basta existir uma determinada lei para resolver o problema. É preciso implementá-la efetivamente.

Ao voltar o olhar ao exterior, verifica-se que o mesmo desafio de combate à corrupção foi enfrentado recentemente. Em 1997, a OCDE editou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, que começou a vigorar no âmbito internacional em 1999, tornando-se determinante para o enfrentamento desse problema em seus países-membros, que adotaram efetivamente as regras convencionadas.

Em dezembro de 2014, a OCDE publicou um relatório inédito sobre corrupção internacional (OECD Foreign Bribery Report) que pode auxiliar na implementação da Lei Anticorrupção. Ao analisar 427 casos de corrupção internacional nos últimos 15 anos, a OCDE conseguiu traçar características comuns na maioria das investigações concluídas no período, sinalizando padrões que podem ser observados no Brasil.

Dentre as conclusões do relatório, é possível constatar que a maioria dos casos apurados entre 1999 e 2014 possui algumas características em comum. Do lado do corruptor, foi constatado o envolvimento de pessoas jurídicas de grande porte, com a participação ativa de diretores e executivos, que utilizaram intermediários para realização de pagamentos aos agentes públicos com o intuito de burlar o processo de contratação. Do lado do corrupto, 80% das propinas foram ofertadas ou pagas a agentes públicos de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Outro aspecto interessante refere-se ao país em que as corrupções internacionais foram realizadas. O próprio relatório apresentou de modo surpreendente o resultado da pesquisa: 67% dos casos ocorreram em países com altíssimo, alto, ou bom Índice de Desenvolvimento

Humano (IDH). Assim, é necessário desconstruir a premissa de que a corrupção é mais frequente em países em desenvolvimento do que em países desenvolvidos. É óbvio que esse dado não pode cancelar um pensamento torpe que busca atenuar a gravidade da corrupção ao acreditar se tratar de um comportamento corriqueiro e inevitável. Ao contrário, é importante enaltecer o sucesso na criação de uma cultura anticorrupção nos países desenvolvidos, que estimulam a delação de condutas dessa natureza. Destaca-se que um em cada três casos apurados com sucesso no âmbito dos países da OCDE foi proveniente de autodenúncia pelos infratores.

O Grupo de Trabalho Antissuborno da OCDE analisou o Brasil em outubro do ano passado, destacando como aspectos positivos a adoção da Lei Anticorrupção e a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção, além de reconhecer o esforço do país quanto ao aumento da cooperação jurídica estrangeira em casos de corrupção internacional. Por outro lado, esse relatório também identificou pontos importantes que carecem de melhorias, como o baixo nível de aplicação de sanções em casos de corrupção internacional no Brasil e a falta de regulamentação sobre os programas de compliance<sup>3</sup>. Vale destacar que, apesar da vigência da convenção da OCDE no ordenamento brasileiro há 14 anos, somente 5 investigações relacionadas à corrupção internacional foram iniciadas no período no país, conforme o relatório.

Ao observar os frutos colhidos pelos membros da OCDE ao longo dos últimos 15 anos, é possível antecipar o sucesso da Lei Anticorrupção em médio prazo, caso a sua implementação seja conduzida adequadamente pelo poder público. O mesmo cenário pode ser identificado na América Latina, especialmente em países signatários da

---

3. A regulamentação da Lei Anticorrupção foi implementada por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

Convenção, como Argentina e Chile. Para a análise do presente trabalho, serão utilizados os recentes relatórios da OCDE, publicados em 2014, sobre a implementação das regras anticorrupção nestes países (relatório da parte III), permitindo traçar um paralelo interessante entre o quadro legislativo e a política desenvolvida para a criação de um ambiente de compliance na América Latina.

## 1. PONTOS CENTRAIS DA CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

A Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais traçou um norte para o combate à corrupção em atos de comércio internacional nos países signatários.

Desse modo, o documento trouxe em seu bojo diversos pontos centrais, normas que delinearão a cooperação internacional e o combate às práticas em desacordo com a legalidade no cenário internacional, cujos mais importantes são: i) a definição do conceito de agentes públicos sujeitos à prática de crime de corrupção em transações comerciais internacionais; ii) a necessidade da adequação das legislações dos países signatários ao conceito de crime de corrupção em transação comercial internacional; iii) a imperatividade de um padrão de *accountability* aplicável a todas as empresas nos países signatários da Convenção; iv) a necessidade da criminalização da lavagem de dinheiro para fins de corrupção em comércio internacional; v) a responsabilização de pessoas jurídicas; e vi) a cooperação internacional.

Segundo a Convenção, são funcionários públicos todos os membros da administração pública direta e indireta, de quaisquer esferas do poder (Legislativo, Executivo ou Judiciário), que exerçam quais-



quer funções, em quaisquer níveis (federal, estadual ou municipal). Além disso, o conceito adotado pela Convenção incluiu no rol de funcionários públicos os detentores de cargos eletivos<sup>4</sup>.

Dessa forma, pela maneira que a Convenção conceituou o funcionário público, fica evidente o intuito da norma de alargar ao máximo a abrangência do combate à corrupção, possibilitando a responsabilização de todo e qualquer agente público.

A Convenção também determinou que todos os países signatários devem adaptar suas legislações para criminalizarem os atos de corrupção nos negócios internacionais. Para tanto, ela definiu os atos de corrupção como sendo os de oferecer, dar ou prometer vantagens indevidas a um funcionário estrangeiro a fim de obter vantagens ilícitas em negócios internacionais. Da mesma sorte, a Convenção estipulou que a cumplicidade, o encorajamento, a autorização e a tentativa de corrupção também são puníveis, pois são nocivas às ordens jurídica e econômica.<sup>5</sup>

---

4. **Artigo 1 — O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros.** [...] 4. Para o propósito da presente Convenção:

a) “funcionário público estrangeiro” significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional;

b) “país estrangeiro” inclui todos os níveis e subdivisões de governo, do federal ao municipal;

5. **Artigo 1 — O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros.** 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais. 2. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal. A tentativa e conspiração para subornar um funcionário

Outra inovação da Convenção foi a de determinar que os seus signatários devem estabelecer critérios objetivos de contabilidade, de auditoria, e de registro de documentos. Os novos mecanismos de *accountability* exigidos têm por objetivo dificultar as manobras contábeis e tributárias, bem como evitar a utilização de documentos falsos nas transações internacionais.<sup>6</sup>

A criminalização da lavagem de dinheiro para fins de corrupção relacionada ao comércio internacional foi outra determinação da Convenção. Desse modo, os países que tornaram os crimes de corrupção como parâmetro de aplicação da legislação penal referente à lavagem de dinheiro aos seus funcionários públicos deverão adotar as mesmas medidas quando se tratar de crime de corrupção praticado na esfera do comércio exterior, mesmo sem considerar o local da ocorrência do ilícito.<sup>7</sup>

No intento de combater a prática de atos de corrupção, a Convenção também apontou para a necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas que, na busca por vantagens, tentam corromper ou corrompem funcionários públicos. Para tanto, a Convenção indicou a necessidade da aplicação de sanções, sejam elas penais ou não, consi-

---

público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.

6. **Artigo 8 — Contabilidade.** 1. Para o combate efetivo da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas de caixa “dois”, a realização de operações de caixa “dois” ou operações inadequadamente explicitadas, o registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por companhias sujeitas àquelas leis e regulamentos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.

7. **Artigo 7 — Lavagem de Dinheiro.** A Parte que tornou o delito de corrupção de seu próprio funcionário público um delito declarado para o propósito da aplicação de sua legislação sobre lavagem de dinheiro deverá fazer o mesmo, nos mesmos termos, em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, sem considerar o local de ocorrência da corrupção.

deradas as peculiaridades dos sistemas jurídicos das partes signatárias. A norma deixou claro que as sanções impostas às pessoas jurídicas devem ser sempre efetivas, proporcionais e dissuasivas.<sup>8</sup>

A cooperação internacional para a coibição da corrupção no comércio exterior foi a principal inovação da Convenção. O documento estabeleceu que as partes signatárias devem prestar assistência jurídica umas às outras para fins de investigações e de processos criminais ou não criminais cuja matéria seja a corrupção de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, por meio da apresentação de informações e de documentos requeridos.<sup>9</sup>

A Convenção foi além. Não bastasse a clara normatização da cooperação pela prestação de informações, ela estipulou a possibilidade da extradição dos agentes do crime de corrupção no comércio internacional e, inclusive, estabeleceu a própria Convenção como base jurídica para a extradição de indivíduos, em caso de inexistência de tratado que verse sobre a matéria entre os signatários.<sup>10</sup>

8. **Artigo 2 — Responsabilidade de Pessoas Jurídicas.** Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

**Artigo 3 — Sanções.** [...] 2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

9. **Artigo 9 — Assistência Jurídica Recíproca.** 1. Cada Parte deverá, respeitando, tanto quanto possível, suas leis, tratados e acordos relevantes, prestar pronta e efetiva assistência jurídica a uma Parte para o fim de condução de investigações e processos criminais instaurados pela Parte sobre delitos abrangidos pela presente Convenção e para o fim de condução de processos não-criminais contra uma pessoa jurídica instaurados pela Parte e abrangidos por esta Convenção. A Parte solicitada deverá informar a Parte solicitante, sem demora, de quaisquer informações ou documentos adicionais necessários a apoiar o pedido de assistência e, quando solicitado, do estado e do resultado do pedido de assistência.

10. **Artigo 10 — Extradição.** 1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser considerada um delito passível de extradição, segundo as leis das Partes e os tratados de extradição celebrados entre elas. 2. Se uma Parte, que condiciona a extradição à existência de um tratado sobre a matéria, receber uma solicitação de extradição de outra

## 2. REFLEXOS DA CONVENÇÃO NA ARGENTINA E NO CHILE

Em regra, as convenções e tratados internacionais só geram efeitos em âmbito internacional quando estes se tornam seus signatários. Ou seja, para que um tratado ou convenção internacional incida sobre determinada ordem jurídica de um Estado alterando-a, esse Estado deve ratificar o referido tratado, ele tornando-se signatário, e internalizá-lo.

Na América Latina, a Argentina, o Brasil, e o Chile ratificaram a Convenção objeto do presente estudo. Dessa forma, a partir do momento em que esses Estados se tornaram signatários da Convenção e que a internalizaram em seus ordenamentos jurídicos, ela passou a gerar efeitos nas respectivas ordens jurídicas.

A Argentina regulamentou a matéria por meio da Lei nº 25.319, de 9 de outubro de 2000, e a regulou na Lei nº 25.825, de 2003. O Chile, por sua vez, internalizou o tratado por meio do Decreto nº 496, de 2001, e tratou da matéria nele constante através das Leis nº 19.829, de outubro de 2002, e nº 20.341, de abril de 2009.

### 2.1 Reflexos da convenção na argentina

Conforme já dito, a Argentina foi o primeiro Estado latino-americano signatário da Convenção a internalizá-la e o segundo a tratar da matéria em lei nacional. Não obstante isso, é importante ressaltar que a Argentina já tratava da corrupção de funcionários públicos no âmbito interno desde antes da entrada em vigor da edição da Convenção.

Já no ano de 1999 foi publicada naquele país lei que regulou o exercício das funções públicas, a Lei nº 25.188, de 1999, na qual a

---

Parte com a qual não possui tratado de extradição firmado, dever-se-á considerar esta Convenção a base jurídica para a extradição pelo delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro.

prática de atos de corrupção por funcionários públicos no exercício da função foi devidamente classificada como crime.

Muito embora a referida lei tenha data anterior à da geração de efeitos jurídicos pela Convenção, se considerado que a Argentina foi parte signatária da Convenção quando de sua edição, resta visível a influência do diploma internacional na tentativa de coibição da corrupção por parte dos funcionários públicos argentinos.

Em 2003, o legislador argentino condensou todos os temas da Convenção na alteração de um único dispositivo do Código Penal Argentino. Assim, o art. 258 da lei criminal foi alterado, e a corrupção de funcionário público internacional foi tipificada como crime<sup>11</sup>.

É bem verdade, entretanto, que nem todas as diretrizes da Convenção foram devidamente implementadas pela alteração da lei penal argentina. A nova redação do art. 258 do Código Penal argentino não abarcou a possibilidade de extradição por prática de crime de corrupção internacional. Da mesma sorte, a alteração legal foi omissa quanto aos prazos prescricionais, à cooperação internacional e ao crime de lavagem de dinheiro para fins de corrupção internacional ou dela derivada.

Afora esses detalhes, a lei argentina definiu o crime de corrupção internacional tal como a Convenção, detalhando uma série de condutas que o integram, quais sejam: direta ou indiretamente oferecer, ou outorgar a funcionário público de outro Estado ou a membro de organização pública internacional, em benefício pró-

---

11. ARTICULO 1º — Sustitúyese el artículo 258 bis del Código Penal, por el siguiente: Artículo 258 bis: Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

prio ou de terceiro, somas de dinheiro ou qualquer objeto de valor pecuniário ou outras compensações (presentes, favores, promessas) em troca da realização de ato ou omissão de funcionário público relacionado com o exercício da função pública, ou para que faça valer a influência do seu cargo em assunto relacionado a transação econômica, financeira ou comercial.

Segundo a referida alteração legal, a corrupção internacional de funcionário público passou a ser considerada crime, e àquele que a praticar se aplicam as penas de reclusão entre um a seis anos, mais a incapacitação especial perpétua para o exercício de qualquer cargo público.

Nos anos de 2007 e de 2010, ocorreram outras mudanças na lei argentina. Em 2007, foram editados lei, que tratou da lavagem de dinheiro,<sup>12</sup> e decreto, que instituiu a oficina de combate à corrupção, responsáveis pela fiscalização do exercício das atividades dos funcionários públicos argentinos no âmbito interno e pela investigação de crimes de corrupção dentro do funcionalismo.<sup>13</sup>

Em 2010, houve a alteração do art. 77 do Código Penal, que ampliou o conceito de funcionário público para adequá-lo à Convenção. Dessa forma, assim como no texto da OCDE, a Argentina passou a considerar funcionários e empregados públicos argentinos todos aqueles que participam acidental ou permanentemente do exercício das funções públicas, seja por eleições populares ou por nomeação de autoridades competentes.<sup>14</sup>

---

12. Argentina. Ley 26.268. Modificación. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo. Modificación de la Ley N° 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Sancionada: Junio 13 de 2007. Promulgada de Hecho: Julio 4 de 2007. Disponível em <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/125000-129999/129803/norma.htm>. Acesso em: 13 dez 2015.

13. Argentina. Decreto 466/2007. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Acesso em: 13 dez 2015.

14. ARGENTINA. Camara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Acesso em: 13 dez 2015.

No mesmo ato, o legislador argentino também definiu funcionário público de outro estado, ou de qualquer entidade territorial reconhecida pela Nação argentina, como aquela pessoa que tenha sido designada ou eleita para cumprir uma função pública, em qualquer dos níveis ou divisões territoriais de governo, ou em toda classe de organismo, agência ou empresa pública na qual o Estado exerça influência direta ou indireta.<sup>15</sup>

Contudo, é mister ressaltar que, até a data da realização deste estudo, a Argentina não editou lei que regule a corrupção no âmbito empresarial e que optou por não atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

## 2.2 Reflexos da convenção no Chile

O Chile tornou-se signatário da Convenção depois da Argentina e do Brasil, e a internalizou pelo Decreto nº 496, de 2002. Entretanto, mesmo com a ratificação tardia, em 2001, o Chile realizou profundas mudanças em seu sistema legal para combater a corrupção, sendo as principais: responsabilização penal das pessoas jurídicas, inexistente no Brasil e na Argentina; e aprimoramento da lei de lavagem de dinheiro.

No Chile, as matérias relacionadas à Convenção foram reguladas a partir do ano de 2009, quando o legislador daquele país editou a Lei nº 20.341, que conceituou o crime de corrupção internacional para nele integrar as condutas de oferecer, prometer ou dar vantagem a funcionário público estrangeiro com o fim de obter vantagem indevida.<sup>16</sup> Dessa forma, o legislador chileno adequou o crime de

---

15. ARGENTINA. Camara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Acesso em: 13 dez 2015.

16. Aquele que oferecer, prometer ou der a um funcionário público estrangeiro um benefício econômico, ou de outra natureza, em proveito de este ou de um terceiro, para que realize

corrupção de funcionários públicos estrangeiros aos preceitos da Convenção da OCDE.

No mesmo diploma legal, o legislador chileno também alargou o conceito de funcionário público estrangeiro para adequá-lo à Convenção. A nova definição de funcionário público estrangeiro passou a considerá-lo como todas as pessoas que tenham cargos legislativo, administrativo ou judicial em país estrangeiro, sejam elas nomeadas ou eleitas, bem como qualquer indivíduo que exerça função pública em país estrangeiro, dentro de organismo público ou empresa pública, os funcionários ou agentes de organizações públicas internacionais.<sup>17</sup>

---

uma ação ou incorra em uma omissão com o objetivo de obtenção ou manutenção, para si ou outrem, de qualquer negócio ou vantagem indevida no âmbito de quaisquer transações internacionais será sancionado com a pena de reclusão em sua gradação média a máxima e, além disso, com multa e inhabilitação mensais. De igual forma, será castigado aquele que oferecer, prometer ou der o aludido benefício a um funcionário público estrangeiro por haver realizado ou haver incorrido nas ações ou omissões indicadas. O que, em iguais situações às descritas no inciso anterior, consentir em dar o referido benefício será sancionado com pena de reclusão menor em sua gradação mínima a média, além das mesmas penas de multa e inhabilitação indicadas. Tradução livre da alteração do artigo 251 bis. do Código Penal do Chile, que diz, *in verbis*: “El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas. El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.”

17. Após a edição da Lei, o artigo 251 ter. do Código Penal Chileno passou a vigor com a seguinte redação: “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier



Além disso, a Lei nº 20.371, também de 2009, alterou o Código Orgânico dos Tribunais Chilenos e deu aos tribunais chilenos a faculdade de se pronunciarem sobre atos de corrupção praticados por funcionários públicos chilenos em território estrangeiro e sobre funcionários públicos estrangeiros com residência habitual no Chile.<sup>18</sup>

Outra importante inovação chilena ocorreu com a edição da Lei nº 20.393, de dezembro de 2009. Trata-se de verdadeiro diploma legal anticorrupção no âmbito empresarial, que determinou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e que internalizou nas leis chilenas normas de compliance e de governança corporativa.

Logo de início, o art. 1º da Lei nº 20.371 determina que podem ser praticados pelas pessoas jurídicas os crimes de ocultação e de dissimulação de origem ilícita de bens, valores mobiliários e dinheiro<sup>19</sup>. Ou seja, o legislador chileno contemplou a possibilidade de prática de crime de lavagem de dinheiro por pessoas jurídicas e, com ela, a respectiva punição.

Segundo a referida lei, para que determinada pessoa jurídica possa ser penalmente responsabilizada, ela deve cometer os delitos descritos no art. 1º para a obtenção de interesses seus, dos seus donos, colaboradores, responsáveis, executivos principais, representantes ou quem quer que realize atividades de administração e supervisão. Além disso, a lei impõe a responsabilidade penal às pessoas jurídicas por

---

persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”

18. CHILE. Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales: cartilla explicativa. Disponível em: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf). Acesso em: 13 dez 2015.

19. Crime previsto no artigo 27 da Lei do Chile de nº. 19.913, de 25 de agosto de 2009, que cria a unidade de análise financeira e modifica diversas disposições em matéria de bens e lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&idParte=8649605&idVersion=2009-08-25>. Acesso em: 13 dez 2015.

delitos praticados por pessoas naturais que estejam sob a supervisão direta daqueles que têm poder de gestão nas empresas<sup>20</sup>.

É importante ressaltar que a lei chilena faz distinção entre os atos praticados em nome e benefício da empresa daqueles praticados em benefício do empregado ou membro, apenas. É nesse sentido que parte do art. 3º determina que não haverá responsabilidade penal das pessoas jurídicas caso os crimes praticados sejam cometidos por funcionários e em benefício próprio, sem que a empresa ou companhia afira qualquer vantagem.

Além de possibilitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a Lei nº 20.393, de dezembro de 2009, também trouxe em seu bojo critérios objetivos para a redução da responsabilidade e normas de governança. Outra parte do já citado art. 3º institui que se considerarão cumpridos os deveres de direção e de supervisão quando a empresa, antes do cometimento do delito, tiver adotado e implementado modelos de organização, administração e de supervisão para prevenir a prática de atos de corrupção.

As normas referentes à prevenção a qual a lei se refere estão descritas no art. 4º: (i) designação de encarregado pela prevenção; (ii) definição de meios de atuação e das faculdades do encarregado; (iii) estabelecimento de um sistema de prevenção de delitos; e (iv) supervisão e certificação do sistema de prevenção por empresas previamente autorizadas pelo governo.

Da mesma sorte, a lei estipula condições atenuantes e agravantes da responsabilidade penal das empresas. De um lado, o art. 6º apregoa que a colaboração com as investigações nos procedimentos judiciais

---

20. CHILE. Ley 2.0393, de 2 de dezembro de 2009. ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 13 dez 2015.

por meio dos respectivos representantes legais e a adoção de medidas eficazes de combate à corrupção pela pessoa jurídica são tratadas como atenuantes da responsabilidade. De outro, o art. 7º determina que a existência de condenação da empresa nos últimos cinco anos pela prática do mesmo delito deve ser considerada um agravante.

O título II da lei chilena traz as penas aplicáveis às pessoas jurídicas. São elas: i) a dissolução com o conseqüente fim da personalidade jurídica; ii) a proibição temporária ou perpétua para celebrar contratos com organismos estatais; iii) a perda parcial ou total de benefícios fiscais ou a proibição do recebimento desses benefícios; e iv) multa. Além dessas penas, que são principais, a lei também faculta à aplicação de penas acessórias, que são: i) a publicação em diário oficial ou em jornal de circulação nacional do extrato da sentença condenatória; ii) o confisco dos bens e produtos adquiridos através da prática do crime de corrupção; e iii) a imposição de complementos fiscais, caso a prática do delito prescindia do investimento de recursos pela pessoa jurídica, na quantidade proporcional ao montante investido pela empresa. As penas devem, segundo a lei, ser aplicadas em observância à gravidade do ato ilícito praticado pela pessoa jurídica. Ou seja, a pena de dissolução será aplicada nos casos de cometimento de crimes graves, já a pena de multa, nos casos de crimes de menor potencial lesivo.

Para fins de aferição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a lei chilena determina que aos processos dessa natureza deverão ser aplicadas as normas do Código de Processo Penal daquele país, de modo a garantir o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, também foi editada no Chile a Circular nº 57, de 2007, estabelecendo que quaisquer valores entregues a funcionários públicos estrangeiros, bem como a empregados em quaisquer operações internacionais, não são dedutíveis do imposto de renda.<sup>21</sup>

---

21. CHILE. Extracto de circular del servicio de impuestos internos nº 56, de fecha 8 de noviembre de 2007, que instruye sobre pagos por concepto de dádivas, cohecho o soborno a funcionarios

Com o intuito de regular todas as matérias relacionadas à Convenção, o Chile também tratou da cooperação internacional na Lei nº 20.406, de 5 de dezembro de 2009, e possibilitou o exame das informações das operações bancárias de pessoas investigadas pela prática de atos relacionados à corrupção internacional.<sup>22</sup>

### 3. REFLEXOS DA CONVENÇÃO NO BRASIL

O Brasil também internalizou a Convenção no ano 2000, por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Todavia, só regulou a matéria mais recentemente, em 2013, com a edição da Lei Anticorrupção e com o advento do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, conforme veremos adiante.

A Lei Anticorrupção inovou em diversos aspectos, entretanto, não possibilitou a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Pelo contrário, deixou claro em seu art. 1º que as empresas são responsáveis civil e administrativamente pelos atos de corrupção praticados.

Não obstante isso, a Lei Anticorrupção trouxe grande inovação, devido a ter determinado que as pessoas jurídicas respondem objetivamente em ambas as esferas pelos atos praticados. A responsabilidade objetiva civil e administrativa foi novidade trazida ao ordenamento jurídico nacional em matéria de compliance. Antes do advento da referida lei, a responsabilidade era sempre subjetiva.

A lei pátria também deixou clara a separação das responsabilidades da empresa e dos administradores. Segundo o texto legal,

---

públicos extranjeros en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=266569&idParte=&idVersion=2007-11-16>.

22. CHILE. *Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales*: cartilla explicativa. Disponível em: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf).

“a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.<sup>23</sup> Na mesma esteira, considerou agente público estrangeiro, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.<sup>24</sup>

Outra inovação trazida foi a conceituação de agente público estrangeiro e de administração pública estrangeira. A Lei Anticorrupção alargou os referidos conceitos para adequá-los à Convenção, de forma a neles abarcar todos aqueles que exercem função ou ocupem cargos públicos em quaisquer esferas ou níveis da administração pública estrangeira.

Desse modo, o diploma passou a considerar como administração pública estrangeira os “órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro”.<sup>25</sup>

Como de costume, o legislador brasileiro descreveu cada uma das condutas consideradas lesivas à administração pública, que, segundo a Lei Anticorrupção, são: i) prometer, oferecer ou dar, direta

---

23. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm).

24. Idem. *Ibid.*

25. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 13 dez 2015.

ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção; iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; iv) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; v) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; vi) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; vii) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; viii) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; ix) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; x) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e xi) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.<sup>26</sup>

Além disso, o legislador brasileiro criou procedimento próprio para a investigação dos casos de corrupção e determinou que a autoridade máxima do Poder Executivo de cada órgão da administração pública é competente pela condução das investigações, sendo possível a delegação da competência, mas nunca a subdelegação. Especialmente,

---

26. *Idem. Ibid.*

na esfera federal, a Lei Anticorrupção determinou que a Controladoria Geral da União (CGU) é o órgão competente pelas investigações.

O diploma legal também reforçou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ao possibilitar a invasão patrimonial dos sócios quando as pessoas jurídicas forem utilizadas para a violação dos preceitos da Lei Anticorrupção.

Ainda na esteira do combate à corrupção, a lei brasileira criou o instituto do acordo de leniência, por meio do qual as pessoas jurídicas podem ter as penas reduzidas mediante colaboração com o poder público. Para tanto, as empresas que fecharem acordos de leniência devem possibilitar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Entretanto, para que seja possível a obtenção do acordo, a empresa deve ser a primeira a se manifestar sobre o ilícito, a cessar completamente o seu envolvimento na infração e a admitir a participação no ilícito e cooperar com a investigação no processo administrativo até o seu encerramento.<sup>27</sup>

A lei também tratou das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas infratoras. Pelo diploma legal, poderão ser aplicados: i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo

---

27. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 13 dez 2015.

mínimo de um e máximo de cinco anos. As medidas são cumulativas, ou seja, podem ser aplicadas concomitantemente.<sup>28</sup>

De modo pioneiro no ordenamento jurídico pátrio, a Lei Anticorrupção determinou que a existência de normas de compliance deve ser considerada como atenuante quando da instauração dos processos administrativo e judicial contra as pessoas jurídicas. Não obstante isso, a lei não determina quais são os padrões e quais normas de compliance devem ser seguidas. O diploma apenas cita que:

[...] “serão levados em consideração na aplicação das sanções [...] a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”<sup>29</sup>

O compliance só foi regulamentado no Decreto nº 8.420/2015 quando, ao determinar as possibilidades de redução da sanção administrativa aplicável, houve a sistematização da previsão sancionatória da Lei Anticorrupção:

- i.) o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- ii.) os padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- iii.) os padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

---

28. *Idem. Ibid.*

29. *Idem. Ibid.*



- iv.) os treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- v.) a análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- vi.) os registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- vii.) os controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- viii.) os procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- ix.) a independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- x.) os canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- xi.) as medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- xii.) os procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- xiii.) as diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- xiv.) a verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

xv.) o monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e xvi.) a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.<sup>30</sup>

É importante frisar, todavia, que, mesmo tratando da matéria, a legislação brasileira apenas desenhou as linhas gerais dos programas de integridade que devem ser aplicados nas empresas brasileiras e estrangeiras que operam em território nacional.

As multas também foram objeto do referido Decreto. O valor das sanções pecuniárias foi vinculado ao faturamento bruto das companhias infratoras, à continuidade dos atos lesivos, à ciência de pessoas ocupantes do corpo diretivo ou gerencial das pessoas jurídicas, à condição de fornecedora de serviço público ou de contratada para a execução de obra, ao índice de solvência e liquidez da pessoa jurídica, à reincidência, e à condição de contratante com o poder público.

Duas outras importantes novidades trazidas pela lei brasileira foram a criação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas e a da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora das pessoas jurídicas, ambas destinadas a, de um lado, punir empresas que incorrerem na prática de atos de corrupção e, de outro, valorizar as empresas em acordo com a lei.

---

30. BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 14 dez 2015.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, resta evidente que há um fio condutor no tratamento dado à corrupção de funcionários públicos estrangeiros nos três países estudados. Todos eles, cada qual na sua medida, trataram da prática de crimes de corrupção em transações comerciais internacionais e ampliaram os conceitos de funcionário público estrangeiro e de administração pública estrangeira para se adequarem à Convenção, por exemplo; dois deles — Chile e Brasil — já avançaram substancialmente na regulação da matéria através da edição de leis específicas que tratam dos tipos de responsabilidade das pessoas jurídicas, dos acordos de leniência, das medidas atenuantes e agravantes, e da aplicação de sanções e diretrizes básicas de compliance a serem seguidas.

Não obstante isso, muito embora a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE tenha sido publicada no ano de 1997 e tenha passado a vigorar em 1999, é visível que os avanços no combate à corrupção foram pequenos se considerados o tempo de vigência do tratado e a gravidade e potencial lesivos que os atos de corrupção internacional têm para o desenvolvimento das economias nacionais e regionais e para as próprias competição e saúde das empresas. Nesse sentido, fica claro que ainda há muito para se avançar no combate à corrupção internacional e que a cooperação internacional — seja por meio do desenvolvimento de mecanismos legais supranacionais de combate à corrupção, seja por meio da colaboração acadêmica para pesquisa — é indispensável à consecução desse objetivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGENTINA. **Camara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010.** Disponível em: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. **Decreto 466/2007.** Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Dirección de Normativa y Logística de la Dirección General de Estrategias de Comercio Exterior. **La República Argentina y la Convención de la OCDE Contra el Cohecho en las Transacciones de Comercio Internacional.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007. Disponível em: <http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/Apoyo/cohecho.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina Ley 25.188, de 29 de septiembre de 1999. Deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Objeto y Sujetos. Deberes y pautas de comportamiento ético. Régimen de declaraciones juradas. Antecedentes. Incompatibilidades y conflicto de intereses. Régimen de obsequios a funcionarios públicos. Prevención sumaria. Comisión Nacional de Etica Pública. Reformas al Código Penal. Publicidad y divulgación **Boletín Oficial:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 29262, p. 1, 1 nov. 1999. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina Ley 25.825, de 19 de noviembre de 2003. Sustitucion del Art. 258 Bis del Codigo Penal. **Boletín Oficial:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 30295, p. 1, 11 dic. 2003. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90944/norma.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina. Ley 26.268, de 13 de junio de 2007. Modificacion. Asociaciones ilicitas terroristas y financiacion del terrorismo. Modificacion de la Ley nº 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. **Boletín Oficial:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 31190, p. 1, 5 jul. 2007. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/129803/norma.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 466/2007, de 2 mayo de 2007. Apruebase la estructura organizativa de primer nivel operativo del menciona-

do organismo del Ministerio De Justicia y Derechos Humanos. **Boletín Oficial:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 31148, p. 6, 4 may. 2007. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Presidência, Controladoria-Geral da União — 1º Edição — Brasília: CGU, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, n. 53, p. 3, 19 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 14 dez. 2015.

BRASIL. Presidência Da República. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, ano 150, nº 148, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 13 dez. 2015.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 496, de 10 de octubre de 2001. promulga la convencion para combatir el cohecho a funcionarios publicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y su anexo. **Diario Oficial:** Santiago, nº 17, p. 50, 30 ene. 2002. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=194157>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CHILE. Ministerio de Hacienda Ley nº 19.913, de 25 de agosto de 2009. Crea la unidad de analisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. **Diario Oficial:** Santiago, 18 dic. 2003. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&idParte=8649605&idVersion=2009-08-25>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CHILE. Ministerio de Hacienda; Subsecretaría de Hacienda. Ley 20.393, de 25 de noviembre de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos

- de cohecho que indica. **Diário Oficial**: Santiago, 2 dic. 2009. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 20.341, de 16 de abril de 2009. Introduce Modificaciones Al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública. **Diario Oficial**: Santiago, 22 abr. 2009. Disponível em: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1001365>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Justiça. Ley 20.371, de 18 de agosto de 2009. Introduce modificaciones al código orgánico de tribunales y a la Ley nº 19.913, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública. **Diario Oficial**: Santiago, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1005392>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. **Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**: cartilla explicativa. Santiago, 1997. Disponível em: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf). Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Servicio De Impuestos Internos; Dirección Nacional. Circular 56, de 8 de noviembre de 2007. Instruye sobre pagos por concepto de dádivas, cohecho o soborno a funcionarios públicos extranjeros en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. **Boletín del Servicio de Impuestos Internos**: Santiago, 16 nov. 2007. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=266569&idParte=&idVersion=2007-11-16>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CONTRA ELLIS, Matteson. **Leyes Anticorrupción en Chile: Tres cosas que las compañías deberían saber**. Disponível em: <http://fcpamericas.com/spanish/leyes-anticorrupcion-en-chile-tres-cosas-las-companias-deberian-saber/#>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ELLIS, Matteson. **Polo Pulls Out of Argentina... after Ralph Lauren Corp. Violates FCPA at Argentine Customs**. Disponível em: <http://fcpamericas.com/english/argentina/polo-pulls-out-of-argentina-after-ralph-lauren-corp-violates-fcpa-at-argentine-customs/>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- OECD. OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. **OECD Publishing**, Paris. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>. Acesso em: 12 dez. 2015.

# O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: LIÇÕES DO CONTENCIOSO DO ALGODÃO (BRASIL — ESTADOS UNIDOS)<sup>1</sup>

*Micaela Barros Barcelos Fernandes<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é oferecer, em matéria de litígios empresariais internacionais, ponderações sobre o uso do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). A referência especificamente utilizada é o caso do contencioso do algodão entre o Brasil e os Estados Unidos, que traz alguns ensinamentos aos operadores do Direito que atuam na área empresarial, sobretudo empresarial internacional.

1. Trabalho apresentado nas III JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO COMERCIAL, realizadas nos dias 28, 29 e 30 de outubro de 2015 no Rio de Janeiro, com o tema *A atividade empresária e direito na América Latina*. Trabalho apresentado no Painel referente ao subtema *A atividade empresária e os litígios empresariais internacionais*.
2. Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas e em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa na FGV/RJ. Graduada em Direito pela UFRJ. Advogada, professora e parecerista. Integrante do Corpo de Árbitros da Câmara de Mediação e Arbitragem da FGV. Membro das Comissões de Assuntos Legislativos e de Direito da Concorrência da OAB – Seção RJ.

Embora o sistema de solução de controvérsias da OMC tenha como destinatários principais os Estados nacionais que assinaram o tratado internacional de constituição da OMC, chamados de países-membros no acordo, a atuação de atores não estatais, agentes econômicos integrantes que compõem a denominada iniciativa privada, ainda que limitada dentro de certos contornos, não só é possível como recomendada, na medida em que impacta e é impactada pelas regras da OMC.

Afinal, no comércio internacional a dinâmica é primordialmente promovida pelos atores privados. As sociedades empresárias, ou pessoas jurídicas de qualquer espécie que representam os agentes econômicos em suas variadas categorias empresariais, têm — ou ao menos, em tese, devem ter<sup>3</sup> — em comum o interesse no funcionamento de um sistema de comércio internacional sem barreiras e com base na eficiência concorrencial de cada agente no seu respectivo segmento de atuação.

O sistema de solução de controvérsias da OMC é, portanto — para além dos tradicionais meios de acesso à justiça, vale dizer, o estatal e o arbitral (este mais comum em sede de comércio internacional, mas que não exclui a via judicial) —, mais um canal pelo qual os agentes econômicos podem impactar ou ser impactados na gestão de seus negócios.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Após a II Segunda Guerra Mundial, diante do desafio de reconstrução de economia do mundo, os países aliados concordavam que a abertura do comércio internacional e a estabilidade monetária estimulariam a

---

3. Ainda que seja aventada a exceção daqueles que se beneficiam com protecionismo de mercados, mesmo tais atores devem ter ciência dos mecanismos de defesa dos interesses franqueados aos distintos agentes econômicos.



economia, e a interdependência entre as nações reduziria as chances de novos conflitos armados de grandes proporções.

Antes mesmo do fim da guerra, em função das experiências comuns da Grande Depressão, já haviam sido traçadas as diretrizes para construção de um sistema multilateral de comércio em conferência realizada em Breton Woods (New Hampshire, Estados Unidos), entre junho e julho de 1944, em que foi articulada a criação de três grandes instâncias internacionais, as quais, em conjunto, viabilizaram um ambiente de maior desenvolvimento econômico e cooperação internacional, a saber: (i) o — Fundo Monetário Internacional (FMI), criado para promover a cooperação monetária internacional e facilitar a expansão e o crescimento equilibrado do comércio internacional, mantendo a estabilidade das taxas de câmbio e atendendo países com problemas na balança de pagamentos por meio do acesso a fundos especiais; (ii) o — Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), atualmente uma das instituições afiliadas ao Banco Mundial, com função de auxiliar na reconstrução e desenvolvimento dos territórios dos membros signatários, através de empréstimos e financiamentos dos países atingidos pela guerra, e de projetos de desenvolvimento; e (iii) a — International Trade Organization (ITO), ou — Organização Internacional do Comércio (OIC), com função de coordenar e supervisionar a negociação de um novo regime para o comércio internacional, baseado em princípios de multilateralismo e liberalismo.

Das três instituições, as duas primeiras foram criadas em 27 de dezembro de 1945, pela assinatura do Acordo de Bretton Woods. Porém, a OIC acabou não saindo do papel, pois o documento resultante da Conferência Internacional sobre Comércio, ocorrida em novembro de 1947 (a Carta de Havana), não foi ratificado pelo Congresso dos Estados Unidos, em sua maioria republicano, sob o argumento de restrições excessivas à soberania do país.

Diante do impasse, outro acordo foi negociado, adotando apenas parte da Carta de Havana, relativa à negociação de tarifas e regras sobre o comércio. O General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio, foi promulgado objetivando eliminar a discriminação e reduzir tarifas aduaneiras e outras barreiras ao comércio de bens entre signatários do acordo. Ele foi aprovado inicialmente por 23 países, entre eles o Brasil (e também os Estados Unidos, que antes havia barrado a OIC, pois, sendo a matéria tratada no GATT reduzida, não mais houve necessidade de ratificação pelo Congresso norte-americano).

Embora o GATT tenha sido concebido como acordo multilateral para a redução de tarifas, e não como organização internacional, ao longo dos anos e com o crescimento do comércio internacional, foi se transformando — de maneira pragmática e incremental — em uma organização internacional de fato, atuando como coordenador e supervisor de regras de comércio internacional, e patrocinando diversas rodadas de negociações em matéria de comércio internacional., e em 1994, através do Protocolo de Marraqueche, na famosa Rodada do Uruguai, foi aprovada a criação da OMC<sup>4</sup> — World Trade Organization (WTO) — que substituiu o GATT. O Brasil, também signatário do Protocolo de Marraqueche, internalizou a ata final com os resultados da Rodada do Uruguai por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994 e do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.<sup>5</sup>

---

4. As negociações no âmbito do antigo GATT e hoje na OMC são chamadas de **rodadas** (ou ainda, *rounds* ou rondas). A cada rodada é lançada uma agenda de temas que serão discutidos entre os membros da OMC para firmarem acordos. No GATT, ocorreram oito Rodadas de Negociação, sendo a última delas a Rodada do Uruguai, quando criada a OMC. A Rodada Doha (Agenda Doha de Desenvolvimento), a 1ª no âmbito da OMC, foi iniciada em 2001, mas sofreu sucessivos adiamentos decorrentes das dificuldades na negociação multilateral.

5. Fases de aprovação de qualquer tratado: negociação, aprovação em sede coletiva, assinatura, aprovação interna, e posterior ratificação para confirmação da vigência. Nos tratados multilaterais, normalmente após um mínimo de depósitos de ratificação, começa a

Desde 1947, quando lançado, mas não aprovado o projeto da OIC, até 1994, quando finalmente foi criada a OMC, uma série de mudanças permitiu a criação desta importante instância internacional. O fim da Guerra Fria e da bipolarização capitalista/comunista permitiu o alinhamento de critérios conceituadores e programáticos do comércio internacional. Com efeito, o bloco comunista se pautava por dirigismo econômico e metas quantitativas como principal mecanismo de condução da organização econômica global, enquanto o capitalista pregava o livre e amplo comércio como chave para o progresso das nações. Em 1994, o comércio internacional já era pacificamente entendido de forma organizada, interdependente, e cooperativa, e não de modo predatório e isolacionista, o que levou ao reconhecimento da necessidade de um órgão supranacional para administrar e harmonizar as relações entre os países.

A agenda que resultou na criação da OMC foi ambiciosa e incluiu, pela primeira vez, o comércio de serviços, bem como muitas questões controversas do comércio de produtos agrícolas e têxteis. Embora a melhoria dos mecanismos institucionais já viesse sendo desenvolvida no âmbito do GATT e de seu sistema de solução de controvérsias, não estava, inicialmente, previsto o estabelecimento de uma nova organização internacional para o comércio. Todavia, em 1990 apareceram as primeiras propostas para a criação da OMC, apresentadas pelo Canadá e pela Comunidade Europeia. Em um primeiro momento, os Estados Unidos e muitos países em desenvolvimento criticaram a proposta, estes últimos em parte porque consideravam que a United

---

vigência. No Brasil, as fases de elaboração dos tratados são identificadas, geralmente, da seguinte maneira: negociação e assinatura (de competência do Poder Executivo, conforme artigo 84, VIII da CR), aprovação interna (de competência do Congresso Nacional, conforme artigo 49, I, da CR), com posterior promulgação pela Presidência da República, por meio da expedição de um Decreto de promulgação, o qual, a partir da publicação, dá início à vigência no território nacional (esta última fase não prevista expressamente no direito positivo pátrio, mas consolidada na práica brasileira).

Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, poderia e deveria cumprir essa função de organização internacional para o comércio, mas na fase final das negociações da Rodada Uruguai, em 1993, houve consenso para criação da nova organização.

## 2. ACORDO DA OMC E FUNÇÃO JUDICANTE DA ORGANIZAÇÃO

A Rodada Uruguai foi concluída em dezembro de 1993 e em abril de 1994; o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (“Acordo da OMC”) foi assinado em Marraqueche, no Marrocos, para já em 1º de janeiro de 1995 entrar em vigor e a OMC começar a funcionar.

O Acordo da OMC é o tratado mais amplo já firmado até a atualidade em relação ao comércio internacional, tendo estabelecido a OMC como organização intergovernamental responsável pela aplicação e administração dos acordos multilaterais firmados no seu âmbito. Embora tenha apenas 16 artigos, contém numerosos entendimentos incluídos em quatro anexos,<sup>6</sup> entre os quais está, no Anexo 2, o Dispute Settlement Understanding (DSU), ou Entendimento Sobre Regras e Procedimentos que regem a Solução de Controvérsias (ESC).

---

6. Estes que se subdividem em vários documentos, a saber: i. Anexo 1<sup>a</sup>, que inclui o GATT 1994, que não se confunde com o GATT 1947, e as notas interpretativas sobre os artigos do Acordo da OMC, e ainda, confirma a vigência de outros acordos já firmados na vigência do GATT, entre os quais, o Acordo de Agricultura, o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, e o Acordo sobre Salvaguardas; ii. Anexo 1B, sobre Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS); iii. Anexo 1C: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS); iv. Anexo 2: Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias; v. Anexo 3: Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (TRP); e vi: Anexo 4: Acordos Plurilaterais (este, diferentemente de todos os Anexos anteriores, o único de adesão opcional).

Desde 1995, então, a OMC passou a gerir as relações comerciais entre os países-membros, servindo como órgão de orientação e conciliação, tentando assegurar um *fair play*, e assumindo papel importante de solução de controvérsias. O ESC consagra um mecanismo *rule-oriented* fundado em negociações multilaterais realizadas entre as nações e no estabelecimento de regras jurídicas, que são livre e voluntariamente cumpridas; em oposição há os mecanismos *power-oriented*, fundados na utilização de elementos e pressão e influência, com riscos de ameaças e retaliações unilaterais, sustentadas em supremacia econômica.

O órgão de solução de controvérsias da OMC sucedeu o sistema anterior do GATT, que havia se formado aos poucos, das sucessivas negociações e interpretações unilaterais de normas que compunham cada acordo internacional, em conjunto consideradas como *jurisprudência diplomática*. Entretanto, há diferenças importantes entre o sistema da OMC e o seu antecessor: no acordo original do GATT, não havia sequer previsão de um órgão responsável por solução de controvérsias decorrentes da execução dos acordos firmados.

Na OMC, após a experiência incremental de *judicialização*<sup>7</sup> (também chamada de *jurisdização*,<sup>8</sup> ou ainda, *jurisdicionalização*<sup>9</sup>) do sistema de solução de conflitos do GATT, desde sua criação expressamente se estruturou como instância judicante, inclusive por meio de roupagem jurídica adequada, trazendo mais segurança, previsibilidade e celeridade ao mecanismo de solução, em consonância com o desenvolvimento das necessidades do comércio internacional.

7. BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; e REDENSCHI, Ronaldo. **A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC: o litígio Brasil x Argentina no Mercosul, o caso Embraer na OMC — Brasil x Canadá**. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 73.

8. SANCHEZ, Michelle Raton. Condições especiais para os países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In AMARAL JÚNIOR, Alberto (coord.) **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 121.

9. GATTEI, Marília Machado. A importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC. In AMARAL JÚNIOR, Alberto (coord.) **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 105.

Contudo, o sistema de solução de controvérsias da OMC conserva, ainda, algumas características do sistema de relações diplomáticas, resultando, na prática, em um sistema de caráter híbrido. Por essa razão, ainda que contenha mecanismos de punição, há muitas instâncias para negociação dos Estados partes, e manifestação pelos Estados interessados. O escopo é, sobretudo *conciliatório*, e permeia todo processo destinado a resolver questões que lhe são submetidas, preferindo-se sempre a solução consensual à imposta, em linha com a natureza cooperativa das normas informadores da OMC. Além de conciliatório, o escopo é também *multilateral*, no sentido de que as decisões não apenas visam solucionar um litígio inter-partes, mas erradicar posturas das nações contratantes no âmbito do comércio internacional que violem os princípios conjuntamente acordados, priorizando o desenvolvimento do comércio como um todo.

O caráter híbrido e multilateral do sistema de solução de controvérsias da OMC acaba dando margem a diferentes interpretações dos mecanismos previstos no ESC. Portanto, quanto maior a participação das partes interessadas, não apenas dos Estados, mas também de atores não estatais, mais seus pontos de vista e interesses serão observados. Os operadores do Direito que atuam no comércio internacional devem ter ciência de que quanto maior a contribuição de cada interessado na formação da *jurisprudência no âmbito da OMC*, maior também será sua influência para a formação do conhecimento e o funcionamento da organização.

### 3. O OSC, AS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS E AS MEDIDAS DE RETALIAÇÃO

O Acordo da OMC, conferindo função judicante à organização inter-governamental, prevê o procedimento de solução de controvérsias no seu Anexo 2, em que criou o Dispute Settlement Body (DSB), Órgão

de Solução de Controvérsias (OSC), ao qual os países-membros devem recorrer quando acreditarem que estão sendo prejudicados pela atuação violadora das normas que regem o comércio internacional de quaisquer dos demais países-membros.

O mecanismo funciona de acordo com a premissa de que os países-membros concordaram com as regras firmadas e se comprometeram a respeitá-las assim como as decisões proferidas pelo DSB, que busca dar soluções imparciais que suspendam práticas violadoras, indenizem os prejuízos sofridos, ou, eventualmente, autorizem retaliações comerciais aos países-membros vencidos, em caso de não cumprimento voluntário.

Normalmente, os problemas surgem quando algum país adota uma política protetora ou permite práticas comerciais consideradas violadoras dos tratados firmados por outro país-membro, o último recorre ao DSB/OSC por meio de uma representação. Desse modo, inicia-se o processo, qualquer país-membro interessado — mesmo não sendo diretamente atingido — pode participar, seja do lado do representante ou do representado, o que reforça o caráter multilateral do órgão.

O procedimento tem uma série de etapas, a primeira obrigatória e ainda prévia, de conversações entre os países envolvidos, por meio de consultas e tentativas de acordo, conduzidas pelos mesmos, ou com auxílio de representante da OMC. Caso os países não tenham obtido sucesso para solucionar a questão na fase prévia, instaura-se o procedimento propriamente dito, chamado de Panel (usualmente identificado em português como Painel, Grupo Especial, ou Comitê), que constitui instância independente e técnica, em que se busca a despolitização das questões.

No Painel são assegurados os princípios de contraditório e ampla produção de provas e alegações, e, após diversas etapas que seguem

cronograma definido,<sup>10</sup> o processo acaba (teoricamente) em um prazo de aproximadamente seis meses a um ano, com uma decisão que tem validade e aplicação independentemente da insatisfação de uma das partes. Nesse aspecto, houve importante mudança no sistema de solução de controvérsias da OMC em relação ao do seu antecessor, o GATT, porque antes se exigia a aprovação pelo consenso dos países-membros, o que na prática permitia obstrução pela nação insatisfeita. Porém, na OMC o consenso é negativo ou reverso, isto é, exigido apenas para *impedir* a homologação da decisão, que para aplicabilidade automática passou a depender apenas da homologação no Conselho Geral do OSC, conferindo mais previsibilidade e segurança ao sistema.

Outra novidade do tratado que criou a OMC é a previsão de uma segunda instância para reexame unicamente de questões de direito, corroborando a judicialização do sistema de solução de controvérsias — o Appellate Body (Comitê ou Órgão de Apelação), composto por sete membros com mandato fixo de quatro anos, que devem ter notório conhecimento e experiência em direito internacional e comércio exterior, e que não podem ser filiados a qualquer órgão governamen-

---

10. Ao todo são nove fases no Painel: 1. Fase de apresentação de razões iniciais por escrito; 2. Primeira audiência: para apresentação de razões aos membros do Painel; 3. Réplica, para manifestação a respeito do outro lado; 4. Perícia, caso haja razão de ordem técnica ou científica, há nomeação de um perito para elaboração de um laudo em que se baseará a decisão final; 5. Intermediária, para apresentação, pelo Painel, de relatório das etapas até então percorridas, com identificação dos pontos controversos e provas apresentadas, permitindo novas considerações pelas partes; 6. Primeiras conclusões, para apresentação pelo Painel de suas primeiras conclusões sobre o processo, permitindo às partes novas alegações e revisão das conclusões apresentadas; 7. Revisão, para o Painel reexaminar suas conclusões, e também as partes novamente tentarem acordo com base nas conclusões já apresentadas; 8. Relatório final, para apresentação da decisão pelo Painel às partes, e divulgação a todos os países membros da OMC, sendo o caso, com indicação das ofensas às normas do tratado, e sugestão de alternativas de conduta; 9. Decisão final, para, após 60 dias da apresentação do Relatório final, as conclusões serem consideradas definitivas, sujeitando-se as partes ao cumprimento, ou recorrendo à Corte de Apelação.



tal de um país-membro. Qualquer das partes pode recorrer ao Órgão de Apelação, mesmo a vencedora, se entender que a decisão tomada pelo Painel não é suficiente para o atendimento de suas reivindicações. O recurso pode ser parcial ou integralmente admitido, sendo a decisão final prolatada em até 90 dias, mantendo ou modificando a decisão do Painel. A deliberação do Comitê de Apelação também depende da homologação pelo Conselho Geral do DSB, a partir da qual tem eficácia automática, podendo ser rejeitada, todavia, em caso de consenso entre os países-membros.

Cumpridas todas as etapas, o país-membro vencido deve apresentar ao DSB/OSC seu compromisso de correção da conduta tida como violadora das regras da OMC, e oferecer *medidas compensatórias* ao vencedor, pelos prejuízos que causou. O OSC continua nessa fase, como nas anteriores, em processo de negociação, para buscar a melhor forma de implementar a decisão por mútuo entendimento, sempre respeitando a premissa da melhoria das relações internacionais. Entretanto, se a parte vencida não apresentar seu compromisso, ou se as partes não chegarem a um acordo quanto às compensações oferecidas, a vencedora poderá, em razão da decisão final proferida, impor como último remédio sanções comerciais à vencida — as chamadas *medidas de retaliação*, por exemplo, via restrição comercial, imposição de cotas, ou instituição de sobretarifas, mediante prévia autorização pelo OSC, em respeito à doutrina das regras jurídicas, que contém o unilateralismo político de cada nação<sup>11</sup>.

---

11. Nas palavras de Roberto Carvalho de Azevedo e Haroldo de Macedo Ribeiro: “Além de dar cumprimento a sua função precípua de resolver conflitos comerciais entre membros da OMC, o mecanismo de solução de controvérsias revelou-se instrumento fundamental (i) na interpretação dos compromissos assumidos no âmbito dos acordos que conformam o sistema multilateral de comércio e (ii) na geração de jurisprudência que, na prática, preenche lacunas e equaciona ambiguidades que muitas vezes estão presentes nas disciplinas multilaterais de comércio. A possibilidade de obter esclarecimentos sobre o verdadeiro sentido de regras estabelecidas nos acordos da OMC pela via de deliberações

A retaliação será preferencialmente no setor envolvido no litígio (art. 22.3 do Acordo de Solução de Controvérsias), mas nada impede que possa atingir outros segmentos da indústria, caso não se obtenha a compensação desejada. Nessa hipótese, há a chamada retaliação cruzada, cuja ideia foi introduzida pelos países ricos, sobretudo pelos Estados Unidos, com o objetivo não só de estabelecer punições para o comércio de bens, mas, sobretudo, para violações em propriedade intelectual e serviços. Afinal, consideravam que, dado o fato de os países em desenvolvimento não serem produtores importantes de patentes, caso houvesse uma violação na área delas, a retaliação mais adequada seria em bens. O Brasil fez então a proposta de a via ser de duas mãos, reforçando o multilateralismo contra o unilateralismo: se a retaliação cruzada funcionaria de serviços ou propriedade intelectual para bens, deveria também funcionar de bens para serviços ou propriedade intelectual. Ou seja, deveria haver uma reciprocidade no processo de retaliação cruzada. E foi essa a posição que integrou o acordo final.<sup>12</sup>

---

de painéis e do Órgão de Apelação configura certamente um dos principais benefícios oferecidos pelo mecanismo de solução de controvérsias da organização. A jurisprudência que se forma a partir das decisões sobre os mais diversos assuntos confere previsibilidade e segurança jurídica às ações que os membros venham a adotar com base nos referidos acordos. A jurisprudência gerada pelo mecanismo de solução de controvérsias tem adicionalmente a capacidade de influenciar de maneira decisiva as negociações destinadas a alterar ou complementar o acervo das disciplinas multilaterais de comércio já acordadas. Ao esclarecer o alcance dos acordos da OMC adotados ao final da Rodada Uruguai do GATT, por exemplo, o mecanismo de solução de controvérsias oferece uma compreensão melhor a respeito dos direitos e deveres já contraídos pelos membros no passado e, assim, contribui para definir o que devem ser os “pontos de partida” para a negociação de novas disciplinas.” AZEVEDO, Roberto Carvalho de; RIBEIRO, Haroldo de Macedo. O Brasil e o mecanismo de solução de controvérsias da OMC. In ROSENBERG, Barbara; LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.). *O Brasil e o contencioso na OMC*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

12. A possibilidade de retaliação cruzada suscitou questionamentos pela doutrina especializada e os próprios países atingidos quanto à eficácia e utilidade deste mecanismo, que acaba por impor restrições a outras áreas que não as responsáveis pela violação às regras de comércio internacional, dificultando sua comercialização e contribuindo para a de-

A possibilidade de aplicação de medidas de retaliação, sobretudo a cruzada, reforça a necessidade de o mecanismo de solução de controvérsias da OMC priorizar a solução consensual, através de sucessivas consultas bilaterais e várias instâncias de negociação. É claro que a possibilidade de imputação de sanções intimida os países a buscar um denominador comum, mas essas sanções não são panaceia, e na prática podem até resolver alguns problemas, mas criarem outros.

#### 4. ATUAÇÃO DOS AGENTES ECONÔMICOS PRIVADOS

Como mencionado, a OMC possui estrutura de organização inter-governamental, portanto, constituída por Estados soberanos e com sistema de negociações e decisões que privilegia esses atores internacionais, mas que produz bastante impacto na rotina e respectiva tomada de decisões dos atores não estatais, impondo-lhes atenção, e, desejavelmente, participação na medida das possibilidades previstas no tratado internacional.

O acesso ao mecanismo de solução de controvérsias, ao menos por ora, não é franqueado para uso direto pelos agentes econômicos privados, mas o Acordo da OMC, lhes autoriza algumas formas de atuação:

---

terioração nas relações entre os países. Com efeito, pode haver setores prejudicados que dependem do fluxo normal do comércio e que nada têm com a disputa original, e sem dúvida são legitimados a questionar a legalidade e adequabilidade das medidas. Mesmo o país vencedor em uma disputa pode, ao promover medidas de retaliação, acabar prejudicando seus próprios interesses e de outros segmentos de sua indústria nacional por meio do chamado *efeito bumerangue*, fazendo com que, por exemplo, o país vencido procure outros parceiros comerciais, provocando retração no fluxo de comércio entre os dois países em área que não se pretendia atingir.

- (i) Via prestação de auxílio no acesso a informações e construção de conhecimento com relação a aspectos técnicos necessários para o adequado julgamento de cada caso pelo OSC. Neste sentido, o art. 13 do ESC, relativo ao direito à busca da informação, prevê expressamente a possibilidade de assessoramento técnico, que deverá ser solicitado pelo Painel a qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. E, um representante de um determinado agente econômico pode, com sua expertise e experiência, contribuir para uma tomada de decisão mais fundamentada e qualificada. Mas esta participação só pode ser deflagrada por iniciativa do próprio OSC (embora não se impeça a voluntária apresentação de alguém como candidato a assessor técnico ou perito, cuja atuação válida dependerá do efetivo convite pelo OSC);<sup>13</sup>
- (ii) Da mesma forma que podem prestar auxílio aos Painéis do OSC, os agentes econômicos privados podem também prestar assistência aos países-membros que atuam como parte em uma consulta ou Painel, tanto na orientação sobre aspectos técnicos, quanto na formação do argumento de defesa e elaboração das peças processuais e documentos que as integram, podendo contribuir para a tomada de decisão quanto a estratégias de defesa dos interesses respectivos. Embora a participação de atores não estatais possa ser questionada

---

13. Uma peculiaridade desta forma de atuação, prevista no Apêndice 4 do Anexo 2, é que os cidadãos dos países-membros em uma controvérsia não deverão integrar um grupo consultivo de peritos sem a anuência conjunta das partes em controvérsia, salvo em situações excepcionais em que o Painel considere impossível atender de outro modo à necessidade de conhecimentos científicos especializados. Além disso, não poderão integrar um grupo consultivo de peritos os funcionários governamentais das partes em controvérsia. Os Membros de um grupo consultivo de peritos deverão atuar a título de suas capacidades individuais e não como representantes de governo ou de qualquer organização, evitando problemas oriundos do risco de conflito de interesses.

como ameaça à soberania dos Estados na decisão de suas políticas comerciais, tendo inclusive esta sido a razão para a exclusão da previsão de sua participação em soluções de controvérsia por ocasião da negociação da Carta de Havana,<sup>14</sup> fazendo que os Estados tenham assumido o papel de partes interessadas para apresentação de consultas ou participação direta em Painéis, nada impede que eles, os Estados, se façam também, como o próprio OSC, assessorar tecnicamente por agentes econômicos privados; e

- (iii) Ainda que não diretamente vinculados a um caso específico em que colaboram mais proximamente à construção da jurisprudência da OMC, podem também os agentes privados participar da construção do conhecimento de forma genérica, contribuindo para a formação do discurso do comércio internacional, participando em discussões, formais ou informais, sobre os temas relativos ao seu interesse no comércio internacional, por exemplo através da promoção de seminários e congressos. Enfim, a participação pode ocorrer em qualquer fórum que contribua para disseminação de conhecimento e formação de um corpo técnico robusto, composto, além dos próprios agentes econômicos privados, também por representantes dos interesses dos atores governamentais, e intergovernamentais, entre estes inclusive os próprios membros que integram os grupos de trabalho da OMC, a qual deve ter em seus quadros pessoas com alta qualificação e experiência de mercado, muitas vezes egressas da iniciativa privada. A participação na formação do discurso não se resume ao entendimento e observância das normas vigentes, mas pode e deve também orientar movimen-

---

14. SANCHEZ, Michelle Raton. Atores não estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In AMARAL JUNIOR, Alberto (coord.) *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 162.

tos de questionamento ou que proponham qualquer mudança que se entenda necessária ou conveniente para o avanço do comércio internacional.

A ampliação da participação dos agentes econômicos privados no âmbito da OMC por meio de outras formas de atuação além daquelas apontadas acima é uma demanda antiga e defensável, tendo em vista sua enorme importância e legítimo interesse para o desenvolvimento do comércio internacional. Mas a participação direta em processos destinados à solução de controvérsias junto ao OSC da OMC deve ser ponderada não apenas por razões de ordem prática (pela dificuldade em prever a representação e contornar eventuais empecilhos procedimentais com atores múltiplos e heterogêneos), mas também principiológica (pelo risco de, sob o argumento de universalização do acesso, ocorrer o desvirtuamento das funções da OMC, com excessiva influência econômica por grandes grupos privados).

Ao invés de mais aberto, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC poderia facilmente se fechar, por meio de utilização sempre pelos mesmos grupos econômicos, em oposição ao pretendido objetivo de democratização de comércio internacional que ensejou a assinatura do Acordo da OMC.

Não obstante a limitação existente para atuação direta, há, como visto acima, alguns mecanismos de participação que devem ser usados e, quando bem aplicados, beneficiam não apenas o agente econômico, mas também o próprio comércio internacional, que se fortalece com a prática consistente dos diversos e múltiplos atores, governamentais, intergovernamentais e privados. Para ilustrar essa afirmação, traz-se a disputa ocorrida entre Brasil e Estados Unidos em decorrência dos subsídios concedidos pelo último, com múltiplas partes interessadas.

## 5. LIÇÕES DO CONTENCIOSO BRASIL X ESTADOS UNIDOS SOBRE O ALGODÃO

Desde o início da vigência do Acordo da OMC, o Brasil foi um dos principais atores no sistema de solução de controvérsias da organização, figurando ora como demandante, ora como demandado, e ora como terceiro interessado. A participação do Brasil no mecanismo de solução de controvérsias da OMC pauta-se, via de regra, pelo objetivo de suprimir barreiras à entrada de produtos brasileiros nos mercados de outros membros, e um dos alvos preferenciais tem sido o setor agrícola, no qual as exportações brasileiras gozam de maior competitividade. Entre os principais entraves ao comércio questionado pelo Brasil estão a imposição de barreiras não tarifárias (sanitárias, fitossanitárias ou barreiras técnicas ao comércio), as ações de defesa comercial (salvaguardas e direitos antidumping) ou, ainda, medidas que ocasionam desvio de comércio em virtude de esquemas preferenciais contidos em acordos regionais de comércio.

Outro grupo de barreiras impostas e que afetam interesses brasileiros inclui a concessão por países desenvolvidos de subsídios à exportação ou à produção doméstica, os quais conferem competitividade artificial a seus produtos nos mercados domésticos ou globais — justamente o que ocorreu no contencioso do algodão — que acabou sendo acompanhado por múltiplos terceiros interessados também prejudicados pelos subsídios, inclusive cotonicultores brasileiros, e levou à formação de importante jurisprudência sobre a matéria, limitadora de condutas violadoras da regra multilateral por parte de certos membros desenvolvidos da OMC.

O caso do algodão ilustra como o mecanismo de solução de controvérsias não é apenas um meio para obter (ou perder) vantagens econômicas, mas também para exercer pressão política e de legitimação de direitos. As disputas levadas à OMC expõem comporta-

mentos protecionistas, violações a compromissos assumidos no plano multilateral, ou a aplicação incorreta de acordos negociados. As controvérsias também se prestam a fundamentar a revisão dos acordos, bem como a discussão acerca da necessidade de preencher lacunas existentes nas disciplinas multilaterais.

Em apertada síntese,<sup>15</sup> o caso se originou em razão da política interna do governo dos Estados Unidos, que concedeu grandes subsídios aos seus produtores de algodão. Entre 1999 e 2002, a produção norte-americana de algodão foi, respectivamente, de 19,2; 19,3; 20,6; e 19,6% da produção mundial. No mesmo período, as exportações norte-americanas de algodão atingiram, respectivamente, 23,5; 24,5; 37,3; e 39,9% das exportações mundiais do produto, o que confere ao setor algodoeiro norte-americano papel de destaque no equilíbrio dos fatores que compõem o mercado internacional de algodão.

Comparativamente, no período de 1998 a 2002, a produção brasileira de algodão cresceu de 3,8% para 5% da produção mundial. Porém, as exportações brasileiras nunca superaram a parcela de 2,4% das exportações mundiais no mesmo período. O crescimento da produção e da exportação norte-americana de algodão ocorreu em um período em que os preços internacionais estavam em queda, o que levantou suspeitas de outros membros da OMC — em especial do Brasil — de que tal participação dos Estados Unidos estaria ocorrendo graças ao auxílio de subsídios agrícolas concedidos aos seus produtores, em distorção do mercado internacional de algodão.

A disputa comercial então foi iniciada pelo Brasil em 27 de setembro de 2002, com pedido de consulta apresentado ao presidente

---

15. Para maiores informações sobre o caso, ver ARAÚJO, Leandro Rocha de; VALENTIM NETO, Geraldo; SILVA, Leonardo Peres da Rocha; e MEDRADO, Renê Guilherme da Silva. Agricultura e subsídios: o “caso do algodão” (WT/DS267). In ROSENBERG, Barbara; LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.). *O Brasil e o contencioso na OMC*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.



do OSC da OMC contra os subsídios norte-americanos ao algodão, chamados de apoio doméstico, e considerados pelo Brasil incompatíveis com os compromissos multilaterais firmados pelos Estados Unidos, entre eles o Acordo sobre a Agricultura e o Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (ASCM), de 1994, da OMC.<sup>16</sup>

A consulta foi denominada United States — Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267) e, como não resultou em solução consensual, foi estabelecido um Painel, no qual se apurou a concessão de subsídios de quase 4 bilhões de dólares pagos pelos Estados Unidos a um grupo de 25 mil fazendeiros do algodão em um único ano. A demanda foi acompanhada por outros países também interessados, destacando-se os exportadores subsaarianos de algodão, que também perderam competitividade em consequência direta dos subsídios norte-americanos.<sup>17</sup>

A decisão do Painel foi proferida em 8 de setembro de 2004, com atraso devido à complexidade do assunto, determinando a retirada dos subsídios apontados. Entretanto, foi objeto de recurso pelos

---

16. Este que abrange subsídios adotados pelos países para aumento de suas exportações, classificando-os em não-acionáveis (verdes, também chamados de não distorcivos e, por isso, não sujeitos a compromissos de redução, desde que não estejam vinculados a qualquer tipo de garantia de preços a produtores, que compreendem medidas de apoio doméstico para assistência a desastres, bem como programas governamentais de pesquisa, extensão rural, infraestrutura e controle de pessoas), acionáveis (amarelos, ou âmbar, que são considerados distorcivos por compreenderem políticas internas capazes de distorcer o comércio internacional, como sistemas de sustentação de preços de mercado e pagamentos direto aos produtores — eles estão isentos do compromisso de redução desde que limitados a 5% do mercado de produção), e proibidos ou ilegais (vermelhos, que são de dois tipos, subsídios à exportação e para a substituição de importações, que distorcem os fluxos de comércio entre os diversos países). Além desses, há os subsídios azuis, distorcivos, mas isentos de compromissos multilaterais de redução, por terem menor impacto sobre o comércio internacional, por estarem vinculados a programas de limitação da produção agropecuária, sujeitos a compromissos de redução de apoio interno.

17. Ao todo, os países que formalmente ingressaram no processo foram Argentina, Austrália, Benin, Canadá, China, Chade, Taipei, União Europeia, Índia, Nova Zelândia, Paquistão, Paraguai, Venezuela, Japão e Tailândia.

Estados Unidos, tendo o Órgão de Apelação confirmado a decisão do Painel em 3 de março de 2005. Sem prejuízo da confirmação da decisão do Painel pelo Órgão de Apelação, os Estados Unidos resistiram a retirar seus programas de apoio aos cotonicultores. O Brasil então entrou com novo pedido, relativo à *implementação* das recomendações apresentadas pelo OSC, para garantir seu direito de adoção de contramedidas.

Como alegado pelo Brasil, o setor algodoeiro nos Estados Unidos se beneficiou de uma ampla rede de programas de apoio doméstico e também à exportação. Durante o período de 1995 a 2001, os produtores de algodão nos Estados Unidos receberam mais de 14 bilhões de dólares em transferências do governo, o que promoveu elevação da produção e das vendas externas da commodity, embora no mesmo período tenha ocorrido uma queda nos preços internacionais.<sup>18</sup>

O Brasil utilizou, tanto no Painel quanto no Órgão de Apelação, argumentos processuais — por exemplo, para inclusão no exame pelo OSC, de medidas norte-americanas cuja fundamentação legal havia expirado anteriormente ao pedido de consultas, mas cujos efeitos se prolongavam no tempo — e de ordem material — por exemplo, apontando a violação dos programas de pagamento e de garantias de crédito à exportação aos acordos em vigor da OMC, violação à

---

18. Significativo o levantamento que foi feito com relação à (in)eficiência do produtor americano, e o cotejo com o resultado de suas vendas no mercado internacional: *The United States is not even close to being a lowcost producer of cotton, however. A survey of the costs of producing raw cotton in 2001 by the International Cotton Advisory Committee (ICAC) shows that production costs in Benin averaged about 30 cents/lb. (and were similar for other countries in the region, such as Burkina Faso and Mali), whereas one pound of cotton produced in the United States cost almost 70 cents (ICAC 2001).* CHENG, Fuzhi. *The WTO Dispute Settlement Mechanism and Developing Countries: The Brazil — U.S. Cotton Case By: Case Study #9-4 of the Program: Food Policy for Developing Countries: The role of government in the global food system.* Cornell University. 2007. Disponível em: <https://ecommons.cornell.edu/handle/1813/55726>. Acesso em: 19 ago 2022.

cláusula de paz, bem como grave prejuízo (650 milhões de dólares) e ameaça de prejuízo aos interesses brasileiros.

O Painel, ao analisar os subsídios quanto ao preenchimento dos requisitos necessários para sua interpelação perante as regras da OMC — embora tenha afastado dois dos programas questionados do enquadramento da definição de contenção de preços — confirmou que vários dos programas apontados pelo Estado Brasileiro constituíam contribuições financeiras no sentido do art. 1 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), e, portanto, podiam ser considerados subsídios.

O Painel fez um levantamento dos programas de subsídios para o algodão que estariam diretamente vinculados aos níveis de preço de mercado, apontando alguns programas de incentivo que envolviam uma quantia muito elevada de recursos do governo norte-americano para o algodão e, além disso, que estavam vinculados à flutuação de preços de mercado. Restou verificado no Painel que os preços mundiais do algodão diminuíram entre 1995 e 2002 em razão de dois fatores principais: i) a estabilização das importações mundiais devido à diminuição da demanda de importação da China; e ii) a expansão das exportações dos Estados Unidos iniciada em 1999. Os subsídios norte-americanos ao algodão ajudaram, pois, os produtores de algodão dos Estados Unidos a aumentar sua produção, apesar da falta de dinamismo do mercado mundial. Isso exacerbou a queda do preço internacional e foi o principal motivo para o caso do algodão na OMC.

O Órgão de Apelação confirmou a decisão do Painel e também *firmou um importante precedente* ao consignar que o efeito de um subsídio pode continuar mesmo após o ano em que é concedido, não acolhendo a alegação dos Estados Unidos de que os subsídios somente deveriam ser considerados para o período para o qual fossem concedidos.

Apesar dos resultados favoráveis no Paniel e no Órgão de Apelação, o Brasil encontrou grandes dificuldades na implementação da decisão. Mesmo vencidos, os Estados Unidos não tomaram medidas concretas para a eliminação dos programas relacionados, o que afetou muito as exportações brasileiras. No dia primeiro de julho de 2005 se encerrou o prazo para que os Estados Unidos retirassem os subsídios que foram considerados proibidos pelo OSC,<sup>19</sup> sem que eles tivessem tomado providências concretas (embora algumas tivessem sido anunciadas em 30 de junho de 2005<sup>20</sup>), então o Brasil em 5 de julho de 2005 pediu autorização para adotar contramedidas, reservando-se o direito de suspender concessões e obrigações não somente na área de bens, sob a forma de impostos adicionais de importação, mas também prevendo a possibilidade de suspensão de concessões e obrigações assumidas sob os acordos de comércio de serviços (GATS) e aspectos de propriedade intelectual (TRIPS).

O pedido brasileiro, apresentado com base no art. 21.5 do ESC, foi examinado pelo OSC da OMC e, tendo os Estados Unidos apresentado objeção às contramedidas pleiteadas, o assunto automaticamente foi remetido ao procedimento de arbitragem, na forma do art. 22.6 do ESC, para determinação do montante e da forma das contramedidas que seriam autorizadas. Após negociação bilateral, os Governos brasileiro e norte-americano chegaram a um entendimento provisório<sup>21</sup> que previa suspensão imediata do procedimento

---

19. Alguns subsídios foram considerados inconsistentes com as disciplinas multilaterais e foi concedido maior prazo — até 21 de setembro de 2005 — para que os EUA tomassem medidas de remoção dos seus efeitos, ou de remoção dos próprios subsídios.

20. O Departamento de Agricultura dos EUA anunciou mudanças nos programas de garantia de crédito à exportação, e o encaminhamento ao Congresso norte-americano de propostas para retirada ou alteração em alguns programas.

21. Através de um Memorando de Entendimentos e de Acordo Quadro Brasil-EUA, pelo qual o governo norte-americano se comprometeu a realizar pagamentos mensais de 147,3 milhões de dólares ao Instituto Brasileiro do Algodão (IBA), criado para financiar atividades de assistência técnica e capacitação para o setor — assistência técnica a cotonicultores,

de arbitragem com possibilidade de solicitação a qualquer momento, pelo Brasil, de Painel para exame da consistência das novas medidas tomadas pelos Estados Unidos (Painel de revisão), bem como de retomada do procedimento de arbitragem, na forma do art. 22.6 do ESC, caso o Painel de revisão julgasse que as medidas adotadas não eram suficientes para atender às recomendações do OSC.

Entretanto, em 6 de outubro de 2015 o Brasil solicitou a abertura de um Painel de implementação por entender que as medidas adotadas pelos Estados Unidos — limitadas à revogação de um dos programas reputados violadores das normas da OMC, e a alguns ajustes de natureza administrativa a certos programas de crédito à exportação — não eliminaram os subsídios internos que também haviam sido considerados causadores de distorção. Segundo o Brasil, as medidas adotadas foram insuficientes no atendimento às determinações emanadas do OSC, tendo em vista que os principais programas de apoio interno condenados não haviam sofrido qualquer mudança e que os programas de garantias de crédito à exportação continuavam inconsistentes com a normativa multilateral da OMC. O Brasil pediu, novamente, autorização para adotar contramedidas, agora sob o art. 7.9 do ASMC, e para suspender concessões e obrigações, sob o art. 22.2 do ESC, no montante de 1.037 bilhão de dólares correspondentes ao valor médio anual dos excedentes produzidos pelos Estados Unidos como resultado da concessão dos subsídios acionáveis entre os anos de 1999 e 2002 (resultante da multiplicação do excedente anual médio pelos preços internacionais vigentes no período).

---

no Brasil, até que fosse aprovada uma nova legislação agrícola (Farm Bill) nos Estados Unidos, conforme decisão da OMC, com vistas à compatibilização dos subsídios norte-americanos para seus produtores e exportadores de algodão com as regras multilaterais de comércio. Contudo, passaram-se mais de três anos e não houve a aprovação de nova lei agrícola e, a partir de setembro de 2013, os EUA suspenderam os pagamentos ao IBA, por divergências na aprovação do orçamento pelo Congresso americano.

O OSC decidiu pelo estabelecimento de um novo Painel, então de implementação, com base no art. 21.5 do ESC, para avaliação do cumprimento, pelos Estados Unidos, das decisões da OMC no contencioso do algodão. Os Estados Unidos se recusaram ao estabelecimento do Painel, mas de acordo com as regras do ESC, a recusa da parte não impede o seu estabelecimento quando o pedido é formulado pela segunda vez perante o OSC.

O Brasil, após quase oito anos de litígio e mais de quatro anos de descumprimento pelos Estados Unidos das decisões do órgão de Solução de Controvérsias da OMC, teve ganho de causa tanto no Painel quanto no Órgão de Apelação, fazendo com que em 2008 o tema fosse remetido à arbitragem para definição de valores e modalidades de contramedidas. Em 31 de agosto de 2009, o Brasil foi autorizado a tomar contramedidas no valor de 829,3 milhões de dólares (dos quais 238 milhões de dólares foram autorizados especificamente em relação a obrigações assumidas pelo Brasil relativas aos direitos de propriedade intelectual atinentes aos Estados Unidos), o segundo maior na história da OMC, e pela primeira vez em condenação a uma política agrícola de apoio interno praticada por país desenvolvido.

O caso foi emblemático também porque foi inaugurado o mecanismo de *retaliação cruzada*, ou seja, foi autorizada a suspensão de concessões em setor distinto do acusado, que era de bens, para atingir também a indústria de serviços e a propriedade intelectual. Apesar de já autorizado antes, o mecanismo nunca havia sido colocado em prática.

Apesar das ameaças americanas contra a retaliação,<sup>22</sup> em 8 de março de 2010 o governo brasileiro publicou a lista de bens da re-

---

22. Em notícias veiculadas na mídia americana e brasileira, logo após a apresentação ao governo brasileiro de suas credenciais de embaixador dos EUA no Brasil, Thomas Shannon, indicou à imprensa que seu país estaria pronto para contra retaliar produtos brasileiros, o que seria considerado por Washington no caso de o governo brasileiro aplicar sanções

taliação comercial aos Estados Unidos, que poderia ser sujeita ao aumento do imposto de importação;<sup>23</sup> e em 15 de março de 2010 a Camex<sup>24</sup> publicou a Resolução nº 16, instaurando processo de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões ou obrigações relativas a direitos de propriedade intelectual que poderiam ser aplicadas em relação aos Estados Unidos. O objetivo era auxiliar o Conselho de Ministros a decidir pelas medidas mais eficazes<sup>25</sup> e também pelas que não prejudicassem a indústria nacional. Por isso, foram excluídos da lista produtos como bens de capital e insumos químicos.

Não obstante as medidas tomadas, o Brasil permaneceu aberto ao diálogo com os Estados Unidos, sempre para facilitar a busca de solução mutuamente satisfatória para o contencioso, e, após nova aproximação norte-americana, em 5 de abril de 2010 foi pu-

---

sobre bens americanos e propriedade intelectual autorizadas pela OMC. Nas palavras dele: “O governo dos Estados Unidos e o governo do Brasil já disseram claramente que gostariam de encontrar uma solução que evite a necessidade de retaliação. Porque a retaliação sempre provoca uma contra retaliação”.

23. Através da Resolução nº 15, de 5 de março de 2010 da Camex, publicada do DOU — Seção 1, em 8 de março de 2010, que contempla a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil em razão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 em relação aos EUA, no valor de 591 milhões de dólares, autorizado pela OMC. No total 100 produtos americanos foram relacionados para retaliação ao contencioso do algodão por meio do aumento das alíquotas de importação, por exemplo, o trigo de 10% para 30%, os automóveis de 35% para 50%, e o próprio algodão, de 6% (quando simplesmente debulhado, não cardado nem penteado), 8%, 26% (quando cardado ou penteado, ou em tecido) ou 35% (quando em tecido tinto, ou sarjado) para 100%.
24. Câmara de Comércio Exterior (Camex), órgão pertencente ao então existente Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), hoje vinculada à estrutura administrativa do Ministério da Economia.
25. Foram propostas 21 medidas em diversas áreas, como subtração de direitos de proteção de patentes e licenciamento compulsório sobre medicamentos, inclusive veterinários e defensivos agrícolas; proteção de cultivares; proteção de direitos do autor sobre obras musicais, audiovisuais e literárias; aumento de valores sobre registros de direitos de propriedade intelectual e direitos do autor; e cobrança de direitos de natureza comercial sobre a remessa de royalties para os EUA. A lista completa está publicada no site da Camex.

blicada outra Resolução Camex, a nº 20, adiando a entrada em vigor das contramedidas brasileiras sobre importações de bens norte-americanos, inicialmente até o termo final de 22 de abril de 2010, mas depois estendido até 22 de junho de 2010. Depois, a Resolução nº 43, de 17 de junho de 2010, suspendeu de vez a Resolução nº 15 que contemplava a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil. Sem embargo, na mesma semana foi promulgada a Lei nº 12.270, de 24 de junho de 2010, fruto da conversão da Medida Provisória nº 482, de 2009, que dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações assumidas pelo Brasil relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da OMC, mas que foi rechaçada pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)<sup>26</sup> e

---

26. A crítica veio através da Resolução da ABPI nº 79, de 31 de março de 2010, quando os dispositivos da lei ainda vigoravam sob a forma de Medida Provisória, nº 482, de 10 de fevereiro de 2010, em que a Associação recomendava extrema cautela na adoção das contramedidas constantes da então MP nº 482, justificando, entre outras razões, que as medidas previstas afetavam partes privadas alheias ao objeto da disputa comercial em comento, que a suspensão de direitos e obrigações em matéria de propriedade intelectual dificilmente compensaria o Brasil por eventuais prejuízos sofridos no âmbito comercial, que o uso da propriedade intelectual como forma de retaliação poderia trazer consequências preocupantes e prejudiciais à economia do país, nas relações comerciais e jurídicas internas, desestimulando investimentos no país e incentivando a pirataria, e, por fim, que o uso inadequado das medidas propostas no ato legal, em desprestígio a direitos validamente adquiridos e exercidos no Brasil, espelharia um descompromisso com a proteção e o estímulo à propriedade intelectual que poderia ter um impacto nefasto sobre o investimento, a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico brasileiro a curto, médio e longo prazos. Antes desta Resolução nº 79, a ABPI também havia publicado a Resolução ABPI nº 77, de 3 de setembro de 2009, em que, comentando o Projeto de Lei nº 1.893/2007, do deputado Paulo Teixeira (que tinha por objetivo dotar o Brasil de uma lei para regular a suspensão de concessões ou de outras obrigações em matéria de propriedade intelectual, em virtude de descumprimento de decisões da OMC sobre disputas entre o Brasil e outros membros, desde que autorizado pelo OSC), esclarecia a impropriedade de alguns termos do projeto de lei, recomendando a sua substituição, e ainda, lembrando do caráter excepcional das medidas previstas no projeto, que só deveriam ser aplicadas quando esgotados todos os meios de solução amigável para as dispu-



criticada pela doutrina por sua inviabilidade e potencial prejuízo à indústria nacional<sup>27</sup>.

Isso porque em junho de 2010, os Estados Unidos e o Brasil assinaram outro Acordo-quadro para evitar a imposição de medidas de retaliação pelo Brasil, estabelecendo medidas provisórias específicas e um processo de discussões trimestrais sobre os programas em questão. Os Estados Unidos também fizeram pagamentos mensais ao Instituto Brasileiro do Algodão para assistência técnica e atividades de capacitação para o setor, conforme previsto em Memorando de Entendimento assinado pelos dois países.

Diante da iminência do vencimento do Memorando de Entendimento e seu Acordo-quadro, em 18 de dezembro de 2013 foi publicada uma nova Resolução da Camex, nº 105, que aprovou a retomada dos procedimentos com vistas à suspensão de concessões ou obrigações assumidas pelo país no âmbito do GATT de 1994 e dos direitos de propriedade intelectual e outros, contra os Estados Unidos. Tal medida revogou a Resolução Camex nº 43, que havia suspenso a Resolução nº 15 (a que contemplava a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil) e retomando os procedimentos de consulta pública instaurados na Resolução nº 16, para definição das medidas de suspensão de concessões ou obrigações relativas a direitos de propriedade intelectual até o dia 28 de fevereiro de 2014.

Em 7 de fevereiro de 2014, quando a nova lei agrícola americana foi promulgada, finalmente incluindo mudanças significativas para

---

tas comerciais, conforme previsto no ESC da OMC, e mediante notificação aos titulares dos direitos de propriedade intelectual afetados, recomendando as mesmas cautelas que após foram reproduzidas na Resolução nº 79.

27. Neste sentido, ver artigo publicado por Gustavo Leonardos e Ricardo Dutra Nunes originalmente no jornal *Valor Econômico* em 27 de novembro de 2012 no Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/11/27/disputa-internacional-e-propriedade-intelectual.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2022.

os programas norte-americanos de subsídios internos ao algodão, foi possível, enfim, uma solução consensual para o caso. Em 1º de outubro de 2014, os dois governos chegaram a um acordo assinado em Washington para encerrar a disputa comercial relativa ao algodão, prevendo o término formal do processo do algodão no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, pelo qual o Brasil abdicou do direito de impor medidas de retaliação contra o comércio norte-americano enquanto a atual lei agrícola dos Estados Unidos estiver em vigor ou contra garantias de crédito à exportação agrícola, desde que se encontrem conforme os termos acordados.

Em contrapartida, foi previsto apoio adicional norte-americano para assistência técnica e atividades de capacitação iniciadas pelo Memorando de Entendimentos de 2010. Ainda houve o pagamento adicional de 300 milhões de dólares pelos Estados Unidos em benefício do Instituto Brasileiro do Algodão e a flexibilização para a aplicação dos recursos (como pesquisa em conjunto com instituições americanas, o que contribui para atenuar prejuízos sofridos pelos cotonicultores brasileiros — agentes econômicos privados afetados pela política protecionista norte-americana). Além disso, os Estados Unidos se comprometeram a efetuar ajustes no seu programa de crédito e garantia à exportação (o GSM-102), que passou a operar com novas taxas e prazos de garantias, dentro de parâmetros bilateralmente negociados.

O caso do algodão foi o mais emblemático de perda dos Estados Unidos e foi importante não apenas economicamente, e como precedente dentro da OMC, mas também pela imensa repercussão na opinião pública norte-americana. Os subsídios derivam de uma parte da arrecadação tributária, mas beneficiam apenas parte da população norte-americana, a qual tem *lobbies* poderosos, em prejuízo à generalidade dos contribuintes. Quando saiu o primeiro resultado

do painel do algodão, jornais importantes, como *The New York Times* e *Los Angeles Times*, notaram o alto significado da decisão da OMC. O primeiro deles chegou a afirmar, em editorial, que se sabia, até então, que os subsídios eram imorais; com a decisão, passava-se a saber que eram também ilegais.

O caso tornou-se um importante precedente para o sistema multilateral de comércio, tendo em vista que as disciplinas nele estabelecidas passaram a servir para fundamentar outras demandas relacionadas às distorções causadas pelos subsídios agrícolas no comércio internacional, tendo contribuído para os países desenvolvidos se abrirem mais à necessidade de negociação e possibilidade da redução dos subsídios, o que, no início da Rodada Doha, parecia ser impossível de acontecer.

Este contencioso acarretou uma mudança nas bases do relacionamento entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no âmbito da OMC. O Brasil é um dos principais exportadores agrícolas mundiais, estando apenas atrás dos Estados Unidos e União Europeia. A proeminência brasileira na atual rodada multilateral de negociações, a Rodada de Doha da OMC, deve-se não só à razão quantitativa como também à qualitativa, ou política, de articulação do G-20, grupo de países formado às vésperas da Reunião Ministerial da OMC em Cancun, em setembro de 2003,<sup>28</sup> que conseguiu levar à mesa de negociações o Brasil e a Índia que, junto com Estados Unidos, União Europeia e Austrália, formaram inicialmente o chamado Não grupo dos 5 (NG), que acabou sendo substituído no curso das negociações da Rodada de Doha pelo G-4, com a mesma composição, com exceção da Austrália.

---

28. Integrado pela África do Sul, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, China, Cuba, Egito, Equador, Filipinas, Guatemala, Índia, Indonésia, México, Nigéria, Paquistão, Paraguai, Peru, Tailândia, Tanzânia, Uruguai, Venezuela e Zimbábue.

## CONCLUSÃO

O caso do algodão gerou e ainda gera repercussões importantes em relação às negociações levadas a cabo no âmbito da Rodada de Doha. Foi o primeiro caso proposto por país em desenvolvimento em relação a uma política agrícola na história da OMC, influenciando, a partir das soluções adotadas no âmbito da organização, as posições negociadoras não só dos dois países diretamente envolvidos, mas também de todos aqueles interessados e afetados por políticas agrícolas. A pressão interna por força das conclusões do OSC no caso do algodão foi e continua sendo bastante significativa. Dificilmente os Estados Unidos, e países europeus, sinalizariam com a possibilidade de fazer mudanças em suas políticas agrícolas se os contenciosos não tivessem evidenciado as distorções que ocorrem com os pagamentos aos produtores.

O Brasil e outros países em desenvolvimento (PEDs), como Índia e África do Sul, defendem que, no âmbito da Rodada de Doha, os PEDs devem obter muito mais concessões dos países desenvolvidos (PDs) do que apenas aquilo que já foi garantido na Rodada Uruguaiana e confirmado em função dos contenciosos levados à frente pelo Brasil e outros. A proposta do Brasil e dos demais PEDs nesse sentido não tem sido facilmente negociada, mas não há dúvida de que as interpretações dadas aos dispositivos dos Acordos da OMC pelo Órgão de Apelação e até mesmo a falta de clareza em relação a determinados termos da decisão têm influenciado — e muito — o rumo e também o ritmo das negociações iniciadas em 2001.

Não à toa é tão difícil chegar a um acordo de base no âmbito do comércio internacional. Há grande multiplicidade de interesses, e principalmente discrepância entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, evidenciada também no caso do algodão. Esses são os grandes desafios da Rodada de Doha, iniciada em 2001 e pendente

até a atualidade, com agenda muito extensa e complexa, que envolve o comércio de bens agrícolas, o meio-ambiente, as disposições sobre trocas de tecnologia, a saúde, e a mão de obra, entre outros.

A demanda para a regulação de novas áreas na OMC continua a crescer, e muitos temas ainda estão sendo negociados. Na área comercial, busca-se o aprofundamento para a regulação do comércio virtual. Na conferência de Hong Kong, vários temas foram trazidos, como a regulação de tecnologia e a transferência de tecnologia para países em desenvolvimento. Pode-se dizer que a tendência é que cada vez mais a esfera de temas tratados pela OMC aumente, o que vai demandar muitas negociações com pressões proporcionais ao grau de desenvolvimento e poder político de cada país. Nesse cenário, o empresariado brasileiro, caso deseje aumentar sua participação no mercado internacional, deve estar preparado para acompanhar mais atentamente as negociações no âmbito da OMC, bem como os litígios solucionados pelo OSC.

Como se procurou ilustrar com o caso do algodão, os agentes econômicos privados são profundamente impactados pelas resoluções dos países-membros, sejam pelas quais estão diretamente jurisdicionadas, ou pelas que indiretamente, em função de medidas mais protetivas ou liberais, fecham ou abrem o mercado para atuação dos múltiplos concorrentes. Os cotonicultores brasileiros claramente foram prejudicados em um primeiro momento, mas, diante da atuação firme do Estado brasileiro, muitas vezes amparada no apoio técnico da própria iniciativa privada, conseguiram, ao final de um longo processo, ver revertida uma situação que lhes expunha a condições desfavoráveis de concorrência. Espera-se que, a partir dessa experiência, a atividade empresária em qualquer setor impactado seja pautada pela permanente atenção e prontidão, garantindo a melhor defesa dos seus interesses e do sistema do comércio internacional como um todo.



# ANÁLISE DO RESP. Nº 975.834/RS: O STJ NA ENCRUZILHADA ENTRE OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, SOCIETÁRIO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*João Manoel de Lima Junior<sup>1</sup>*

*Tháise Zacchi Pimentel<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é descrever, em linhas gerais, o histórico processual do REsp nº 975.834/RS e, com base no julgamento dado pelo STJ ao caso concreto, analisar a natureza jurídica

1. Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas — Uerj, Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito Econômico pela USP, São Paulo, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito — FND/UFRJ. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas — FGV Direito Rio, Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio — CPDE/FGV e coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro — NEASF.
2. Especialista em Advocacia Empresarial pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela ITE, Bauru/São Paulo, Brasil. Foi pesquisadora do Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro — NEASF vinculado ao Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio — CPDE/FGV.

dos contratos de participação financeira sob uma perspectiva de direito público e privado. Pretende-se, com esta análise, explorar (i) o impacto quantitativo dessa decisão nos julgamentos posteriores pelo STJ; e (ii) algumas das consequências geradas pela dicotomia jurídica do direito público e privado. Este trabalho, o primeiro de uma série de três artigos que abordarão o tema debatido no REsp nº 975.834/RS, se destinará a uma introdução sobre as inovações trazidas ao direito brasileiro por meio dos contratos de participação financeira, enquanto os demais trarão um foco específico com uma análise (a) à luz do mercado de capitais e outra (b) à luz do prisma do direito e desenvolvimento.

A escolha deste recurso decorre da metodologia utilizada para localização e seleção das decisões de matéria de direito societário no STJ. Esse Recurso Especial, julgado em 24 de outubro de 2007, é o caso mais citado pelo STJ em matéria de direito societário desde a fundação do Tribunal Superior, em 1989. Esse caso, cujo relator foi o ministro Hélio Quaglia Barbosa, teve uma relevância fundamental nos julgamentos que o sucederam sobre a matéria, uma vez que foi citado pelo STJ 39.967 vezes entre os anos de 2008 e 2019.<sup>3</sup>

Com base na utilização do método indutivo, foi possível estudar um caso concreto de extrema relevância ao país e trazer luz a uma *delicada* relação entre Estado e particulares no início da implementação de políticas públicas visando a universalização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Os poderes, direitos, deveres, sujeições e interesses das partes envolvidas nessa relação, que pouco foram estudados na doutrina jurídica brasileira, serão abordados neste trabalho.

---

3. FGV DIREITO RIO. REsp 975.834/RS — Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. *FGV Direito Rio*, 2020b. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/diretorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021.



A importância de analisar esse caso é de duas ordens: quantitativa e qualitativa. Sob o aspecto quantitativo destaca-se que este acórdão é até hoje a decisão judicial mais citada pelo STJ em matéria de direito societário. Além da relevância quantitativa, esse caso envolveu algumas discussões ainda pouco trabalhadas na doutrina pátria de direito societário, administrativo, e de direito consumidor. Algumas questões tangenciadas no caso foram: quais as semelhanças e diferenças entre um consumidor e um titular de uma pequeníssima quantidade de ações de uma companhia aberta? Quando é possível (ou necessário) estabelecer uma separação rígida entre as áreas do direito civil, societário ou consumerista? Essa distinção é relevante ou atende meramente interesses didáticos ou corporativistas de grupos profissionais e acadêmicos jurídicos? Quais são os limites da judicialização de políticas públicas? Por que os questionamentos teóricos e jurídicos decorrentes dessa decisão, tão relevante na prática do STJ, são tão pouco estudados na doutrina consumerista, empresarial ou de políticas públicas no Brasil? O STJ, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, consegue cumprir sua função primordial de pacificar a jurisprudência em matéria de legislação federal?

Em resposta a esses eventuais questionamentos, pode-se afirmar que a análise da peculiar estrutura do contrato de participação financeira, que reunia em um mesmo instrumento a aquisição do direito de uso de uma linha telefônica e uma troca de promessas juridicamente vinculantes para a companhia telefônica e para o consumidor do serviço público de telefonia, nos permite tirar algumas importantes lições sobre os limites dos institutos jurídicos de consumidor e de acionista minoritário.

Em 2001, uma das principais razões para o estudo do caso julgado pelo STJ no REsp 975.834 é analisar como as partes construíram suas respectivas argumentações e o STJ fundamentou a sua decisão.

A partir dessas análises, é possível propor melhorias para a regulação dos processos de captação de recursos das sociedades de economia mista por meio de acesso à poupança popular e identificar o quanto a ausência de uma clara noção sobre a estrutura dos contratos de participação financeira pode ter ocasionado o surgimento de um problema judicial massificado no judiciário brasileiro há mais de 30 anos.

Outra vantagem deste estudo é a possibilidade de analisar juridicamente a matéria de forma independente de interesses e pressões de tempo, econômicas, financeiras, profissionais, pessoais, e institucionais que circunscreveram (e circunscrevem) o debate dessa matéria no âmbito judicial. Assim, acredita-se que poderão ser extraídas da análise desse caso emblemático para o direito societário no STJ e, por consequência, para o Poder Judiciário brasileiro, algumas lições úteis para o avanço do conhecimento em direito societário, mercados de capitais, do consumidor e administrativo, tanto do ponto de vista descritivo quanto do normativo.

Descritivamente, a análise deste caso permite compreender como, no Brasil, uma política pública, mesmo quando bem-sucedida, pode resultar em um debate de décadas que demonstra algumas ineficiências decisórias, institucionais e econômicas do funcionamento do direito e Poder Judiciário brasileiro. Normativamente, a análise desse caso serve como fundamento para a formulação de proposições sobre como o direito societário, administrativo, do consumidor e das políticas públicas poderiam ser aqui aprimorados.

No caso em questão, devido à situação de exaustão fiscal do Estado<sup>4</sup> surge uma necessidade estatal de compartilhamento de custos

---

4. Até o ano de 1973 a expansão da infraestrutura instalada de telefonia fixa no Brasil era parcialmente custeada por meio do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), o qual era formado por contribuições pagas pelos usuários efetivos dos serviços de telefonia cobrados diretamente em suas contas telefônicas. Em 1974, os recursos destinados às telecomunicações passam a integrar o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND),

entre as companhias prestadoras de serviços públicos e seus usuários. Dá-se início, portanto, à política de *autofinanciamento* como meio de universalizar o acesso aos serviços de telecomunicações no país. Este modo de captação de recursos se deu por meio de contratos de participação financeira firmados entre a prestadora de serviço local ou regional (representante do Estado) e o comprador da linha telefônica. Por meio de contrato, o interessado faria o pagamento de uma quantia pecuniária que lhe daria direito (i) à aquisição do direito de uso de linha telefônica e (ii) à conversão do valor inicialmente investido em ações da companhia emitidas em seu nome.

O sistema adotado pelo Estado para financiamento no serviço telefônico brasileiro acarretou o ajuizamento de milhares de processos pelos usuários compradores das linhas telefônicas, cuja discussão abordava, em síntese, o descumprimento pelas companhias de telefonia quanto ao número de ações emitidas em benefício dos contratantes. Os autores dessas demandas alegavam que o preço de emissão da ação adotado pela companhia contrariava as normas reguladoras do tema. Para discutir o direito à complementação de ações, o STJ teve de analisar a posição jurídica daquele que firmou o contrato de participação financeira com a prestadora de serviços telefônicos, bem como a natureza das obrigações contidas no referido documento.

A análise desse caso, atualmente, traz alguns benefícios como: (i) poder identificar qual é o impacto do precedente ao longo de mais de uma década de atuação do STJ e —, pela ausência de vinculação entre a análise empreendida no ambiente estritamente acadêmico e qualquer interesse profissional ou financeiro relacionado ao julgamento

---

criado pela Lei nº 6.093/1974. Em 1981, com a extinção do FND pelo Decreto-Lei nº 1.859/1981, esses recursos foram transferidos para o Tesouro Nacional e as companhias telefônicas tiveram que adotar outras formas de viabilizar financeiramente a expansão de suas redes de infraestrutura necessárias para a universalização do acesso ao serviço público de telefonia fixa.

ou a qualquer desdobramento do processo — (ii) estudar o caso sob óticas ainda pouco exploradas na doutrina jurídica brasileira sobre a judicialização das políticas públicas no setor de telecomunicações. Nesse sentido, será analisada a atividade da companhia telefônica, enquanto sociedade de economia mista, na captação de recursos de poupança pública e no cumprimento do dever de *retribuição acionária* ao contratante (também consumidor e usuário de serviços públicos) para propor questionamentos que tragam luz a diversos temas que circundam a atuação do Estado, seja enquanto acionista majoritário de sociedade de economia mista, criada para implementação de políticas públicas, ou enquanto última instância da justiça brasileira para julgamento de matéria que lhe envolvia.

O presente trabalho pretende trazer interseções pouco exploradas pela academia jurídica brasileira, sendo possível, à luz do caso concreto, fomentar diálogos entre o direito do consumidor, direito societário e políticas públicas por meio do estudo da estrutura econômica da operação realizada, e a natureza jurídica da relação formada entre as partes. Ao final, revelam-se os possíveis pontos omissos no julgamento realizado pelo STJ além de possíveis lições e contribuições originais para a melhora na compreensão: de um lado, das políticas públicas sobre a eficiência e funcionamento do Poder Judiciário e, de outro, da doutrina sobre direito societário, regulação do mercado de valores mobiliários e direito do consumidor.

## 1. BREVE HISTÓRICO DAS SOCIEDADES DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

No início da década de 1960 a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil era de responsabilidade da União, Estados e Municípios, que prestavam esses serviços direta ou indiretamente. Entre-

tanto, não havia, qualquer tipo de regulamentação sobre os ofícios realizados pelas operadoras de telefonia. Essa descentralização, de um modo ou de outro, permitiu que o país vivesse sob a precariedade dos serviços telefônicos durante décadas,<sup>5</sup> o que, posteriormente, estimularia a edição de uma série de leis e regulamentos sobre o tema nos anos seguintes,<sup>6</sup> sendo a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), pelo Decreto nº 50.666/1961, a primeira iniciativa nesse sentido.

A ineficiência da operadora de telefonia, para satisfazer os interesses desenvolvimentistas do então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, aliada à alta cobrança tarifária, deu origem à criação da Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), por meio da Lei Estadual nº 4.073/1960. A legislação estabelecia que (i) a participação do Estado do Rio Grande do Sul em no mínimo 51% do capital social da CRT e (ii) a obrigatoriedade de subscrição de ações da CRT para obtenção dos serviços telefônicos, eram condições que perdurariam somente até a completa integralização do capital social da CRT. Dois anos depois, a recusa da então prestadora de serviços públicos no Estado, Companhia Telefônica Nacional (CTN)<sup>7</sup>, em

- 
5. KESTELMAN, Helio Nahmen. **Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) — Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002. ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Acesso em: 2 maio 2021.
  6. Decreto n.º 50.666/1961, Lei n.º 4.117/1962, Decreto n.º 53.352/1963, Decreto n.º 52.859/1963, Decreto-Lei nº 162/1967, Lei nº 5.792/1972, Portarias n.º 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 e 1.028/96 do Ministério da Infraestrutura, Lei n.º 6.093/1974, Portaria nº 261/97 do Ministério das Comunicações e Lei n.º 9.472/1997.
  7. Antes chamada Companhia Telefônica Riograndense, cuja atuação no Estado do Rio Grande do Sul datava de 1927, a CTN era subsidiária de outra empresa multinacional estadunidense, a International Telegraph and Telephone (ITT).

participar acionariamente da CRT impulsionou a edição do Decreto Estadual nº 13.186/1962. O Decreto permitiu a cassação da autorização concedida à CTN para a exploração dos serviços telefônicos no Rio Grande do Sul e a desapropriação de todos os bens vinculados às comunicações telefônicas situados naquele estado. A constituição da CRT se deu, portanto, a partir da encampação da CTN ocorrida em 16 de fevereiro de 1962.

Poucos meses depois, o Brasil instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e cria o Fundo Nacional das Telecomunicações (FNT) pela Lei nº 4.117/1962. Em 1963, o Plano Nacional de Telecomunicações permite que a sua implantação e execução se desse por meio dos recursos provenientes, dentre outros, do FNT (Decreto nº 52.859/1963)<sup>8</sup>. Mais tarde, com o objetivo de expandir a malha telefônica nacional, o Contel, por meio da Resolução nº 5, de 3 março de 1966, adota a política de autofinanciamento dos serviços de telecomunicações brasileiras.

No ano seguinte, o Decreto-Lei nº 162/1967 garantiu à União a competência exclusiva da exploração dos serviços telefônicos diretamente, ou mediante autorização ou concessão, o que permitiu que a União substituísse os estados e municípios nas sociedades de telecomunicações existentes.<sup>9</sup> Já na década de 1970, o Governo Federal inicia a regulação dos contratos de participação financeira,<sup>10</sup> e

---

8. O Decreto n.º 53.352/1963 instituiu o Regulamento do Fundo Nacional de Telecomunicações e determinou que seus recursos adviessem, dentre outros, da cobrança de *sobre-tarifa* sobre os serviços de telecomunicações. A sobretarifa era cobrada juntamente da tarifa de assinatura e de ligações.

9. A Constituição Federal de 1967, promulgada um mês após o Decreto-Lei nº 162/1967, trouxe esta mesma redação na alínea “a” do inciso XV do seu artigo 8º.

10. Portarias n.º 415/72 (vigência de 25 de agosto de 1972 a 24 de outubro de 1974), 1.181/74 (vigência de 25 de outubro de 1974 a 14 de dezembro de 1976), 1.361/76 (15 de dezembro de 1976 a 6 de dezembro de 1990), 881/90 (vigência 7 de fevereiro de 1990 a 16 de julho de 1991), 86/91 (vigência 17 de julho de 1991 a 19 de agosto de 1996) e 1.028/96 (vigência de 20 de agosto de 1996 a 31 de janeiro de 1997).

cria a sociedade de economia mista Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras) que funcionaria como uma holding das demais sociedades de telecomunicações que operavam no país (Lei nº 5.792/1972). Em 1974, ela se torna concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações (Decreto nº 74.379/1974).

Na década de 1990, o Brasil dá seu primeiro passo em direção à desestatização do setor de telefonia: é retirada a competência da União para exploração dos serviços de telecomunicações<sup>11</sup>. Mais tarde, a Norma nº 6/97 — Tarifa de Habilitação do Serviço Telefônico Público, aprovada pela Portaria nº 261/97 do Ministério das Comunicações — substitui o sistema de autofinanciamento para expansão das telecomunicações pelo pagamento exclusivo de Tarifa ou Preço de Habilitação. No mesmo ano, o Governo Federal dá início ao processo de privatização das telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) por meio da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). Já em 1998, é aprovado o (i) Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações (Decreto nº 2.534/1998), pelo qual a Anatel dá início ao processo de desestatização das telecomunicações brasileiras e (ii) o modelo de reestruturação e desestatização das sociedades de telecomunicações (Decreto nº 2.546/98). No Rio Grande do Sul, a TBS Participações S.A. adquire o controle acionário da CRT em 1998. Em janeiro de 1999, ocorre a cisão da Companhia Riograndense de Telecomunicações. A Celular CRT Participações (Celular CRT), responsável pela telefonia móvel, seria adquirida pela Telefônica Data Brasil Holding S.A. em junho de 2000, enquanto a TBS venderia a CRT (telefonia fixa) a Brasil Telecom S/A em julho de 2000. Em 2010, a Oi compraria a Brasil Telecom Participações

---

11. A alteração foi introduzida pela emenda constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o artigo inciso XI e alínea “a” do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal de 1988.

S/A, holding da Brasil Telecom S/A, e a sucederia nas obrigações da operadora.<sup>12</sup>

## 2. SÍNTESE DO PROCESSO JUDICIAL

### 2.1 Do julgamento em primeira instância

Em 4 de janeiro de 2006, os adquirentes de linhas telefônicas ajuizaram ação de complementação acionária contra a Brasil Telecom S/A. A alegação era que o contrato de participação financeira firmado com a CRT (sucédida pela Brasil Telecom), em outubro de 1994, lhes dava direito ao uso do terminal telefônico e a titularidade de ações na quantia correspondente ao valor pago no momento da assinatura do contrato. Para os autores, a demora da CRT a respeito da emissão das ações majorou o valor unitário da ação e, por consequência, diminuiu o número de ações as quais teriam direito. O pedido da ação consistia na condenação da Brasil Telecom S/A a emitir, em complementação, a diferença de ações que lhes seriam devidas, ou, indenizá-los pelo descumprimento do contrato; ou, ainda, lhes restituir o valor com correção monetária e juros, deduzindo desta quantia às ações já subscritas pelos autores.

No julgamento de primeira instância, a respeito do prazo prescricional da ação proposta, o juízo considerou inaplicável: (i) a alínea “g”, inciso II do art. 287 da Lei das S.A., em decorrência do inci-

---

12. Mais de 140 mil ações judiciais discutiam os planos de expansão do sistema Telebras com valor estimado de exposição por de 3,71 bilhões de reais, quantia que não teria sido detectada pela Oi durante o processo de *due diligence* realizado para a aquisição do controle acionário da Brasil Telecom Participações. Fonte: POSSEBOM, Samuel. **A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1.** *Exame*, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Acesso em: 5 maio 2021.



dente de uniformização de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), e (ii) o art. 206 do Código Civil de 2002 (CC/02), pois sua retroatividade demonstraria que a ação proposta estaria prescrita antes mesmo da edição do novo código.

A inconstitucionalidade das Portarias, editadas pelo Ministério das Comunicações, aventada pelos autores, também não foi acolhida. Os autores alegaram que o preço de emissão da ação deveria corresponder ao patrimônio líquido na data do aporte financeiro, em obediência ao art. 170 da Lei das S.A. O juízo, todavia, considerou que o parágrafo 1º do art. 170 apenas determinava que a formação do preço de emissão das ações deveria, tão somente, considerar três aspectos: (Ii) a perspectiva de rentabilidade da companhia, (IIii) o valor do patrimônio líquido e (IIIiii) a cotação de suas ações em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado. Caberia, portanto, à Assembleia Geral da companhia a fixação do preço de emissão das ações. Ainda sobre o tema, foi decidido que o patrimônio líquido da companhia, evidenciado pelo balanço, seria formado por: capital social, reservas de capital, reservas de reavaliação, reservas de lucros e lucros ou prejuízos acumulados, conforme arts. 178 e 182 da Lei das S.A.<sup>13</sup>. Nesse sentido, concluiu-se que o valor pago pelos autores não refletia a sua efetiva capitalização, e que o valor patrimonial das ações só poderia ser apurado a partir do balanço realizado pela companhia.

Quanto ao momento da apuração do valor da ação, o juízo entendeu que seu valor seria apurado no fim do exercício social anterior à Assembleia Geral da companhia que aprovou a emissão das ações para os autores. Dessa forma, o juízo decidiu que a conduta da ré respeitou as normas reguladoras de sua concessão, a Lei das S.A. e a própria Constituição Federal. Portanto, não haveria direito à subscri-

---

13. Nesta época, os artigos 178 e 182 da Lei das S.A. contavam com a sua redação original.

ção complementar de ações, e, por consequência, direito a dividendos. Desse modo, a ação foi julgada improcedente em primeira instância.

## 2.2 Recurso de apelação

Os autores reiteraram os fundamentos da petição inicial no recurso de apelação interposto, enquanto a ré, em suas contrarrazões, pleiteou a extinção da ação, ou sua improcedência, em face de (i) sua ilegitimidade passiva, e (ii) a ocorrência de prescrição.

Em julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) decidiu que os autores exigiam a responsabilidade civil da companhia quanto ao parcial cumprimento da obrigação contratada. Desse modo, o TJ/RS afastou a aplicação dos prazos prescricionais dispostos na alínea “g”, inciso II do art. 287 da Lei nº 6.404/1976, e no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor para aplicar a prescrição ordinária prevista no Código Civil.

Quanto à complementação de ações requerida pelos autores, o Tribunal determinou que o cálculo deveria considerar, como base, o valor patrimonial da ação à data do pagamento realizado pelos autores. Portanto, a apuração do número de ações se daria pela divisão do valor pago à vista, quando da pactuação do contrato de participação financeira, pelo valor patrimonial da ação no respectivo dia, com a devida dedução da quantidade de ações já emitidas pela companhia em benefício dos autores. Contudo, o TJ/RS considerou que o cálculo feito pela sociedade ré considerou outra data: enquanto a *integralização* do capital foi feita no mês de novembro de 1994, data na qual o valor patrimonial das ações era de 0,057504 reais, a emissão de ações se deu somente em 30 de junho de 1995, pelo valor patrimonial de 0,6290 reais. Assim, em relação à análise empreendida pelo TJ/RS, constatou-se que os autores faziam jus à diferença de ações, com base no valor patrimonial da ação na data da integralização (0,057504 reais).

## 2.3 Do recurso especial

Insatisfeita com a decisão proferida pelo TJ/RS, a Brasil Telecom S/A recorreu ao STJ em busca da anulação ou reforma do acórdão.<sup>14</sup> O pedido de anulação do recurso do TJ/RS se baseou na alegada inexistência de fundamentação legal para o provimento do recurso de apelação, enquanto o pedido de reforma em razão da (i) prescrição da ação — alínea “g”, inciso II do art. 287 da Lei nº 6.404/1976 — e (ii) correta apuração do valor patrimonial da ação na data da integralização. Inicialmente o recurso foi direcionado para a Quarta Turma de Direito Privado, entretanto, por decisão do ministro relator, Hélio Quaglia Barbosa, o recurso foi remetido à 2ª Seção de Direito Privado do STJ para julgamento, conforme art. 14, inciso II, do Regimento Interno do STJ.

No julgamento do recurso, o STJ manteve o posicionamento do TJ/RS sobre a impossibilidade de aplicação da prescrição disciplinada pela alínea “g”, inciso II do art. nº 287 da Lei das S.A. sob as mesmas razões<sup>15</sup>. Ademais, o STJ afirmou que a condição de acionistas aos autores (*status socii*) só seria adquirida a partir da subscrição das ações, concluindo, conseqüentemente, que os autores não eram acionistas em relação às ações demandadas judicialmente e, portanto, não poderia a Lei das S.A. reger a pretensão deduzida em juízo<sup>16</sup>.

14. A Brasil Telecom requereu a anulação do acórdão proferido pelo TJ/RS por violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, do Código de Processo Civil/1973 (CPC73), ou sua reforma por violação dos artigos 3º e 267, inciso VI do CPC73; do artigo 287, inciso II, alínea “g” da Lei n.º 6.404/1976; dos artigos 3º e 4º da Lei 7.799/1989 e 170, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 6.404/1976, e, finalmente, por violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC73.

15. Embora o STJ tenha sido omissivo sobre o artigo do Código Civil (CC) aplicável ao caso, acredita-se que tenha se referido ao prazo prescricional de dez anos contido no artigo 205 do CC/2002.

16. O STJ fez uma curiosa divisão no *status socii* dos autores, reconhecendo, portanto, a possibilidade de a condição de acionista existir apenas para determinados assuntos.

A respeito do momento correto para apuração do valor patrimonial das ações, o STJ considerou os seguintes pontos: (i) a prestadora dos serviços telefônicos teria até 12 meses, a contar da data do valor pago pelo contratante, para promover a retribuição em ações equivalentes à quantia paga; (ii) a quantidade de ações seria calculada por meio da divisão do valor pago pelos contratantes pelo valor patrimonial de cada ação; e (iii) o valor patrimonial das ações é obtido pela divisão do patrimônio líquido da sociedade pelo número de ações emitidas pela sociedade a ser definido com base no balanço elaborado ao final do exercício (inciso I do art. 176, da Lei nº 6.404/1976). A partir disso, o STJ reconheceu que a emissão das ações com valor unitário definido, com base no balanço imediatamente *posterior* ao pagamento realizado pelo contratante, acarretaria uma diminuição na quantidade de ações por ele *recebidas*, enquanto a solução adotada pelo TJ/RS, da emissão de ações considerando o balanço imediatamente *anterior* à integralização, apenas *inverteria o prejuízo*,<sup>17</sup> passando este a ser integralmente da companhia<sup>18</sup>. De qualquer modo, em ambas

---

Contudo, não explicou detalhadamente como se reconhece esta *peculiar* condição de acionista em determinadas matérias e não em outras.

17. Antes do julgamento do REsp nº 975.834, já tinham sido proferidas 18 mil decisões judiciais monocráticas ou colegiadas nas demandas judiciais entre as companhias telefônicas e suas contrapartes nos Contratos de Participação Financeira. PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. *O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí — Univali, Itajaí, 2008, p. 99.
18. Optou-se pela utilização do termo *emissão* de ações devido à interpretação do ato jurídico a ser praticado pela companhia, embora o STJ tenha identificado o mesmo ato como a prática de *subscrição* de ações. Enquanto *emissão* de ações é um ato jurídico unilateral que decorre da aprovação da Assembleia Geral, a *subscrição* é o ato jurídico, também unilateral, realizado pelo particular interessado em se tornar acionista da sociedade. Portanto, se há determinação para que a companhia utilize certo critério para apuração do valor patrimonial da ação, estar-se-ia falando, necessariamente, da obrigação da companhia *emitir* ações.

as soluções utilizadas para apuração do valor patrimonial, seja pela companhia, ou pelo TJ/RS, remanesceria o desequilíbrio contratual.

Para análise do caso concreto, o STJ considerou que (i) um dos autores firmou o contrato de participação financeira em 5 de outubro de 1994, momento no qual efetuou o pagamento de R\$ 1.007,07 de reais; (ii) a retribuição acionária realizada em 30 de junho de 1995 lhe deu direito a 1.717 ações da CRT; (iii) o valor patrimonial das ações relativo ao balanço anterior à integralização era de R\$ 0,057504 reais e fora praticado entre primeiro de julho de 1994 e 28 de abril de 1995 enquanto (iv) o valor patrimonial apurado no balanço posterior era equivalente à R\$ 0,628906 reais e se praticara entre 29 de abril de 1995 e 29 de abril de 1996. Em busca do equilíbrio contratual, o STJ determinou que o valor patrimonial da ação deveria ser apurado com base no balancete patrimonial realizado no *mês* da respectiva integralização pelo contratante.

O STJ também argumentou que não haveria o risco de alteração dos registros e documentos contábeis, porquanto a CRT, sucedida pela Brasil Telecom S/A, fazia parte da administração pública indireta, de modo que seus balanços e balancetes eram submetidos ao controle de órgãos fiscalizadores, dentre eles a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (TCE/RS) e a Controladoria e Auditoria Geral do Estado (Cage).

O STJ definiu, ainda, que nos contratos de participação financeira, a data da *integralização*<sup>19</sup> seria a data do efetivo pagamento feito pelo contratante com base no contrato, e não na data de sua assinatura. Em casos de pagamento em parcelas sucessivas em bene-

---

19. Apesar do STJ ter adotado o termo *integralização* ao longo de sua decisão, ressalta-se que a integralização de fato só ocorre após a emissão das ações pela Assembleia Geral e subscrição pelo interessado em participar do capital social da sociedade (artigo 106 da Lei nº 6.404/1976). Assim, seria equivocado afirmar que a integralização das ações ocorreu em momento anterior a sua emissão pela companhia.

fício da companhia, a data da integralização seria a data do pagamento da primeira parcela. Ao final, o STJ conheceu, parcialmente, o recurso especial da companhia e nessa parte lhe deu provimento para determinar que o valor patrimonial da ação fosse apurado com base no balancete correspondente ao mês da integralização.

### 3. ANÁLISE DA DECISÃO

Depois de analisado o histórico e desdobramento do caso julgado no REsp 975.834, serão tecidas considerações sobre a decisão dada pelo STJ ao caso, e as possíveis lições e controvérsias jurídicas e de políticas públicas que podem ser extraídas dessa deliberação paradigmática do STJ. Assim, o presente item está subdividido em três segmentos específicos: primeiro será analisada a discussão do STJ sobre o momento de emissão das ações e a forma de apuração do seu valor patrimonial — principal ponto discutido no caso e no qual foi adotada uma tese inovadora pelo STJ que mudou a forma como estas ações entre contratantes e companhias telefônicas passaram a ser julgadas. Em segundo lugar, serão analisados o conteúdo do contrato e posição jurídica das partes no contrato de participação financeira — análise essencial para a compreensão completa de todas as relações jurídicas estabelecidas entre a administração pública direta e indireta e os particulares nesse instrumento jurídico e não apenas aquelas que foram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Por fim, e de modo inovador, será analisada a natureza jurídica dos contratos de participação financeira — com base em uma perspectiva de direito econômico, considerando-se os elementos de direito público e de direito privado relacionados com os contratos de participação financeira.

### 3.1 Momento de emissão das ações e a forma de apuração do seu valor patrimonial

Primeiramente, é preciso analisar se a promessa de emitir futuramente ações representativas do seu capital social em *benefício* dos usuários das linhas telefônicas era uma obrigação que poderia ter sido legalmente assumida pelas companhias telefônicas. Uma das principais críticas feitas à época se fundava na impossibilidade de a companhia negociar suas próprias ações (prevista no art. 30 da Lei nº 6.404/1976).<sup>20</sup> Outra crítica se deve ao fato de a companhia estar, na prática, assumindo perante terceiros uma obrigação que juridicamente não lhe cabe, uma vez que aprovar a emissão de ações para o aumento do capital é uma prerrogativa exclusiva dos sócios da sociedade reunidos em Assembleia Geral e não da própria companhia. Assim, se a companhia se comprometesse a emitir as ações, mas os acionistas reunidos em Assembleia Geral simplesmente não aprovassem o aumento de capital, ou, ainda, se aprovassem o aumento do capital, mas exercessem os seus direitos de preferência para subscrevê-las (art. 171 da LSA), a companhia telefônica se veria diante de um impasse (e potencial ilegalidade) de difícil resolução.

É necessário salientar que (i) a determinação de emissão das ações em proveito dos usuários contratantes decorreu, ao longo do tempo, da Lei estadual nº 4.073/1960 (no caso da CRT), das Portarias do Ministério da Infraestrutura, e do Estatuto social; e que (ii) somente os órgãos representativos da sociedade podem, de fato, vinculá-la às obrigações perante terceiros. Isto é, a obrigação imputada à sociedade ocorreu, de qualquer modo, por deliberação estranha aos órgãos com

---

20. A mesma proibição esteve contida no artigo 15 do Decreto-Lei nº 2.627/1940, que regulava as sociedades por ações no momento que os contratos de participação foram introduzidos no Brasil.

poderes de representação (art. 138, § 1º da LSA. Portanto, a operação não poderia ser considerada como negociação pela sociedade com as suas próprias ações.<sup>21</sup>

No caso analisado, e nas milhares de ações ajuizadas no Rio Grande do Sul até março de 2007, o principal tema debatido foi a quantidade de ações a serem *recebidas* pelos particulares contratantes com as companhias telefônicas. Afinal, dependendo do critério utilizado, os particulares poderiam receber mais ou menos ações da companhia telefônica e, assim, ter acesso a mais ou menos direitos patrimoniais (dividendos) ou políticos (voto) na companhia telefônica ou sua sucessora empresarial.

No contexto específico dos contratos de participação financeira firmados pela antiga CRT, o seu Estatuto Social, com redação vigente entre 1978 e 1996, previu que o preço de emissão das ações seria “o de seu valor patrimonial decorrente das demonstrações financeiras do exercício social anterior àquele em que ocorrer a emissão das ações, porém, nunca, inferior ao seu valor nominal”. Em complemento ao tema, o item 5.1.1 da Portaria nº 86/91 do Ministério da Infraestrutura estabeleceu que “a capitalização deverá ser efetuada com base no valor patrimonial da ação, apurado no primeiro balanço elaborado e auditado após a integralização da participação financeira”, e o item 5.3 determinou que a retribuição acionária deveria ocorrer, no máximo, seis meses após a data do encerramento do balanço auditado.<sup>22</sup> Em suma, a retribuição acionária aos contratantes teria como base o valor patrimonial da ação, apurado em balanço realizado após pagamento da linha telefônica (integralização), e seria realizada, no máximo, seis meses após o

---

21. VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. **Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nº 146, p. 30-45, 2007.

22. Esta Portaria teve vigência de 17 de julho de 1991 a 19 de agosto de 1996.



referido balanço. De um modo, ou outro, o preço de emissão das ações consideraria o balanço *posterior* à integralização.

Após o parecer jurídico elaborado por Wald,<sup>23</sup> outros dois foram realizados, esses, todavia, já voltados para a discussão instaurada pela decisão dada pelo STJ no recurso ora analisado: se o valor patrimonial da ação, para fins de fixação do preço de emissão de ações nos aumentos de capital, deveria utilizar como base para cálculo (i) o balanço patrimonial anual anterior ao aporte de recursos pelos usuários contratantes, conforme Estatuto Social da CRT, ou (ii) o balanço patrimonial mensal apurado no mês da respectiva integralização, conforme posicionamento adotado pelo STJ. Modesto Carvalhosa<sup>24</sup> elaborou seu parecer a pedido dos autores da ação, enquanto Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>25</sup> a pedido da companhia.

Em seu parecer, Carvalhosa, primeiramente, pontuou que o contrato de participação financeira “consubstancia um negócio jurídico de subscrição de aumento de capital”.<sup>26</sup> Em análise detida à questão colocada pelo recurso especial, o autor ponderou que os balancetes mensais não poderiam ser utilizados como base para elaboração do valor patrimonial da ação para fins de fixação do preço de emissões

---

23. WALD, Arnaldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

24. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

25. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.

26. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor). p. 4.

de ações.<sup>27</sup> Para ele, (i) a validade e eficácia do balanço anual perante os acionistas e terceiros depende de sua publicação e aprovação pela Assembleia Geral Ordinária; (ii) o balancete mensal constitui ato material e não ato jurídico, porquanto não é elaborado na forma e rigidez do balanço anual; (iii) o estatuto social da sociedade previa a utilização do balanço anual para composição do valor patrimonial da ação e, portanto, deveria ser obedecido; e (iv) a lei permitia a elaboração de balanços apenas para negócios jurídicos específicos e disciplinados pela lei societária. Ao final, concluiu que a retribuição acionária deveria considerar o valor patrimonial da ação com base no balanço patrimonial anual anterior ao pagamento feito pelo contratante.

Leães, por outro lado, afirmou que o contrato tinha natureza de “adiantamentos para futuros aumentos de capital” em decorrência da obrigação gerada para a companhia em face dos usuários adquirentes das linhas de telefônicas que consistia em “lhes entregar [...] ações correspondentes aos valores adiantados”.<sup>28</sup> Para ele, a Portaria 86/91, ao estabelecer que a capitalização seria efetuada com base no valor patrimonial da ação apurado no primeiro balanço após a integralização, não determinou que o cálculo deveria ser feito necessariamente com base no balanço anual do exercício. Portanto, ao contrário da posição perfilhada por Carvalhosa,<sup>29</sup> considerou que o balancete mensal poderia ser utilizado para fins

---

27. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucudida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor), p. 15.

28. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 900.

29. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucudida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do

de cumprimento da obrigação da companhia, visto serem “peças contábeis fidedignas e viáveis para exibir a evolução do quadro patrimonial nos momentos que são levantados” admitidas pela própria Lei das S.A. para outras questões de fins societários.<sup>30</sup> Em seu parecer, defendeu a legalidade da decisão tomada pelo STJ desde que os balancetes fossem elaborados em conformidade às regras aplicadas para o balanço anual descritas na Seção II do Capítulo XV da Lei nº 6.404/1976.<sup>31</sup>

Em que pese os esforços desses autores, é necessário reconhecer que as análises foram realizadas por ocasião dos pareceres jurídicos que lhes foram solicitados à época. Como pode ser observado, o recurso analisado sequer enfrentou as questões de direito público que envolviam a discussão, razão pela qual era de se esperar que os pareceres tampouco as abordassem, sob pena de extrapolar os limites litigados pelas partes. Em vista disso, as raras tentativas doutrinárias de analisar juridicamente o tema estavam restritas ao direito privado e limitadas, sobretudo, ao escopo da lide e ao momento processual em que o parecer era elaborado. De outro lado, também é importante reconhecer a omissão do STJ quanto às questões de Direito Público que envolviam este recurso: tampouco foram enfrentadas, diante das teses adotadas pelos ministros julgadores, ou lembradas de sua relevância, em função da escolha da 2ª Seção de Direito Privado para julgamento do caso.

Outro ponto importante sobre a política de autofinanciamento das companhias telefônicas consiste na substancial mudança quan-

---

preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

30. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 910.

31. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 910.

to a necessidade de subscrição das ações para acesso aos serviços telefônicos. Enquanto nos contratos de participação financeira originalmente firmados pela CRT na década de 1960 a subscrição, prévia e compulsória, das ações da companhia telefônica seria obrigatória para contratar os seus serviços de telefonia somente até a completa integralização do capital<sup>32</sup> (ou seja, até a formação da base material necessária para o início das atividades da companhia), as Portarias editadas pelo Ministério da Infraestrutura, no início da década de 1970, estabeleceram que o valor pago pelo usuário previamente para a instalação da linha telefônica daria direito a essa “retribuição acionária”.<sup>33</sup>

Por fim, destaca-se que as sociedades de economia mista, por serem regidas pela Lei das S.A. (art. 235), somente podem emitir os mesmos títulos e valores mobiliários que estão legalmente autorizados para quaisquer outras sociedades anônimas. Isto é, a captação de recursos pela emissão de dívida ou de capital da sociedade de economia mista deve acontecer da mesma forma praticada pelas demais sociedades anônimas não controladas pelo Estado. Portanto, essa captação de recursos pela companhia telefônica, que acessou a economia popular sob o poder de império Estatal, se deu de modo atípico e, potencialmente, ao arripio das Leis nº 5.768/1971<sup>34</sup> e nº 6.385/1976.

---

32. Artigo 13 da Lei Estadual nº 4.073/1960 (Rio Grande do Sul).

33. A rigor, segundo a melhor técnica jurídica e contábil, esta suposta retribuição acionária poderia ser caracterizada como uma operação de conversão de reservas ou dívidas da sociedade em capital social ou de emissão de novas ações a ser subscritas pelos contratantes.

34. O inciso V do artigo 7º da Lei nº 5.768/1971, em sua redação original, dispunha que “qualquer outra modalidade de captação antecipada de poupança popular, mediante promessa de contraprestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza” dependia de prévia autorização do Ministério da Fazenda.

### 3.2 Conteúdo do contrato e posição jurídica das partes no contrato de participação financeira

Para verificar os eventuais erros e acertos dessa decisão é preciso, primeiro, analisar a estrutura econômica e a natureza jurídica da operação contratada entre a companhia telefônica e suas contrapartes. A utilização do termo, assaz genérico, “contraparte” para referência às pessoas físicas e jurídicas que firmaram os Contratos de Participação Financeira (“Contrato de Participação”) com a companhia telefônica se deve a uma das principais dificuldades para a correta definição da natureza jurídica dos Contratos de Participação: estabelecer a natureza da posição jurídico-contratual daqueles que contrataram com a companhia telefônica. Afinal, na forma como a operação foi realizada, estabeleceram-se entre eles e a companhia, pelo menos, dois vínculos de natureza jurídico-pública e dois vínculos de natureza jurídico-privada.

Do âmbito de natureza jurídico-pública, as contrapartes da companhia telefônica firmaram os Contratos de Participação, inicialmente, na qualidade de administrados compelidos pela administração pública indireta a participar do financiamento de uma política pública necessária para a expansão da rede de telefonia fixa no Brasil na década de 1990;<sup>35</sup> e, posteriormente, na qualidade de usuários dos serviços públicos de telefonia fixa prestados pela companhia telefônica.

Por outro lado, no campo de natureza jurídico-privada, as contrapartes da companhia telefônica firmaram os Contratos de Participação, primordialmente, como postulantes a se tornarem consumidores

---

35. Sobre a infraestrutura deficiente no setor de telecomunicações no Brasil a partir da década de 1940, ver: ARANHA, Márcio Iorio *et al.* **Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório.** *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Acesso em: 2 maio 2021.

dos serviços de telefonia fixa prestados pela companhia telefônica e, secundária e inadvertidamente, como investidores destinatários de uma operação atípica de captação de poupança pública por meio da emissão em massa de oportunidades de investimento em ações da companhia telefônica a ser futuramente emitidas pela companhia telefônica e subscritas pelos contratantes.

Essa peculiar combinação de relações jurídicas públicas e privadas mantidas entre a companhia telefônica (sociedade de economia mista integrante da administração pública indireta atuando diretamente na esfera econômica em regime de monopólio estatal), estabelecida com base em institutos jurídicos que eram pouco comuns na reflexão jurídica brasileira da época, pode explicar porque alguns dos direitos e deveres oriundos destes Contratos de Participação geraram tanta controvérsia jurídica e ocuparam grande parte da atenção do Poder Judiciário<sup>36</sup> e da advocacia a partir da década de 1990.

Sobre as *inovações* jurídicas reunidas no Contrato de Participação Financeira, destaca-se que, apesar de os contratos de “Participação Financeira” com características similares aos tratados, no caso em análise, terem sido firmados no Brasil desde a década de 1960, alguns institutos (um pouco) capazes de aclarar o regime e a natureza jurídica desses contratos somente vieram a ser positivados no direito brasileiro a partir dos anos 2000, ao passo que outros ainda permanecem estranhos ao nosso ordenamento jurídico, como será visto a seguir. Por exemplo, o conceito de contrato de investimento coletivo, bem como a sua definição como valor mobiliário, só vieram a ser positivados no Brasil em 2001 (pela Lei nº 10.303/2001

---

36. Para informações sobre a prevalência desta discussão na prática do STJ em matéria de direito societário, ver: FGV DIREITO RIO. **O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet nº 1** — Apresentação geral do projeto de pesquisa. *FGV Direito Rio*, 2020. Disponível em: [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/des-tj\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/des-tj_x_fact_sheet_no_1.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.

que incluiu o inciso IX ao art. 2º da Lei nº 6.385/1976) e a proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos prestados diretamente pela administração pública, ou mediante concessão, permissão ou autorização, somente veio a ser positivada no Brasil em 2017 (pela Lei nº 13.460/2017 que aprovou o “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”).

Portanto, qualquer ponderação sobre o eventual acerto ou desacerto do tratamento jurídico conferido pelo STJ ao REsp 975.834 depende, inicialmente, da definição da situação fática e das funções econômicas por ele veiculadas entre as partes; e da natureza jurídica do Contrato de Participação Financeira. Quanto aos aspectos fáticos e econômicos, os seguintes atos materiais e jurídicos eram praticados pelas partes após a assinatura do Contrato de Participação Financeira:

1. o particular, interessado em contratar o serviço de telefonia fixa, transferia uma quantidade de recursos financeiros para a companhia telefônica;
2. os recursos transferidos pelo particular compunham as disponibilidades de caixa da companhia telefônica;
3. a companhia telefônica instalava uma nova linha de telefonia fixa no endereço informado pelo contratante e assim expandia a sua rede total de cobertura do serviço;
4. o contratante passava a utilizar o serviço de telefonia fixa e remunerava a companhia telefônica mensalmente pela prestação desses serviços;
5. a companhia telefônica, em até 12 meses após a data em que recebeu os recursos financeiros do contratante, tinha o seu capital social aumentado por meio da emissão de novas ações aprovada em Assembleia Geral de Acionistas;

6. após a emissão, o cliente *recebia*<sup>37</sup> estas novas ações da companhia telefônica.

Após a descrição das etapas 1 a 6, para que a operação administrativa, comercial e financeira firmada entre a companhia telefônica e suas contrapartes no Contrato de Participação Financeira fosse concluída, percebe-se que um único instrumento jurídico firmado entre elas consubstanciava, no mínimo, três relações jurídicas distintas entre os particulares e a companhia telefônica:

1. uma relação de captação de recursos pela companhia telefônica para viabilizar a expansão suada infraestrutura necessária para a prestação e expansão do serviço público de telefonia. Sendo assim, uma relação jurídico-pública, haja vista que a legislação e regulação aplicável à prestação dos serviços públicos de telefonia *permitia*<sup>38</sup> que a companhia telefônica adotasse uma

---

37. A rigor, seria tecnicamente impreciso dizer que um acionista assumiu tal condição por meio do “recebimento” de ações emitidas por uma sociedade anônima (acionista como sujeito passivo do ato jurídico), dado que a condição de sócio de uma sociedade depende de manifestação de vontade expressada pelo ingressante no momento do seu ingresso no quadro de sócios da sociedade. Assim, o correto seria afirmar que o contratante “subscrevia” as ações emitidas pela companhia (acionista como sujeito ativo do ato jurídico). Porém, uma das questões jurídicas mais controvertidas no caso analisado (bem como em todos os milhares de casos envolvendo os Contratos de Participação Financeira) é justamente definir se é, conforme o caso, quando e como os atos jurídicos de emissão, subscrição e integralização das ações da companhia telefônica teriam sido praticados pelos contratantes. Considerando-se o ato jurídico de *subscrição* de ações praticado pelo acionista ingressante na sociedade anônima é um corolário lógico do ato jurídico de *emissão* das ações praticado pela sociedade, no caso concreto, se discutiu basicamente sobre *quando, como e por qual preço* estas ações teriam sido emitidas pela companhia e subscritas pelos contratantes.

38. Houve controvérsia em relação à legalidade desta permissão, pois alguns contratantes das companhias telefônicas alegavam que a política pública de “autofinanciamento” adotada era ilegal, pois estaria prevista exclusivamente em portarias expedidas pela Secretaria Nacional de Comunicações do extinto Ministério da Infra-estrutura, tratando-se, portanto, de um regulamento autônomo da administração pública. No caso em questão,



- política de compartilhamento de custos para a instalação da infraestrutura com os usuários do serviço público;
2. uma relação de prestação continuada de serviços de telefonia fixa entre a companhia telefônica e o particular, ou seja, o estabelecimento de uma relação jurídico-privada de *consumo*<sup>39</sup> entre a companhia telefônica prestadora do serviço público e o particular (usuário/consumidor); e
  3. uma relação jurídico-privada de *promessa* de emissão de ações da companhia telefônica para a futura subscrição dessas ações pelo particular (usuário/consumidor); ações que seriam por ele subscritas tão logo tivessem sido regularmente emitidas pela companhia telefônica em momento futuro. De modo que, após a aprovação da emissão de ações pela Assembleia Geral da companhia telefônica e a consequente subscrição das novas ações, o usuário/consumidor seria então tornado *acionista*<sup>40</sup>

---

a CRT (que veio a ser incorporada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. — Telebras) praticou os atos amparadas na lei estadual nº 4.073/1960. No âmbito nacional, os contratos de participação financeira teriam sido firmados pela Telebrás e suas subsidiárias com base na Lei 5.792/1972 e nas Portarias 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 880/90 e 86/91 do Secretário Nacional das Comunicações do então Ministério da Infra-estrutura.

39. Considera-se como uma relação jurídico-privada porque a contratação entre a companhia telefônica e o particular para a prestação dos serviços de telefonia não estaria revestida integralmente de todos os atributos dos atos administrativos. Assim, considera-se que a contratação para a oferta do serviço de telefonia se tratou de um *ato de gestão* da administração pública indireta. Tal relação contratual de prestação de serviços seria regida principalmente pelo Código Civil de 1916 (vigente no momento da contratação) e, para os contratos firmados após 11 de março de 1991, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), sem prejuízo das regras e condicionantes específicas para a prestação de serviços de telefonia definidas pela regulamentação específica do setor de telefonia. O Contrato de Participação Financeira discutido no Recurso Especial nº 975.834 foi firmado no dia 5 de outubro de 1994.
40. A rigor, a qualidade de acionista ou sócio (aqui considerados como sinônimos) de uma sociedade anônima é adquirida no Brasil por meio da inscrição, pela administração da sociedade, do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Nominativas da companhia (alínea “a” do inciso I do artigo 100 da Lei das S.A.) ou, para as companhias que contam com serviços de ações escriturais (artigos 34 e 35 da Lei das S.A.), por meio dos

minoritário da companhia telefônica. Logo, seria uma operação de captação de poupança pública por meio da oferta de promessas de emissão de futuras ações da companhia. Ou seja, uma futura “suposta oportunidade de investimento” no capital social da companhia telefônica que garantiria ao particular (usuário/consumidor/acionista) os direitos políticos e econômicos decorrentes da titularidade de ações ordinárias da companhia telefônica.

Assim, a administração pública indireta *determinava*, unilateralmente e com a força de seu poder de império estatal (*puissance publique*), que os potenciais usuários do serviço público de telefonia arcassem com parte dos custos de expansão da rede. Conforme se verá a seguir, a forma escolhida pela companhia telefônica para impor essa assunção de custos (preço público) por parte dos interessados em obter o direito de usar uma linha telefônica (usuários potenciais do serviço público) foi o início e o fim de todas as controvérsias jurídicas decorrentes dos contratos de participação financeira. Naturalmente, uma série de poderes e sujeições públicas da administração e as necessidades e interesses privados (da companhia telefônica e seus clientes atuais e potenciais) não seriam facilmente acomodados entre si sem uma profunda reflexão e definição pré-

---

registros de titularidade de ações nas listas ou contas de depósito de ações mantidas pela instituição financeira prestadora dos serviços de escrituração de ações e de outros valores mobiliários. Porém, os artigos 85 e 88 da Lei das S.A. determinam a utilização de listas ou boletins de subscrição de ações como instrumentos jurídicos úteis, necessários e suficientes para formalizar a manifestação de vontade do ingressante de participar do quadro de acionistas da sociedade anônima por meio da aquisição de ações representativas de seu capital social. A assinatura de listas ou boletins de subscrição de ações somente é dispensada na hipótese de oferta pública de ações liquidada em sistema eletrônico operacionalizado e mantido por entidade administradora de mercados organizados de valores mobiliários (parágrafo 2º do artigo 85 da Lei das S.A., parágrafo incluído pela Lei nº 13.874/2019).

via do seu estatuto jurídico e legalidade (o que não parece ter sido o caso pela adoção dessas políticas públicas de autofinanciamento para expansão da rede de telefonia no Brasil). Vale ressaltar que os Contratos de Participação Financeira reuniram algumas características diametralmente opostas e antagônicas entre si ou, como diriam os franceses, *qui hurlent de se trouver ensemble*:

- a) os interesses privados da companhia telefônica de formar caixa suficiente para financiar as suas atividades e realizar captações de poupança pública<sup>41</sup> sem, com isso, aumentar o seu nível de endividamento ou diluir significativamente a participação estatal no capital social da companhia;
- b) a incapacidade do Estado de financiar, com recursos dos cofres públicos, a implementação de políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de telefonia no Brasil;
- c) o poder da administração pública de condicionar o acesso aos serviços públicos de telefonia ao pagamento, pelos seus usuários potenciais ou efetivos, de um preço público;

---

41. O que poderia ter sido feito com bem menos controvérsia jurídica se as companhias telefônicas (sociedades de economia mista, constituídas como sociedades anônimas de capital aberto e, portanto, pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado) tivessem, simplesmente, captado poupança pública por meio da emissão de algum dos valores mobiliários legalmente previstos à época, nos termos do inciso III do artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, do artigo 2º da Lei nº 6.385/1976 e da Lei nº 6.404/1976. Nesse caso, a administração pública indireta teria agido totalmente despida de seu poder de império e utilizado um instrumento de captação de recursos disponível para todas as demais sociedades anônimas controladas por agentes privados. Assim, a utilização dos completamente atípicos “Contratos de Participação Financeira”, no Brasil, desde a década de 1960, até a segunda metade da década de 1990, demonstra a permanência no Estado brasileiro, durante boa parte do século XX, de uma concepção autoritária da relação entre a administração pública e os usuários de serviços públicos. O fato desse longo período de tradição e prática intervencionista e autoritária ter perdurado até a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/1997), talvez, justifique porque esses contratos se tornaram tão revalentes nas discussões judiciais sobre direito do consumidor e societário no Brasil até hoje.

- d) do ponto de vista do usuário, a crescente necessidade de acessar os serviços de telefonia e a existência de um mercado paralelo de linhas telefônicas, no qual o direito de usar uma linha telefônica era negociado a preços inacessíveis para a esmagadora maioria da população<sup>42</sup>;
- e) a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um valor mobiliário específico para a captação de recursos pelas sociedades empresárias controladas pelo poder público (sociedade de economias mista, regidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967 e pela Lei nº 6.404/1976) que lhes permitisse melhor compatibilizar os seus poderes e interesses públicos com as suas necessidades e interesses privados (os seus próprios, de seus acionistas e clientes atuais e potenciais); e
- f) a aceitação, na doutrina administrativista, de uma concepção tradicional sobre a *supremacia do interesse público* que justificava amplamente a ação estatal em detrimento da proteção dos direitos e interesses dos usuários de serviços públicos em estado de *sujeição* à administração pública.<sup>43</sup>

42. Em abril de 1997 o preço praticado para aquisição do direito de uso de uma linha telefônica no Brasil era de, em média, mil reais. Porém, em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro o valor poderia chegar até 9 mil reais. (GUERREIRO, Renato Navarro. *A nova fase das telecomunicações. Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 10 set. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz10099909.htm>. Acesso em: 13 maio 2021). Além disso, existia a época uma grande fila de espera para a aquisição de uma linha telefônica.

43. Nota-se uma renovação do conteúdo do conceito de supremacia do interesse público na doutrina administrativista atual. Por todos, Binenbojm, ao negar a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, afirma que “sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes.” (BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.** *Revista De Direito Administrativo*, 239, 2005, p. 29). A respeito da crescente proteção jurídica dos usuários de serviços públicos, ver: Lei nº 13.460/2017 (Código de Defesa do Usuário do Serviço Público).

### 3.3 Natureza jurídica dos contratos de participação financeira

Um negócio jurídico com estas peculiares características público e privada, sobretudo em um contexto jurídico, social e econômico com pouca adesão ao mercado de capitais como meio de financiamento da capacidade produtiva empresarial, tal como o mercado brasileiro da década de 1990, tinha todos os ingredientes para tornar-se um tema amplamente judicializado e contencioso em qualquer uma das vertentes possíveis. Como, de fato, aconteceu.

As principais tentativas de análise doutrinária, para fins de classificação e determinação da natureza jurídica do contrato de participação financeira, firmado entre os clientes adquirentes das linhas telefônicas na década de 1990 e as companhias telefônicas, foram realizadas em pareceres apresentados nesse processo e/ou outros com discussão semelhante pelos autores Wald,<sup>44</sup> Carvalhosa,<sup>45</sup> Leães<sup>46</sup> e Tepedino.<sup>47</sup> Arnoldo Wald,<sup>48</sup> em parecer elaborado a pedido da CRT, considera que o contrato de participação financeira é “um contrato de

44. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

45. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

46. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.

47. TEPEDINO, Gustavo. *Opinião Doutrinária*. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

48. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 326. Para o autor, apesar da relação jurídica entre a companhia e o usuário de serviços públicos ser, também, uma relação de consumo, a obrigação contida no contrato não gerava relação de consumo, porquanto se tratava de um investimento em participação acionária, encontrando-se, então, no campo das relações de direito societário.

investimento consistente em adiantamento, realizado com a finalidade de participação futura no capital da sociedade, mediante subscrição de ações pelo valor patrimonial do final do exercício anterior ao da capitalização dos ditos créditos.” Para o autor, são contratos de adesão com natureza jurídica de “Contrato de Investimento em Participação Acionária em Futuro Aumento de Capital da Concessionária”, contrato acessório (subsidiário, nas palavras de Wald) ao contrato de assinatura de uso de linha telefônica.<sup>49</sup>

Contudo, apesar do louvável esforço analítico de Wald, é importante ressaltar que a análise peca pela ausência de consideração mais detalhada sobre alguns aspectos essenciais para o correto estabelecimento da natureza jurídica do contrato de participação financeira e, principalmente, da natureza do vínculo jurídico estabelecido entre as companhias telefônicas e os adquirentes das linhas telefônicas. Nesse sentido, o autor<sup>50</sup> ignora, por exemplo, os aspectos de natureza jurídico-pública da relação jurídica mantida entre a companhia telefônica e seus clientes. Pois, no momento da contratação do Contrato de Participação Financeira, a prestação do serviço público de telefonia encontrava-se totalmente sob a responsabilidade do Estado, que prestava tal serviço público por meio de empresas públicas ou, principalmente, sociedades de economia mista controladas pelos poderes executivos estaduais ou federal. Portanto, administração pública indireta.

Dessa forma, a correta análise do vínculo contratual mantido entre os adquirentes das linhas telefônicas e as companhias telefô-

---

49. WALD, Arnaldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 311. Para o autor, apesar da relação jurídica entre a companhia e o usuário de serviços públicos ser, também, uma relação de consumo, a obrigação contida no contrato não gerava relação de consumo, porquanto se tratava de um investimento em participação acionária, encontrando-se, portanto, no campo das relações de direito societário.

50. WALD, Arnaldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

nicas deve partir da consideração da natureza jurídico-pública da imposição feita pelo Estado aos usuários do serviço público, que forçosamente deveriam aderir ao contrato de participação financeira e fazer jus ao *benefício* de tornar-se acionista da companhia telefônica em algum momento no futuro.

O ato jurídico, praticado pela companhia prestadora do serviço de telefonia capaz de obrigar os consumidores a participar do custeio da expansão da infraestrutura de telefonia, no caso analisado, a CRT, é um ato administrativo classificado como ato-condição<sup>51</sup>. Ou seja, um ato da administração pública necessário para a prática de outro ato posterior pela administração pública indireta (no caso, a instalação da rede de telefonia pela companhia telefônica).<sup>52</sup> Somente depois de praticados esses atos administrativos, é feita pelos particulares a manifestação de vontade de ingressar no contrato de participação financeira, é que tinha início a prestação dos serviços telefônicos e a relação estritamente jurídico-privada, na qual a companhia telefônica, agora despida do poder de império do estado, prestava o serviço de telefonia em troca de uma remuneração periódica (tarifa mensal).

Uma vez desdobrada a dinâmica prática da estrutura técnica, contratual e financeira estabelecida entre a companhia telefônica e os

---

51. O jurista francês León Duguit foi responsável pela formulação da classificação tripartida do ato jurídico (atos administrativos aqui incluídos). Para ele, os atos jurídicos se dividem em ato-regra, ato-condição e ato-subjetivo (MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle, *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, Paris, nº 21, 2000, p. 77. Na concepção de Duguit, ao contrário do que é tradicionalmente afirmado no direito administrativo brasileiro, *ato-condição* seria aquele onde a administração pública atribui um determinado regime jurídico normativo a um particular. Ou seja, um ato da administração pública que torna a liberdade de ação do particular condicionada, restrita ou matizada em determinado setor e não o ato que impõe um pré-requisito (condição) específico a ser seguido pelo particular para atingir determinado resultado esperado da administração pública.

52. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 202.

adquirentes das linhas telefônicas, é possível concentrar a atenção em uma peculiaridade da operação de financiamento orquestrada pelas companhias telefônicas: a promessa de *retribuição acionária* como meio de atrair interessados na aquisição de linha telefônica. Dado que o pagamento inicialmente feito pelos adquirentes das linhas telefônicas não se tratava de uma contrapartida para a compra da referida linha, mas sim de um aporte de recursos feitos pelos adquirentes no caixa da companhia telefônica a título de custeio privado da expansão da rede de telefonia necessária para a prestação de serviços de telefone fixo, era importante que a companhia telefônica oferecesse aos adquirentes de novas linhas algum tipo de restituição ou compensação pecuniária pela suposta “participação financeira”. Essa retribuição acionária era importante, pois dava um verniz de voluntariedade e oportunidade de investimento à uma operação financeira que, na perspectiva do contratante, mais se assemelhava ao cumprimento de um dever imposto pela administração pública: pagar pela expansão da estrutura de telecomunicações para vir a contratar o serviço público. Era relevante dar esse verniz de investimento à aquisição de uma linha nova sobretudo quando se considera que à época (i) existia um mercado secundário paralelo de linhas telefônicas em que a companhia telefônica buscava expandir a sua rede instalada; e (ii) as linhas telefônicas então existentes eram consideradas como oportunidade de investimento. Apesar dos altos preços, cobrados à época no mercado paralelo para a aquisição de uma linha telefônica, que tornavam esse acesso restrito a uma pequena parcela da população, a companhia telefônica considerou relevante oferecer algum tipo de “atrativo” para que os potenciais adquirentes preferissem adquirir novas linhas em vez de comprar linhas existentes.

Assim sendo, o estabelecimento do vínculo entre adquirentes de linhas telefônicas deve ser analisado considerando que a manifestação de vontade dos adquirentes estava triplamente subordinada frente



à companhia telefônica. Haja vista que (i) se tratava da garantia de acesso a um serviço público de primeira necessidade: pontos fixos de telefonia; (ii) a administração pública poderia impor unilateralmente obrigações aos clientes e, assim, condicionar o acesso a este serviço público a assunção de obrigações não desejadas pelos clientes; e (iii) os adquirentes das linhas telefônicas não tinham condições de negociar os termos de seu vínculo contratual com a prestadora do serviço. No último caso, a relação entre os adquirentes e a companhia telefônica em muito se assemelha ao relacionamento mantido por qualquer consumidor hipossuficiente e uma grande sociedade empresária fornecedora de bens e serviços no mercado de consumo.

Entretanto, é importante destacar que, em relação aos dois primeiros elementos de subordinação do adquirente e de sua manifestação de vontade, eles somente estavam presentes dadas (a) incapacidade das políticas públicas estatais de universalizar o acesso ao serviço de telefonia nas décadas de 1960 a 1990 — antes das políticas de privatizações no setor de telefonia, que se iniciou no final da década de 1990 —; e (b) ao poder de império do Estado exercido por meio da administração pública direta — Ministérios das Comunicações que aprovou as portarias nº 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 e 1.028/96 e permitiu a adoção da política de “autofinanciamento” das companhias telefônicas para o suprimento dos custos de expansão da rede de infraestrutura necessária para a universalização do acesso à telefonia no Brasil —, e indireta, uma vez que poderiam se utilizar do poder de império do Estado para acessar a poupança pública por mecanismos diferentes daqueles disponíveis aos particulares.

O contrato de participação financeira tinha, então, um duplo objetivo, sendo um de ordem pública e o outro de ordem privada, respectivamente: fomentar a expansão da infraestrutura instalada de telefonia no Brasil e captar os recursos, pela sociedade empresária

controlada pelo poder público, junto ao público investidor. Isto é, viabilizar uma forma de capitalização da companhia por meio da oferta de um contrato de investimento<sup>53</sup> que oferecia ao seu adquirente o direito de subscrever ações futuramente emitidas pela companhia emissora dos contratos. Com essas considerações sobre a natureza jurídica (pública e privada) dos contratos de participação financeira pretendemos demonstrar o equívoco na classificação do contrato de participação financeira como um mero contrato de adesão. Por exemplo, basta observar que o usuário, ao firmar o contrato de participação financeira com a companhia telefônica estava, na verdade, cumprindo com o dever de solidariedade imposto a todos os usuários efetivos ou potenciais de serviços públicos, e não manifestando uma vontade de participar do contrato.

Embora, nos contratos de adesão, apenas uma parte tenha liberdade contratual para definir as condições do contrato, enquanto outros (normalmente os consumidores hipossuficientes) somente possam aceitar participar, ou não, do contrato, incluir os contratos de participação nesta classificação significa ignorar a relação jurídico-pública que os envolviam. Devemos considerar, assim, que o contrato de participação financeira surgiu como um dos meios de arrecadação de recursos necessários para investimento financeiro no setor de telefonia. Nota-se também que esses recursos correspondiam a uma parcela necessária à implantação de políticas públicas de telecomunicações na década de 1960. Desse modo, exigir o compartilhamento dos custos da estrutura necessária ao desenvolvimento das atividades de uma sociedade de economia mista como condição de acesso ao sistema nos parece ultrapassar o conceito de contrato de adesão.

---

53. O termo “contrato de investimento” é utilizado aqui para simplificação sobre o intuito e estrutura do contrato de participação financeira. Contudo, não deve ser confundido com o conceito de contrato de investimento coletivo que foi introduzido no direito brasileiro em 2001, pela alteração da Lei nº 6.385/1976.

Em síntese, parece-nos que a operação realizada entre a companhia, enquanto sociedade controlada pelo Estado, e o usuário contratante, decorre do chamado “efeito de torção de braço”, onde o particular, sempre em posição de desvantagem com o Poder Público, assume obrigações apenas para ter acesso a algum tipo de serviço público.<sup>54</sup> Tratou-se, no caso, da imposição de um ônus ao usuário dos serviços públicos de telefonia escamoteado como mera liberdade contratual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foram analisadas as principais características dos contratos levadas a discussão pelo STJ no REsp 975.834, bem como as relações geradas pelo contrato de participação financeira, cujas obrigações contidas traziam como partes Estado, companhia telefônica e usuários do serviço público de telefonia. Com isso, identificou-se que a captação de recursos de poupança pela companhia, mediante oferta de oportunidade de investimento em ações, se desdobrou em ao menos dois vínculos de natureza jurídico-pública e dois vínculos de natureza jurídico-privada.

A partir do estudo realizado, percebe-se que a doutrina jurídica brasileira —, seja ela de direito societário, de direito do consumidor ou políticas públicas — pode ter ignorado o tema a despeito de sua inegável relevância prática.<sup>55</sup> Ao longo dos anos, o assunto foi majoritariamente tratado com o intuito de registrar a história política,

---

54. GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB — Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista De Direito Administrativo*, 2018, p. 162.

55. Na seara do direito do consumidor encontram-se algumas discussões sobre a possibilidade de inversão do ônus da produção de provas em demandas como essas, visto que milhares de ações sobre o tema foram ajuizadas sem o devido lastro probatório (leia-se: o próprio contrato de participação financeira).

legislativa e regulatória do setor de telecomunicações no Brasil e apontar possíveis impactos da privatização do setor.<sup>56</sup> Entretanto, o tema permaneceu por anos sem uma análise jurídica que englobasse todos os aspectos envolvidos na relação entre Estado, companhia e usuário contratante. A análise da decisão concedida pelo STJ ao REsp 975.834, considerando a natureza jurídica dos contratos de participação financeira realizada neste trabalho, permite inferir que:

- a) Sobre a ausência de discussões doutrinárias acerca dos contratos de participação financeira: (i) a concepção equivocada que a matéria interessava apenas às companhias de telefonia e, portanto, o seu debate seria indiferente para aplicação em outros ramos; (ii) a crença de que o tema relatava um passado distante e improvável de se repetir no país; e (iii) o pouco detalhamento na distinção entre os institutos jurídicos de consumidor e acionista minoritário.
- b) Quanto à decisão do STJ no recurso especial: a matéria merecia julgamento pela Corte Especial do STJ<sup>57</sup> por duas razões: (i) composição do referido órgão, cuja análise e julgamento do recurso seria realizada por ministros atuantes na Seção de Direito Privado e na Seção de Direito Público, e (ii) a relevância da questão jurídica a ser julgada, em razão das milhares de ações similares que já tramitavam no Poder Judi-

---

56. Por todos, vide: KESTELMAN, Helio Nahmen. **Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) — Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002 e AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. **Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação**. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, p. 283-325, 2015.

57. O parágrafo 2º do artigo 2º do Regimento Interno do STJ prevê que “[a] Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo presidente do Tribunal”.

ciário. O julgamento do recurso especial pela Segunda Seção de Direito Privado do STJ não somente prejudicou a análise do caso, a medida das limitações proporcionadas pela composição institucional e temática do próprio órgão julgador<sup>58</sup> como deixou de fora da análise os elementos de direito público do contrato de participação financeira que poderiam ter levado o STJ a um julgamento completamente diferente. A demora e a aparente dificuldade do STJ em conseguir pacificar as suas teses jurídicas e uniformizar a sua jurisprudência sobre o tema perante os tribunais estaduais<sup>59</sup> permite conjecturar sobre a necessidade de criação de um sistema gerencial que identifique o volume de ações judiciais sobre um mesmo tema e sinalize o STJ.

- c) Sobre o Mercado de Capitais: foi possível identificar que a inexistência de um valor mobiliário exclusivo para a captação de recursos por sociedades de economia mista que, do lado do particular, lhe desse transparência do potencial exercício unilateral de poderes estatais que poderiam impactar a sua decisão de investir e o resultado de seus investimentos e, por outro lado (do Estado), permitissem uma melhor acomodação de interesses de políticas públicas do acionista controlador (financiar a infraestrutura para a universalização dos serviços de telefonia) e dos interesses privados da sociedade de econo-

---

58. O inciso IV, do artigo 16, do Regimento Interno do STJ, prevê o encaminhamento do recurso a Corte Especial quando o tema debatido possuir relevância jurídica ou pela necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

59. Dez anos após o recurso analisado, o STJ considerou que os recursos das companhias telefônicas nos casos que se referem à indenização decorrente dos contratos de telefonia terão que ser apresentados caso a caso, conforme LIS, Laís. STJ diz que recursos de empresa de telefonia contra indenização de acionistas terão de ser julgados caso a caso. *G1*, [Brasília], 13 dez. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz-que-recursos-de-empresa-de-telefonia-contra-indenizacao-de-acionistas-terao-de-ser-julgados-caso-a-caso.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.

mia mista (auferir e distribuir lucros por meio da prestação do serviço de telefonia). Isso acarretou uma avalanche de processos judiciais sobre o tema. Embora o Brasil não tenha desenvolvido àquela época, e até agora, um meio legal para captação de recursos de poupança pública por sociedades de economia mista, cujos títulos concedam aos seus titulares direitos de remuneração fixa ou variável, países como França e Portugal, por exemplo, já permitiam essa forma de captação de poupança pública desde a década de 1980. Na França, foi dado o nome de *titres participatifs* para os valores mobiliários que permitiam às empresas públicas (*sociétés nationalisées*), sociedades anônimas cooperativas (*sociétés anonymes coopératives*) e sociedades mútuas (*sociétés mutuelles*) captarem valores de poupança pública, sem, no entanto, lhe conferir direitos de voto ou ações no capital.<sup>60</sup> Esse *título participativo* permite uma remuneração fixa e outra variável (de acordo com o desempenho da sociedade no momento do resgate do título e com base no valor nominal da ação). De mesmo modo, Portugal permite que empresas públicas e sociedades de economia mista emitam títulos de crédito chamados *títulos de participação* que garantiam o direito a uma remuneração anual com critérios similares aos *titres participatifs*.<sup>61</sup>

---

60. Esse título foi criado pela Lei nº 83-1 de 3 de janeiro de 1983. Com algumas alterações legislativas, atualmente as sociedades por ações do setor público e cooperativas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas ou sociedades de responsabilidade, também são autorizadas a emitir o referido título, conforme artigos L228-36 do Código Comercial (*Code de commerce*) e L213-32 do Código Monetário e Financeiro. (*Code monétaire et financier*).

61. Os títulos de participação estão descritos no art. 1º do Decreto-Lei nº 321/1985 que dispõe que “[a]s empresas públicas e as sociedades anônimas pertencentes maioritariamente ao Estado, direta ou indiretamente, podem, de acordo com o disposto no presente diploma, emitir títulos de crédito denominados “títulos de participação”, representativos de empréstimos por elas contraídos.”

- d) Sobre direito e políticas públicas: análise de uma situação concreta no Brasil onde uma política pública mesmo quando obteve sucesso (no caso a universalização do acesso ao serviço de telefonia) resulta em milhares de ações judiciais por todo o país por aproximadamente 30 anos.

O presente trabalho buscou contribuir para a melhor compreensão das relações públicas e privadas relacionadas com a atuação de sociedades empresárias controladas pelo Poder Público, por meio da análise dos aspectos de direito público e de privado que envolviam os contratos de participação financeira. Dada a multiplicidade de temas jurídicos tangenciados pela discussão no REsp 975.834 e as limitações da pesquisa, algumas questões jurídicas introduzidas neste trabalho serão abordadas futuramente em artigos específicos. Cita-se, como exemplo, a necessidade de realização de pelo menos mais duas análises distintas: uma sob a ótica do direito societário e mercado de capitais, tratando das contribuições da discussão ocorrida neste caso para uma possível redefinição da natureza jurídica e efeitos do balanço e do balancete contábeis; e outra sob a ótica do direito, desenvolvimento e políticas públicas, na qual se analisará, por exemplo, a importância deste caso para o estudo da relação entre direito, desenvolvimento e implementação de políticas públicas no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, p. 283-325, 2015.
- ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bits->

- tream/10482/9641/1/ARTIGO\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 239, 1-32, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. **Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital**. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).
- FGV DIREITO RIO. O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet n.1 — Apresentação geral do projeto de pesquisa. **FGV Direito Rio**, 2020a. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/dest-j\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/dest-j_x_fact_sheet_no_1.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.
- \_\_\_\_\_. REsp 975.834/RS — Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. **FGV Direito Rio**, Rio de Janeiro, 2020b. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/diretorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021.
- GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB — Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p.135-169, 2018.
- GUERREIRO, Renato Navarro. A nova fase das telecomunicações. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz10099909.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.
- KESTELMAN, Helio Nahmen. **Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) — Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2002.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Novos pareceres**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.
- LIS, Laís. STJ diz que recursos de empresa de telefonia contra indenização de acionistas terão de ser julgados caso a caso. **G1**, Brasília, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz-que-recursos-de-empresa-de-telefonia-contra-indenizacao-de-acionistas-terao-de-ser-julgados-caso-a-caso.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.



- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle. **Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique**, Paris, nº 21, p. 45-88, 2000.
- POSSEBOM, Samuel. A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1. **Exame**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Acesso em: 5 maio 2021.
- PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. **O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí — Univali, Itajaí, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. **Opinião Doutrinária**. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).
- VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.º 146, p. 30-45, 2007.
- WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.



# A LEGITIMIDADE PARA REQUERER RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS QUE OPERAM PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA UNIMED PETRÓPOLIS

*Érica Guerra da Silva<sup>1</sup>*

*Christiana Grangê Neves<sup>2</sup>*

*Deivison da Silva Avelino<sup>3</sup>*

*Heloisa Fonseca de Sá Pinheiro<sup>4</sup>*

*Rafael Rodrigues Andrade<sup>5</sup>*

*Raquel Severino Viana<sup>6</sup>*

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da

1. Pós-doutora em Direito pela PUC-Minas. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
2. Graduanda em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
3. Graduando em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
4. Graduanda em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
5. Graduando em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
6. Graduanda em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.

sociedade empresária. Em linhas gerais, o instituto de recuperação judicial introduzido pela referida lei visa a superação de crise econômico-financeira pela qual o devedor se situa, com o objetivo de manter a fonte de produção, zelar pelo emprego dos trabalhadores e pelo interesse dos credores, de modo que a empresa consiga ser preservada e continue cumprindo a sua função social em conjunto com as suas atividades econômicas.

A Lei nº 11.101/2005, no art. 1º traz o rol dos legitimados ativos para usarem os institutos da recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência se referindo ao empresário e à sociedade empresária. Porém, a jurisprudência tem ampliado o rol dos legitimados ativos para requerer a recuperação judicial, considerando a legitimidade da atividade que desenvolva de forma profissional o seu objeto, sendo capaz de suportar seus custos, mesmo que não tenha finalidade lucrativa e não se enquadre como atividade empresária.

A recuperação judicial foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101/2005, fundamentando-se nos comentários de Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (2009), que ditam em sua obra que essa advém da ideia de evitar o confronto entre credores e devedores e trazer consigo a busca pelos fins comuns, a fim de salvar a empresa que se encontra em crise.

A análise desenvolvida neste estudo se pauta na apreciação da legitimidade para requerer a recuperação judicial por agentes econômicos não elencados no rol da Lei nº 11.101/2005, sendo estudado o caso da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, que tramitou perante o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, processo de nº 0022156-21.2018.8.19.0042, no município de Petrópolis.

## 1. ANÁLISE SOBRE O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA UNIMED PETRÓPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

A recuperação judicial é o plano de reorganização da empresa em crise econômica, financeira e patrimonial, em que o devedor demonstra que os custos com a conservação da empresa são inferiores à sua liquidação, apresentando isso ao Poder Judiciário para autorização de implementação.

É importante ressaltar o conceito de crise econômica, financeira e patrimonial elaborado pela doutrina de Fábio Ulhoa Coelho:

Crise econômica ocorre quando as vendas dos produtos ou a prestação de serviços não são realizadas em quantidade suficiente à manutenção do negócio. A crise financeira acontece quando o empresário tem falta de fluxo de caixa, dinheiro ou recursos disponíveis para pagar suas prestações obrigacionais. Já a crise patrimonial se faz sentir quando o ativo do empresário é menor do que o seu passivo e seus débitos superam os seus bens e direitos. (COELHO, 2011, p. 252)

Tem-se como marco inicial do estudo a propositura do pedido de recuperação judicial, na vara cível da comarca de Petrópolis, pela Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico que será chamada de Unimed Petrópolis.

A Unimed Petrópolis apresentou as preliminares do pedido, afirmando que preenchia os requisitos que figuram como condições da ação, sendo eles a legitimidade e a possibilidade jurídica.

Em concomitância, tendo em vista que a causa do pedido remete à dificultosa condição financeira da Unimed Petrópolis, esta expôs que tal dinâmica obstaculiza o pagamento das custas processuais

iniciais integralmente e requereu que fossem pagas no decorrer do processo, com o objetivo de viabilizar o acesso à justiça, com base no direito constitucional de jurisdição, e o fluido caminhar do feito, com fulcro no art. 4º da Lei Estadual nº 6.369/2012 e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com isso, requereu, então, que o pagamento das custas fosse exigido na fase final do processo, ou seja, quando proferida a sentença de encerramento da recuperação judicial, utilizando-se do disposto no art. 63, II da Lei nº 11.101/2005.

No tocante ao foro competente para o ingresso do pedido de recuperação judicial, em que aquele é o responsável para o processamento e julgamento desse, a Unimed Petrópolis expôs que deveria dizer respeito ao local em que esta exerce suas atividades, o qual se apresenta como o município de Petrópolis/RJ, já que, segundo ela, é onde realiza suas atividades e de onde irradiam os atos de sua administração em totalidade, portanto, seu principal estabelecimento.

Adentrando a análise da legitimidade ativa para requerer a recuperação judicial, tem-se que a Unimed Petrópolis é uma Cooperativa, estando submetida à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora das atividades da Unimed Petrópolis por determinação da Lei nº 9.656/1998. Concomitantemente, a Unimed Petrópolis se revelou como uma sociedade com permissão para gerar riquezas, de modo que produza movimentação do setor econômico em que atua, gerando também postos de trabalho e tributos e, por isso, nos conformes de seu pedido, estaria a Unimed Petrópolis enquadrada na Lei nº 11.101/2005, logo, estaria apta a se utilizar da dinâmica da recuperação judicial.

Nessa temática, a Unimed Petrópolis aduziu que não há uma menção explícita de sua figura na Lei nº 11.101/2005, o que demanda certa interpretação em conformidade com os preceitos sociais e eco-

nômicos, além dos constitucionais, para que se apresentasse a possibilidade jurídica de seu pedido. Ademais, ressaltou-se que, com base no art. 4º da Lei nº 12.376, de 2010, popularmente nomeada como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no caso de omissão legislativa, é possibilitado ao juiz o dever de decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Destarte, pontuou que o art. 1º da Lei nº 11.101/2005 traz consigo o empresário individual e a sociedade empresária como legitimados para ingressar no âmbito da recuperação judicial, recuperação extrajudicial e da falência e, a caracterização de empresário está contida no Código Civil, evadindo da mencionada lei, sendo apresentado que a empresa é um fenômeno econômico que possui reflexos na sociedade, sendo necessário preservá-lo. Nesse sentido, por ser a Unimed Petrópolis uma atividade que gera a produção e circulação de bens e serviços e que age como transformadora e civilizadora, de modo a ter reflexos econômicos e sociais, expôs que a mesma deveria ser enquadrada no rol de legitimados.

Em contrapartida, o próprio Código Civil exclui do enquadramento normativo de empresário (pessoa jurídica) as sociedades simples, as quais englobam as cooperativas. A partir disso, a Unimed Petrópolis revelou que tal exclusão não considerou quaisquer efeitos econômicos ou sociais e que, no Brasil, as cooperativas são responsáveis ela por gerar riquezas e empregos, o que demonstra injusto o tratamento recebido pelo Código. Dessa maneira, a Unimed Petrópolis dissertou que a Lei nº 11.101/2005 veio para trazer uma solução visando a preservação e recuperação de uma atividade econômica em crise, além da Constituição Federal estabelecer em seu art. 174, § 2º que o Estado deve visar o cooperativismo, aplicando-se principalmente às modalidades societárias que são responsáveis por gerar riquezas no país. Destarte, defendeu-se a existência da empresarialidade das Cooperativas, com fulcro no posicionamento

de juristas e doutrinadores, no princípio constitucional supracitado e no Enunciado nº 207 do Conselho de Justiça Federal, além de reafirmar a possibilidade de se aplicar a Lei nº 11.101/2005.

Ainda foi apresentado que existe um projeto de lei proposto e em tramitação que versa sobre a inclusão das cooperativas no âmbito da recuperação judicial e falência, sendo este o PL 6.150/2016, o que demonstra uma necessidade urgente de tal fato ser tratado pelo Poder Judiciário.

Por fim, a Unimed Petrópolis relatou que preenchia os requisitos de empresa ou pelo menos uma atividade equiparada a essa, apresentando dados enfáticos referentes ao PIB do país. Isso demonstra sua contribuição econômica, justificando, assim, sua participação efetiva na geração e circulação de serviços de relevante importância nacional. Fato é, também, que a Unimed Petrópolis possui importante atuação na cidade de Petrópolis, atendendo grande parte da população, a qual, sem suas atividades, seria desamparada, visto que depende da atividade da Unimed Petrópolis exclusivamente, o que foi utilizado como argumento para sensibilizar o magistrado.

A Unimed Petrópolis citou o caso da Associação Casa de Portugal que, no final da década passada, logrou êxito em seu pedido de recuperação judicial, mesmo sendo um agente econômico excluído da literalidade da lei. Ademais, apresentou os dados que demonstraram que, apesar de estar em uma situação economicamente desagradável, seus índices revelavam um cenário propício a soerguer da crise financeira que a acometia, além de nunca ter decretado ou requerido sua falência ou sequer realizado pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, o que a enquadrava no disposto no art. 48, I, II e III da Lei nº 11.101/2005. Além disso, o administrador e o sócio da instituição nunca foram condenados por qualquer crime contido na legislação falimentar, cumprindo, assim, o que dispõe o inciso IV do art. 48 da mesma lei.



## 2. ANÁLISE ACERCA DA DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA UNIMED PETRÓPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

No tocante à decisão em comento, a qual discute sobre a admissibilidade da recuperação judicial requerida pela Unimed Petrópolis, o Ministério Público, na qualidade de *custus legis*, opinou em sentido contrário ao pedido de recuperação judicial, com amparo na restrição inserta no art. 2º, I, quinta figura, da Lei nº 11.101/2005 c/c art. 23 da Lei nº 9.656/1998 c/c art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em sentido diametralmente oposto, o Magistrado que atuou no caso afirmou que era necessário reconhecer, em primeira instância, que há situações especiais que demandavam um raciocínio prévio sobre a eventual repercussão que a aplicação pontual da lei poderia causar nas estruturas socioeconômicas.

O Magistrado pontuou a importância de o intérprete/aplicador não permanecer alheio às transmutações sociais, sob pena de incorrer em uma prestação jurisdicional contrária aos valores protegidos constitucionalmente, ensejando a “insegurança humana e/ou insegurança econômica e/ou insegurança financeira e/ou à disponibilização de tratamento isonômico”. Com respeito a isso, o juiz responsável por essa decisão entendeu conveniente aplicar o fenômeno da “ponderação” (juízo de ponderabilidade), a fim de solucionar o dilema da legitimação da Unimed Petrópolis à recuperação regada pela Lei nº 11.101/2005.

Como apontado na decisão, *in fine*:

Todavia, a cuidadosa aferição dos princípios que estão trafegando neste processo, convence-nos que a “justa justiça” do provimento judicial não está vinculada ao vetusto juízo de ponderação. Por quê?

Porque para a aferição da “legitimação” de Unimed Petrópolis, ora requerente, ponto nodal nesta etapa decisória, vislumbro que não existem princípios constitucionais opostos, mas sim, princípios em harmoniosa convivência. (Comarca de Petrópolis, 4ª Vara Cível. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Ação de Recuperação Judicial. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves, Data da Decisão: 18/10/18. Data da Publicação DJERJ 18/10/18)

O Magistrado mencionou que os conceitos mudaram, bem como as premissas, de tal forma que o requerimento objeto do ato decisório é preciso ser visto sob essa nova ótica, importando numa sincera inflexão sobre a possibilidade de flexibilização do impedimento das cooperativas às regras da Lei nº 11.101/2005.

Para embasar a possibilidade de a Unimed Petrópolis lograr êxito em seu pedido recuperação judicial, o Magistrado expôs:

A exitosidade da interpretação e da sistematização do Direito, conjunto de normas que conformam o ordenamento jurídico, somente será alcançada com a sincera integração i) da metodologia exegética, ii) do método dogmático [...] e iii) da jurisprudência dos interesses, sem ignorar a relevância das diretivas sociológicas. (Comarca de Petrópolis 4ª Vara Cível. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Ação de Recuperação Judicial. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves, Data da Decisão: 18/10/18. Data da Publicação DJERJ 18/10/18)

O Magistrado delineou a necessidade de antes de se chegar a uma conclusão para o caso procurar o auxílio desses três métodos para a busca do real sentido da aplicação da Lei nº 11.101/2005 ao caso em exame.

De acordo com o Magistrado, para o alcance da exímia interpretação e aplicação de uma lei ao caso concreto, o hermeneuta necessita, de forma precípua, compreender as palavras da lei. Em um

segundo momento, deve-se confirmá-la em consonância às demais normas e, por fim, e não menos importante, o hermeneuta deve, utilizando a jurisprudência dos interesses, perquirir o sentido e a finalidade da norma em um sentido não meramente estrito, mas sim harmônico aos interesses e anseios sociais. Como sintetiza o Magistrado, efetiva-se ao hermeneuta, antes de tudo, a necessidade “[...] de um primeiro esforço de exegese. Tem, depois, de relacioná-los, para alcançar deles uma visão de conjunto [...]. Tem depois de descer à Terra e olhar para os concretos interesses vitais”. É por meio desse caminho que será alcançada, conforme assinala o Magistrado, a solução para o caso concreto.

Trazendo tais métodos ao caso analisado, o Magistrado denota que a avaliação se a Unimed Petrópolis é legitimada pela Lei nº 11.101/2005 necessita ser analisada à exata medida que demonstre possuir um considerável grau de simetria e similaridade entre a finalidade social e econômica da atividade empresarial.

Nessa linha, a Unimed Petrópolis, embora, sob a lente de uma interpretação restrita, não esteja legitimada ao processo de recuperação judicial por ser uma cooperativa médica, a condição peculiar da Unimed Petrópolis de ser uma respeitável instituição comunitária, bem como o caráter profissional da mesma, em ser a segunda maior instituição médica da cidade, assim como ostentar uma grande capacidade de movimentação financeira de bens são aspectos que permitem que a rede hospitalar, sob uma perspectiva teleológica e ponderada, seja vista como uma atividade empresária, sendo, portanto, legitimada a ser submetida ao processo de recuperação judicial.

Nas palavras do Magistrado, a Unimed Petrópolis, pela sua importância social e econômica:

Não [...] se adequa à definição e propósitos primevos da espécie “cooperativa” porquanto a interrelação e a conexão com plúrimos

segmentos negociais que estão indissociavelmente imbricados para a efetividade de sua atividade-fim, deslocam-na para um fato consumado porque observamos que ocorre uma espécie de transmutação metafísica para a categoria de “atividade empresária”. (Comarca de Petrópolis, 4ª Vara Cível. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Ação de Recuperação Judicial. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves, Data da Decisão: 18/10/18. Data da Publicação DJERJ 18/10/18)

Por meio dessa fundamentação, o Magistrado, tendo como base a interconexão entre a instituição e o seu caráter social e econômico empresarial, decidiu reconhecer a legitimidade ativa da Unimed Petrópolis para o procedimento da recuperação judicial, determinando o processamento da recuperação judicial.

### 3. ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 14.112/2020

A decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível de Petrópolis configurou-se como um marco no instituto de recuperação judicial, haja vista que, pela primeira vez, foi concedido a uma cooperativa médica a legitimidade para o procedimento da recuperação judicial, o que antes era estritamente vedado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

O pedido requerido pela Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico foi protocolado no ano de 2018, contudo, a decisão que deferiu o processamento acarretou a idealização da Lei nº 14.112/2020<sup>7</sup> que alicerçou tal direito, abrindo as portas não apenas

---

7. Aduzem Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo: “A redação desse dispositivo foi alterada pelo senado durante a tramitação legislativa, mediante o acolhimento de emenda de redação. Na verdade, a emenda foi acolhida como sendo de redação, mas abre possibilidade de se interpretar como uma profunda alteração na legislação, uma vez que inclui as cooperativas médicas que operam planos de saúde dentro do rol de empresas que poderiam se utilizar da recuperação empresarial, abrindo expressa exceção

para as cooperativas de médicos, como também para o progresso do instituto de recuperação judicial.

Primordialmente, vale salientar que conforme explicitado no tópico anterior, o Magistrado compreendeu que a Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico exercia funções similares à atividade empresarial, evidenciando características como o nível de organização e o alto índice de faturamento econômico. Portanto, foi-lhe atribuído o caráter de “empresariabilidade”. Dessa forma, entendeu que deveria ser aplicado o critério da ponderação, a fim de suscitar a incompatibilidade da lei vigente, no período de 2018, e a realidade factível.

Como supramencionado, a decisão emblemática em questão, em adjunto com outras adições inovadoras, como a inclusão do Produtor Rural como um dos legitimados da Lei nº 11.101/2005 (inserção essa que também foi motivada por outra decisão insólita) eflui na elaboração da Lei nº 14.112/2020. Por conseguinte, foi acrescentado ao art. 6º da Lei nº 11.101/2005 o parágrafo 13º que expressa que:

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art.79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conseqüentemente, *não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.* (Grifo nosso)

---

a vedação existente na Lei nº 11.101/2005, art. 2º. Muito embora já existam diversas decisões judiciais acolhendo pedidos de recuperação judicial de cooperativas médicas que administram planos de saúde, a exemplo dos casos envolvendo as UNIMEDs, esse entendimento não se encontrava pacificado pelos Tribunais. (COSTA, Daniel Carnio e MELO Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** 1ª. Juruá. 2021, p. 72).

Isso posto, depreende-se do excerto acima que a vedação disposta no art. 2º da Lei nº 11.105/2005, que coibia veementemente a participação ativa das cooperativas médicas, perdeu sua força normativa, não sendo mais aplicável. Portanto, hodiernamente, toda e qualquer sociedade de plano de assistência à saúde, que for cooperativa médica poderá pleitear em juízo a recuperação judicial.

Todavia, não obstante a inclusão do parágrafo 13º no art. 6º, o art. 2º da Lei nº 11.101/2005 não foi revogado.

Nesse sentido, a fim de consolidar o direito disposto no art. 6º, § 13º da Lei nº 11.101/2005, visando asseverar a segurança jurídica, verifica-se que há, pelo menos, dois projetos de lei que objetivam alterar o art. 2º, inciso II da Lei nº 11.101/2005 tendo em vista que, inobstante a alteração trazida pela Lei nº 14.112/2020, a redação do artigo supramencionado perdurou inalterável. São os seguintes projetos de Lei: o PL 383/2020<sup>8</sup>, proposto pelo senador Rogério Carvalho (PT/SE), que, no momento atual, tramita no Senado Federal e o PL 815/2022,<sup>9</sup> proposto pelo deputado Federal Hugo Leal (PSD/RJ), este último que dispõe acerca da recuperação judicial e extrajudicial de cooperativas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso estudado da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico verificou-se a salutar importância da cooperativa, seja no âmbito econômico — mobilizando a economia, por meio de seus mais de 36 mil clientes, além dos 10 mil cidadãos que utilizam seus serviços indiretamente — seja por sua notável influência na socieda-

---

8. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151924>

9. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2319195>

de, tanto pelo emprego de mais de 250 médicos cooperados como pela atividade laboral exercida, o que hodiernamente, num período pós-pandemia é indubitável. Assim, conjugando esses atributos com o princípio da preservação da empresa, depreende-se que a fundamentação do Magistrado estava em consonância com os princípios basilares do instituto da recuperação judicial.

Não obstante, vale elucidar que, embora a decisão favorável ao processamento da recuperação judicial da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, a instituição manifestou sua desistência em relação ao processo de recuperação judicial, tendo sido homologada e julgada extinta, sem resolução do mérito, pelo juiz da 4ª Vara Cível de Petrópolis.

Segundo informações prestadas pelo presidente da Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, a desistência foi motivada pela portaria nº 742/2018 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que possibilitou a negociação das dívidas diretamente com o órgão federal.<sup>10</sup>

Todavia, a desistência do processo de recuperação judicial não reduz a relevância e menos ainda as implicações geradas pela famigerada decisão. Outrossim, foi através do requerimento da recuperação judicial que a cooperativa conseguiu impedir a paralisação de suas atividades, o que novamente, em um cenário pandêmico, configurou-se como não somente uma necessidade de cunho patrimonial, como também de cunho social.

---

10. [https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p\\_l\\_back\\_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_formDate%3D1663009464171%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3Drecupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bjudicial%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_scope%3D](https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p_l_back_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_formDate%3D1663009464171%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3Drecupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bjudicial%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_scope%3D)

Ademais, além do advento da Lei nº 14.112/2020, a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial também suscitou antigos debates, sendo um deles o da qualificação e a circunscrição da atividade empresária, haja vista que, no caso em concreto, o Magistrado entendeu que a Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico exercia funções comuns à atividade empresária. De igual modo, no atual cenário econômico, denota-se o caráter versátil e mutável das empresas, sendo deveras complexo o enquadramento dessas em categorias específicas e limitadas. Nesse sentido, o jurista italiano Alberto Asquini, em um de seus artigos, intitulado como *Perfis de Empresa* (em italiano, *Profili dell'impresa*) publicado na *Revista de Direito Comercial* (em italiano, *Rivista del Diritto CoMmerciale*, 1943, p. 41) disserta que a solução para esse imbróglio seria conceber a empresa como “um fenômeno econômico poliédrico”, ou seja, encará-la não apenas sob o prisma jurídico, mas mediante a multiplicidade de suas facetas.

O autor distinguia o fenômeno econômico da empresa em quatro perfis: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo. O primeiro compreende o sujeito, ou seja, o empresário; o segundo, inclui a própria atividade da empresa; já o terceiro, engloba o caráter patrimonial, ou seja, em alguns casos o próprio estabelecimento da empresa; o último, compreende o aspecto corporativo, objetivando a instituição e sua finalidade. No tocante a este, Asquini (1943) afirma que:

O empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.



Entretanto, apesar dos ideais de Asquini (1943) tenderem ao avanço e à amplificação do conceito de empresa, o Brasil, segundo Fábio Coelho Ulhoa (2011), adota apenas o aspecto funcional, suprimindo, então, a visão multifacetária proposta por Asquini. Contudo, frente a tantas quebras de paradigmas, mormente as contidas na Lei nº 14.112/2020, pressupõe-se que esse futuro não está tão distante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ASQUINE, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista CoMmercial*, Itália, v. 41, pág. 41, 1943.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 815, de 2022**. Regula a reorganização de sociedades cooperativas, altera dispositivos da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 abr. 2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2155120](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2155120). Acesso em: 23 jul. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 383, de 2022**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, para prever a aplicabilidade das disposições referentes à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência ao produtor rural, às associações, às fundações e às cooperativas, excetuadas as de crédito, que exerçam atividade econômica, independente de inscrição ou natureza empresária. Brasília, DF, 23 fev. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151924>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 9 fev 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 23 de jul. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília,

- DF, p. 1, 9 set 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Daniel Carnio e MELO Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 1ª ed. Juruá, 2021.
- De Mattos. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves. **Poder Judiciário do Rio de Janeiro**, Petrópolis, 18 de out. 2018. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consulta-processual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça; Comarca de Petrópolis. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Recuperação Judicial. Autor: UNIMED Petropolis Cooperativa De Trabalho Médico. Relator: Juiz Jorge Luiz Martins Alves. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**: Petrópolis, p. 621, 18 out. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=000419C40A-BB98F759EA4E784E6F34853294C5091315252A>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito Volume II**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.
- UNIMED. Unimed Petrópolis realizou negociação inédita para pagamento de dívida tributária. **Unimed Petrópolis**. Petrópolis, 2020. Disponível em: [https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c-3-a1ria?p\\_l\\_back\\_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_formDate%3D1675209033514%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3D%2BUnimed%2BPetr%25C3%25B3polis%2Brealizou%2Bnegocia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bin%25C3%25A9dita%2Bpara%2Bpagamento%2Bde%2Bd%25C3%25ADvida%2Btribut%25C3%25A1ria%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_scope%3D](https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c-3-a1ria?p_l_back_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_formDate%3D1675209033514%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3D%2BUnimed%2BPetr%25C3%25B3polis%2Brealizou%2Bnegocia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bin%25C3%25A9dita%2Bpara%2Bpagamento%2Bde%2Bd%25C3%25ADvida%2Btribut%25C3%25A1ria%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_scope%3D). Acesso em: 23 jul. 2022.

# O RISCO COMO FUNDAMENTO DE UMA NOVA TEORIA DO DIREITO DE EMPRESA<sup>1</sup>

*José Gabriel Assis de Almeida<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento na Idade Média, e durante muitos séculos, o direito comercial foi o direito dos comerciantes (seção I); com a Revolução Francesa, passou a ser o direito da atividade comercial (seção II). A Revolução Industrial misturou os conceitos, transformou o direito comercial em direito de empresa e levou a uma grande confusão (seção III). A solução para a crise conceitual do direito de empresa parece ser o conceito de risco (seção IV).

Com efeito, a atividade empresária é feita de momentos bons e momentos ruins, de conquistas e fracassos, de vitórias e de derrotas. Cabe ao direito da empresa dar estrutura jurídica a essa oscilação

1. As reflexões feitas no presente texto têm origem no II Congresso de Direito Comercial Latino Americano organizado por este autor e vários outros membros da Comissão de Direito Empresarial do IAB Instituto dos Advogados Brasileiros, em outubro de 2015, no Rio de Janeiro. O autor agradece a todos os participantes, brasileiros e estrangeiros, que participaram desse encontro.
2. Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas — Paris II. Professor Adjunto da UNIRIO — Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

entre a maré baixa do erro e a maré alta do acerto. Dito de outra forma, a atividade empresária é o risco. O objetivo deste artigo é propor uma releitura do direito de empresa à luz do risco.

## 1. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DOS COMERCIANTES

O comércio é uma atividade ancestral, mas, por motivos históricos e sociológicos, o direito comercial apareceu apenas na Idade Média.<sup>3</sup>

Após a queda do Império Romano do Ocidente, as invasões dos bárbaros assolaram a Europa.<sup>4</sup> A resposta e a forma de resistir a esses ataques violentos<sup>5</sup> foi o feudalismo. Em troca de proteção do senhor feudal, as pessoas se submetiam a ele. O senhor feudal tinha a obrigação legal e moral de proteger os que a ele prestavam vassalagem. Em contrapartida, o vassalo obrigava-se a trabalhar em prol do senhor feudal.

A paz conquistada com o fim das invasões bárbaras trouxe prosperidade, com um aumento da produção dos bens. Nos feudos foram surgindo excedentes que precisavam ser escoados para outros feudos. Os comerciantes passaram, então, a promover a venda desses excedentes.<sup>6</sup>

---

3. Para uma ótima narrativa de como o comércio surgiu e se desenvolveu, ver BERNSTEIN, William J. *A Splendid Change. How Trade Shaped the World*. New York: Grove Press, 2008.

4. Ver WERNER, Karl Ferdinand. In FAVIER, Jean (dir.). *Histoire de France*, vol 1. Les origines. Paris: Fayard, Le Livre de Poche, 1984, cap. VIII.

5. Até hoje, mais de mil anos depois, e a mais de 10 mil km de onde estes fatos se passaram, usamos as palavras “bárbaro” e “vândalo” (esta tem origem no povo germânico, natural da Escandinávia e que invadiu Roma no século V; para uma versão mais divertida, ver GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. *Astérix e os normandos*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1985.

6. Para um bom resumo do surgimento e evolução do comércio e do comerciante na Idade Média, ver FAVIER, Jean. *De l’or et des épices*. Naissance de l’homme d’affaires au Moyen Age. Paris: Fayard, 1987, e HEERS, Jacques. *La naissance du capitalisme au Mo-*

Esse comércio apresentou dois problemas: o primeiro era a existência de diferentes normas em cada feudo, eis que cada senhor feudal tinha o poder de editar as normas a vigorar nos seus domínios. O segundo era a inadequação das normas às necessidades da atividade comercial. Com efeito, as regras feudais eram, fundamentalmente, destinadas a resolver problemas criminais ou de propriedade ou de família (apesar de estas serem tratadas no âmbito do direito canônico). Os problemas que os comerciantes precisavam resolver eram de ordem prática: a qualidade da mercadoria vendida, o prazo de entrega da mercadoria, o valor devido por um ao outro etc.<sup>7</sup>

Em face do vazio da ordem jurídica senhorial, os comerciantes adotaram determinadas práticas que se tornaram reiteradas e passaram a ser vistas por eles como obrigatórias.<sup>8</sup> Surgiu assim a norma comercial consuetudinária, a *lex mercatória*.<sup>9</sup> O caráter consuetudinário do direito comercial persiste até hoje e pode ser demonstrado por dois exemplos. O primeiro refere-se aos Incoterms, verdadeiras cláusulas contratuais dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, cujo conteúdo e alcance é definido pela Câmara de

---

yen Age. Paris: Perrin, 2012; para um panorama mais amplo, ver BRAUDEL, Fernand. *Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XVe-XVIIIe siècle*. 3 volumes. Paris: Armand Colin, 1979.

7. Ainda que não especificamente sobre a matéria comercial, vale a pena ver, a propósito da evolução da cultura e do pensamento jurídico europeu, ARNAUD, André-Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris: PUF (Presses Universitaires de France), 1991; especificamente sobre o direito comercial, ver GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.
8. Ver SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa. Da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 124-125.
9. Esta expressão, posteriormente, veio a identificar as normas consuetudinárias aplicadas no comércio internacional, tendo sido cunhada pelo Prof. Berthold Goldman em um artigo de jornal publicado em 1956; ver GOLDMAN, Berthold. *La Compagnie de Suez, société internationale*. *Le Monde*, 04 de outubro de 1956, p. 3; uma cópia do artigo pode ser encontrada em [https://www.trans-lex.org/9/\\_/goldman-berthold-le-monde-p-3/](https://www.trans-lex.org/9/_/goldman-berthold-le-monde-p-3/). Acesso em: 26 abr. 2021.

Comércio Internacional (ICC), órgão associativo das entidades nacionais de empresários, e não por leis nacionais ou por tratados.<sup>10</sup> O segundo exemplo é o art. 8º, inciso VI, da Lei nº 8.934/1994, sobre o Registro Público de Empresas Mercantis, que atribuiu às Juntas Comerciais a incumbência do assentamento dos usos e das práticas mercantis. O art. 50, § 6º, da lei anterior (Lei nº 4.726/1965) reconhecia o caráter obrigatório destes costumes mercantis: “§ 6º. Somente 3 (três) meses após a publicação tornar-se-á obrigatório, quando for o caso, o uso ou prática mercantil.”

Pelo seu DNA, o direito comercial — antecessor do direito de empresa — era, portanto, um direito dos comerciantes e não um direito da atividade comercial. Um segundo fato contribuiu, de forma decisiva, para isso: com o passar do tempo, os comerciantes reuniram-se em guildas ou corporações, normalmente organizadas por tipo de mercadoria vendida. A qualidade de comerciante passou a ser definida pela participação em uma corporação. Considerava-se comerciante aquele que pertencesse a esta ou aquela corporação. Desse modo, pertencer a uma corporação significava obedecer às normas consuetudinárias daquele grupo.<sup>11</sup>

Assim, o direito comercial definia-se por um eixo vertical, a partir da figura do sujeito. O direito comercial era o direito do comerciante. O direito comercial aplicava-se ao comerciante e, por derivação, às suas atividades profissionais. E comerciante era aquele que estava matriculado em uma corporação. O campo subjetivo e objetivo do direito comercial era definido pela figura do comerciante. Fechava-se o círculo, sem maiores preocupações conceituais.

---

10. Ver ICC BRASIL. *Incoterms 2020 © Regras da ICC para a utilização de termos de comércio nacional e internacional*. São Paulo: ICC Brasil, 2021.

11. Ver GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.

## 2. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Este sistema estruturado, equilibrado e sólido, vigorou por mais de dez séculos, até que foi brutalmente rompido pela Revolução Francesa de 1789. É conhecido o lema revolucionário: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A liberdade e a igualdade tiveram eco, também, na vida dos comerciantes e do direito comercial.<sup>12</sup>

No decorrer dos séculos, as corporações haviam se alterado de aguerridas associações para a promoção dos negócios dos comerciantes em organizações de manutenção de privilégios. Com o passar dos séculos, os comerciantes conseguiram impor a participação das corporações como obrigatória para o exercício de uma atividade comercial. Somente poderia ser mercador de determinada mercadoria aquele que estivesse matriculado na corporação correspondente (e subordinado às regras por ela adotadas). Em decorrência, o lugar (ou a cadeira) nas corporações de comerciantes era comprado e muitas vezes vendido por valor maior quanto fosse o benefício esperado obter com o comércio daquela mercadoria. A tal ponto que os lugares nas corporações passaram a ser alugados ou delegados.<sup>13</sup>

Este monopólio teve o resultado de todos os monopólios: a ineficiência e o encarecimento das mercadorias vendidas. Era preciso combater a situação, restaurando a liberdade e a igualdade. Isso foi feito por meio da chamada *loi d'Allarde* (do nome do seu relator na Assembleia Constituinte, Pierre Allarde), datada de 2 e 17 de março

---

12. Para uma visão abrangente das consequências da Revolução Francesa sobre o direito na Europa, ver HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire des droits em Europe. De 1750 à nos jours*. nova ed. atualizada. Paris: Flammarion — coll. Champs, 2006.

13. Para um razoável e fácil resumo da evolução das corporações, ver: [https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation\\_sous\\_le\\_royaume\\_de\\_France#R%C3%A9glementation\\_des\\_corps\\_de\\_marchands\\_au\\_XVIIe\\_si%C3%A8cle](https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation_sous_le_royaume_de_France#R%C3%A9glementation_des_corps_de_marchands_au_XVIIe_si%C3%A8cle). Acesso em: 3 maio 2021.

de 1791, que suprimiu as corporações e criou o princípio da liberdade de comércio e indústria, determinando “*Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon*”.<sup>14</sup> A *loi d’Allarde* foi completada pela *loi Le Chapelier* (decreto da Assembleia Constituinte relatado por Isaac Le Chapelier), datada de 17 de junho de 1791, que confirmou a extinção de todas as corporações no seu art. 1º: “*L’anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit*”.<sup>15</sup>

A consequência foi a necessidade de reinventar o fundamento do direito comercial. Não existindo mais corporações, tornou-se difícil identificar quem era comerciante e, com esse empecilho, tornou-se complicado definir o campo de aplicação subjetivo e objetivo do direito comercial. A que pessoas se aplicava o direito comercial? A que atividades se aplicava o direito comercial?

A solução, diga-se de passagem, brilhante, foi modificar o eixo do direito comercial. Passou-se de um direito vertical para um direito horizontal. O campo de aplicação do direito comercial deixou de ser definido pela figura de quem praticava a atividade, para ser definido pela natureza da atividade. Surgiu, assim, a teoria dos atos de comércio, consagrada no Código Comercial francês de 1807 e estabelecida após o Código Civil francês de 1804. Note-se o curto prazo de 16 anos<sup>16</sup> entre a *loi d’Allarde* e o Código Comercial.

---

14. Tradução livre pelo autor deste texto: “Qualquer pessoa será livre para fazer quaisquer negócios ou para exercer a profissão, arte ou comércio que achar bom.”

15. Tradução livre pelo autor deste texto: “Sendo a extinção de todo o tipo de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão uma das bases fundamentais da constituição francesa, é proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e sob qualquer forma.”

16. Dezesseis anos pode não parecer um prazo tão curto; esse prazo é, na verdade, curtíssimo, se levado em consideração que, nesse período de tempo, a França passou por uma revolução que, literalmente, subverteu todas as instituições, inclusive o próprio calendário.



O art. 1º do Código Comercial francês definia o comerciante como aquele que exercia o ato de comércio (e não mais como aquele que estava matriculado em tal ou qual corporação). O art. 632 — aliás, na parte do código relativa à jurisdição comercial — definia o ato de comércio como toda a compra de mercadorias para revenda, seja *in natura*, seja após terem sido “trabalhadas”.<sup>17</sup>

Na mesma linha veio o Código Comercial brasileiro, de 1850, cujo art. 4º determinava:

Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual [...].

Praticar atos de mercancia<sup>18</sup> era o que definia o comerciante e, por tabela, o direito comercial.

A teoria foi sendo aperfeiçoada até que, no início do século XX, o ato de comércio era definido como o ato de intermediação, praticado com habitualidade e intuito de lucro. A esse ato de comércio por natureza somavam-se o ato de comércio por conexão (aquele que, apesar de não preencher as características do de natureza, era praticado pelo comerciante no âmbito e para os fins da sua atividade comercial por natureza) e o ato de comércio por definição legal (aquele que a lei determinava ser comercial).

17. A redação atual deste artigo, renumerado como artigo L110-1, é: “*La loi répute actes de commerce:*

1º *Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre*”.

18. O art. 19, § 1º, do Regulamento 737 de 1850 assim definia a mercancia: “Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.”

Essa teoria é de extraordinária beleza jurídica, pois é simplicíssima, curta, de fácil compreensão e muito eficaz para o fim a que se destina: definir o elemento distintivo do direito comercial com relação aos demais direitos e delimitar o campo de aplicação das leis comerciais.

### 3. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DA EMPRESA

Se uma revolução fez surgir a teoria do ato de comércio, uma outra revolução a fez perecer, ainda que lentamente. Com efeito, a Revolução Industrial levou à morte a teoria dos atos de comércio. É curioso constatar que a Revolução Francesa e a Revolução Industrial são praticamente contemporâneas, uma na França e outra no Reino Unido. No entanto, os efeitos da Revolução Industrial somente se fizeram sentir, no direito comercial, no início do século XX, pois a transição de uma produção manufaturada para uma produção industrializada só se acentuou do meio para o fim do século XIX.<sup>19</sup>

A progressiva industrialização da economia trouxe um novo problema para o direito comercial. Até então, havia uma clara simetria entre as atividades econômicas e as normas de regência. A atividade fundiária era regida pelo direito civil; a atividade comercial, pelo direito comercial.

Aliás, é de notar que, como o direito reflete a sociedade, esta divisão correspondia também a uma divisão social: a nobreza, cuja riqueza assentava no campo, usava o direito civil para os seus negó-

---

19. A produção mundial levou 120 anos, de 1700 a 1820, para dobrar de tamanho; e demorou apenas 50 anos, entre 1820 e 1870, para dobrar de novo de tamanho e unicamente 40 anos, entre 1870 e 1910, para dobrar de tamanho pela terceira vez. Disponível em: [https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution\\_industrielle#Puissance\\_agricole\\_et\\_industrielle](https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution_industrielle#Puissance_agricole_et_industrielle). Acesso em: 20 abr. 2021; para uma visão histórica, ver BEAUD, Michel. *Histoire du capitalisme. 1500-2010*. 6<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions du Seuil — collection Points, 2010, em especial capítulos 3 e 4.

cios; e a burguesia, cuja fortuna vinha do comércio, usava o direito comercial. Nem mesmo no direito as classes sociais se misturavam.

Esta distinção entre as atividades econômicas, cada uma com o seu direito de regência, viu-se confrontada pela atividade industrial. Como classificar essa nova atividade? A rigor, não no campo do direito comercial, pois a atividade industrial não é uma mera intermediação, eis que implica a transformação da matéria-prima. Porém, o direito civil, que regia a atividade fundiária, transformadora na sua essência (o proprietário rural vende algo diferente do que planta, pois não vende as sementes, mas o produto agrícola), era totalmente inadequado à atividade industrial, que queria gozar dos privilégios do direito comercial, como, por exemplo, o de falir.<sup>20</sup>

Em paralelo, novas preocupações jurídicas apareceram para tratar de questões específicas, como o livre mercado (o direito da concorrência) e o consumo não profissional (o direito do consumidor). Esses novos ramos do direito acentuaram a evidência: era totalmente irrelevante saber se a atividade em causa era agrícola, comercial, industrial ou de serviços. O importante é que se tratasse de uma atividade com conteúdo econômico e que pudesse afetar o mercado ou o consumidor. A fronteira entre a atividade comercial e as demais atividades econômicas tornou-se, a cada dia, mais artificial. Era preciso reinventar o fundamento teórico do direito comercial!

Essa reinvenção foi mais profunda do que inicialmente poderia se cogitar. Não apenas se reinventou o fundamento, mas se refundou o direito comercial. O fundamento desse ramo do direito deixou de ser o comércio e passou a ser a empresa. O próprio direito foi renomeado, de direito comercial passou a ser direito de empresa ou direito empresarial.

---

20. Havia inúmeras diferenças entre as obrigações e os contratos do direito civil e o direito comercial; para um bom resumo, ver MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial. Contratos e Obrigações Comerciais*. 19<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A teoria do ato de comércio foi substituída pela teoria da empresa. A grande mola propulsora da nova teoria foi o Código Civil italiano de 1942, com a redação do art. 2.082: “É empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou troca de bens ou de serviços.”

Aqui no Brasil ficou famosa a teoria dos perfis da empresa, lançada por Alberto Asquini, na Itália, em 1942.<sup>21</sup> Essa hipótese assentava o direito comercial em quatro perfis que permitiram ao ramo do direito apreender o fenômeno econômico e social que pretendia regulamentar: o perfil subjetivo (a empresa como o empresário), o perfil funcional (a empresa como atividade empresária), o perfil patrimonial e objetivo (a empresa como patrimônio e como estabelecimento) e o perfil corporativo (a empresa como instituição).

O art. 966 do Código Civil brasileiro de 2002 — que, apesar de ter sido promulgado no início do século XXI, tem raiz teórica e ideológica nas discussões jurídicas do direito comercial dos anos 1950 e 1960 (eis que a parte do projeto do código relativa ao direito de empresa é do início dos anos 1970) — adotou esta teoria,<sup>22</sup> reproduzindo-a com cega fidelidade canina: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”<sup>23</sup>

---

21. Ver COMPARATO, Fabio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista Commerciale*, 1943, v. 41, L) dei Diritto. In *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXV (nova série), vol. 104, outubro-dezembro/1996, p. 109-126.

22. Na verdade, o Direito do Trabalho já a usava, como se vê no art. 2<sup>o</sup> da CLT: “Art. 2<sup>o</sup> — Considera-se empregador da empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Ver ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. In *Revista de Informação Legislativa Revista de informação legislativa*, v. 36, n<sup>o</sup> 143, p. 211-229, jul./set.,1999.

23. O parágrafo único fez a seguinte ressalva: “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.”

Em que pese toda a genialidade de Asquini<sup>24</sup> e de muitos outros autores que procuraram dar-lhe um formato, a teoria da empresa enquanto fundamento do direito de empresa estava fadada ao insucesso. Não apenas porque “empresa” é um conceito totalmente incerto<sup>25</sup> e não unívoco<sup>26</sup> (o que é mortal para qualquer conceito que se pretende científico), mas, sobretudo, porque é um conceito insuficiente para explicar o que é a atividade empresária, o empresário e o direito de empresa.

Um exemplo simples basta para demonstrar o defeito conceitual da teoria da empresa: de acordo com o conceito de empresa, usado no art. 2.082 do Código Civil italiano e no art. 966 do Código Civil brasileiro, o empregado de uma loja de roupas é um empresário. Com efeito, esse empregado exerce profissionalmente (a sua profissão é vender roupas) uma atividade econômica organizada para a circulação de bens (a venda de roupas a clientes da loja).

O senso comum reconhece que tal empregado não é um empresário. É claro, portanto, que falta um elemento essencial, o elemento verdadeiramente diferenciador da atividade empresária e do empresário com relação aos outros.

---

24. E, na verdade, a teoria proposta por Asquini apenas limitou-se a dar uma nova roupagem a conceitos clássicos do direito comercial tradicional, como os de comerciante (transformado em perfil subjetivo da empresa), de ato de comércio (transformado em perfil funcional da empresa), de estabelecimento (transformado em perfil patrimonial ou objetivo). o único verdadeiramente diferente era o perfil institucional que, mesmo assim, não era inovador. Eis que Maurice Hauriou já havia escrito sobre a teoria da instituição, sob a perspectiva do direito público. Ver HAURIOU Maurice. *L'institution et le droit statutaire*. In *Récueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>a</sup> ed série, T. 11, 1906, p. 134-182, e ainda HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*. *Essai de vitalisme social*. In *Cahiers de la nouvelle journée*, nº 4, 1925, p. 2-45.

25. Alguns preferiram chamá-lo de conceito poliédrico.

26. Para além de conteúdo substancialmente incerto, é um conceito de limites variáveis; por exemplo, se uma pessoa começa a exercer a atividade econômica de forma não profissional e depois, aos poucos, começa a exercê-la de forma profissional, é difícil estabelecer, na prática, a data na qual a atividade passou a ser empresária.

## 4. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DO RISCO

O elemento essencial, ausente nas teorias anteriores, é o risco. Nem o conceito de comerciante, de atividade comercial ou de empresa explicitaram o risco como elemento fundamental. Ora, o que caracteriza atividade empresária e o empresário é o risco. A atividade empresária é o risco incorrido no exercício da atividade econômica. O empresário é aquele que corre o risco do exercício da atividade econômica.<sup>27</sup>

Colocado o risco como elemento essencial da teoria, o exemplo dado na seção anterior passa a fazer todo o sentido. O que diferencia o empregado da loja de roupas do empresário é que o primeiro não corre o risco da atividade que exerce, já o segundo assume o risco decorrente da venda das roupas. O empregado receberá um determinado seu salário ao fim do mês; o empresário não sabe quanto receberá ao fim do mesmo período, pois pode ter lucro ou prejuízo.

O direito de empresa deixa de ser o direito do comerciante, o direito da atividade comercial ou o direito da empresa, para ser o direito do risco. Não faz mais sentido distinguir entre as atividades fundiária, comercial, industrial ou de serviços, pois quando houver risco em todas elas, haverá atividade sujeita ao direito de empresa.

É extraordinário verificar que o risco como elemento essencial da atividade empresária sempre esteve presente na história do direito comercial, apesar de a ele ter-se dado pouca atenção.

Por exemplo, a falência só existe em razão do risco ao qual estavam expostos os comerciantes. Cabe lembrar que até pouco tempo — se considerada a história da civilização — a responsabilidade

---

27. Para um notável estudo do risco e do seu papel na história, ver BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Nova York: John Wiley & Sons, Inc, 1996. E-book Kindle.

era pessoal.<sup>28</sup> Aquele que não pagasse uma dívida respondia pelo débito com o seu próprio corpo.<sup>29</sup> Acresce que a responsabilidade se estendia à família do devedor. Por causa do risco, essa situação representava um forte desincentivo para alguém que resolvesse ser comerciante. A falência foi evoluindo para se tornar uma forma de promover o correto incentivo ao comerciante: em caso de incapacidade de pagamento das suas dívidas, o negociante exonerava-se de qualquer responsabilidade mediante a entrega aos credores de todos os seus bens. O risco ficava limitado.

Outro exemplo é a evolução do direito societário.<sup>30</sup> Os diferentes tipos societários são normalmente analisados sob a perspectiva da reunião de capitais para a realização de um empreendimento. Contudo, a história do direito societário é, na verdade, a história do desejo e da necessidade de limitar o risco.<sup>31</sup> O surgimento de novos tipos societários deveu-se, basicamente, à vontade de o empreendedor pessoa natural limitar a sua responsabilidade pessoal, leia-se, reduzir o seu risco. Inicialmente, nos primórdios da Idade Média, a atividade comercial era exercida pelo comerciante em nome individual. Essa

---

28. V. TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa.** São Paulo: Almedina, 2018, p. 45 e 95.

29. Infelizmente, a interpretação que os tribunais brasileiros têm dado ao art. 139, IV, do Código de Processo Civil, adotando medidas de cunho pessoal (suspensão da CNH, do passaporte etc.) na execução das dívidas não pagas, representa um retrocesso civilizatório, pois a responsabilidade deixa de ser patrimonial, para voltar a ser pessoal.

30. Para uma história não jurídica das sociedades, ver MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIGE, Adrian. **A companhia. Breve história de uma ideia revolucionária.** São Paulo: Objetiva, 2003; para uma divertida paródia, ver GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. **Obélix e companhia.** Rio de Janeiro: Editora Record, 1984; para uma boa visão do direito societário e das suas origens, SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário. Eficácia e sustentabilidade.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

31. De louvar o art. 981 do Código Civil brasileiro que foi além da reunião de capitais e referiu a partilha do risco como elemento do conceito jurídico de sociedade: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

situação implicava que o comerciante assumisse, sozinho, a totalidade do risco da atividade.

Rapidamente surgiu a sociedade em nome coletivo, na qual todos os sócios tinham — como têm até hoje — responsabilidade ilimitada e solidária pelas dívidas da sociedade.<sup>32</sup> Ainda que, na atualidade, esse tipo de parceria nos pareça insensata, naquela época era um extraordinário avanço, pois representava a mutualização do risco. O comerciante exercia a atividade em comum com os seus sócios e o risco era repartido entre todos, o grupo era solidariamente responsável pelas obrigações sociais.

À sociedade em nome coletivo seguiu-se a sociedade em comandita<sup>33</sup> e a em conta de participação, nas quais uma categoria de sócio não tinha — como não tem até hoje — qualquer outra responsabilidade além daquilo que contribuiu para a sociedade.<sup>34</sup> Dito de outra forma, a sociedade em comandita e a sociedade em conta de participação foram os primeiros modelos de exercício de atividade empresarial nos quais era possível limitar o risco para certos sócios.

Logo a seguir, por volta do século XVI, surgiu a sociedade anônima, para responder às necessidades de financiar e organizar o comércio com os países distantes, aberto com a viagem inaugural de Vasco da Gama até Calicute, na Índia, onde chegou em 1498, pouco mais de dez meses depois de sair de Portugal. Este comércio apresentava duas grandes dificuldades: era intensivo em capital e tinha alto risco, em razão dos naufrágios,<sup>35</sup> o que gerava a perda das mercadorias e

---

32. V. art. 1.039 do Código Civil

33. Para um belo romance que tem como pano de fundo a sociedade em comandita no século XIX, ver MANN, Thomas. *Os Buddenbrook. Decadência de uma família*. São Paulo: Companhia das Letras, E-book Kindle.

34. V. parágrafo único do art. 991 e o art. 1.045, ambos do Código Civil.

35. Para uma história dos naufrágios, ver PEREIRA, José António Rodrigues. *Grandes naufrágios portugueses 1194-1991, Acidentes marítimos que marcaram a história de Portugal*. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2012.



dos investimentos realizados. A solução foi permitir aos interessados — e na primeira linha destes, aos comerciantes — que constituíssem uma sociedade de um novo tipo, no qual todos, absolutamente todos, os sócios tinham a sua responsabilidade limitada ao montante da sua contribuição. Mediante a limitação do risco, criava-se, assim, o incentivo correto para o exercício da atividade empresária.<sup>36</sup>

Vários séculos se passaram, sobreveio a Revolução Industrial e a necessidade de incentivar os empreendedores, nomeadamente os pequenos e médios, dando-lhes a possibilidade de exercer, em reunião, uma atividade econômica sem correr o risco de perder todo o seu patrimônio em caso de insucesso. Esse modelo societário devia possibilitar aos empreendedores conjugar dois elementos importantes: limitar o seu risco pessoal e cada um exercer pessoalmente a administração do negócio. Nenhum outro tipo societário à disposição do pequeno e médio empreendedor reunia os dois requisitos.<sup>37</sup> Por conseguinte, a sociedade limitada não surgiu por casualidade; ela nasceu de uma necessidade do mercado. Também, não por acaso, a semente desse tipo societário foi lançada, primeiro, no Reino

---

36. Para um relato do sucesso e dificuldades deste tipo de sociedades, ver ROBINS, Nick. *The Corporation That Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*. 2. ed. E-book Kindle; e BROWN, Stephan R. *Merchant Kings: When Companies Ruled the World, 1600-1900*. 2. ed. E-book Kindle, 2010n.

37. Nas sociedades em comandita e nas sociedades em conta de participação, o sócio com responsabilidade limitada era, obrigatoriamente, excluído da administração da sociedade; a justificativa para isso era, novamente, evitar o incentivo errado: se as consequências dos atos do sócio administrador (beneficiário da responsabilidade limitada) recaíssem sobre os outros sócios (de responsabilidade ilimitada), o sócio administrador seria estimulado a ser menos cuidadoso no trato dos negócios sociais. Por outro lado, as sociedades anônimas, em que todos os sócios gozavam de responsabilidade limitada, eram restritas aos grandes negócios, com requisitos mínimos de capital e número de sócios, e somente podiam se constituir por autorização do soberano, o que tornava o processo muito mais complicado e burocrático, deixando este tipo societário fora do alcance do pequeno e médio empreendedor.

Unido, por este ser o berço da Revolução Industrial<sup>38</sup>. Na verdade, o caminho trilhado pelo Reino Unido foi um pouco diferente do da Europa continental: a nação optou, primeiro, por uma versão simplificada da sociedade anônima, com a facilitação das formalidades de constituição, por meio do *Joint Stock Companies Act*, de 1844, seguido da limitação da responsabilidade dos sócios ao montante da sua contribuição para o capital social, previsto no *Limited Liability Act*, de 1855. As *partnerships* (que têm sido consideradas equivalentes às sociedades limitadas) apareceram só no *Partnership Act*, de 1890.<sup>39</sup> Já na Europa continental, a sociedade anônima continuou reservada aos grandes empreendimentos e criou-se um tipo novo: a sociedade através da qual todos os sócios limitavam o seu risco, ao mesmo tempo em que podiam administrar o negócio. Esse tipo societário, igualmente não por fruto da sorte, surgiu primeiro na Alemanha — precisamente um dos países mais industrializados da Europa e economicamente mais desenvolvidos<sup>40</sup> —, em 1892.

O direito societário é tão interessante que o risco é, também, o elemento caracterizador da sociedade. Só existe sociedade se todos os sócios correm, em conjunto, o risco do empreendimento. Tanto assim que o art. 1.008 do Código Civil brasileiro decretou: “É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.” O art. 288 do Código Comercial de 1850 era mais rigoroso, pois fulminava de nulidade toda a sociedade e não apenas a estipulação contratual:

---

38. John Stuart Mill foi um dos defensores da limitação do risco nas *partnerships*. Ver MILL, John Stuart. *Political Economy*, 7ª ed. Londres: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1871, reimpressão, em especial vol. 2, Livro V, Capítulo IX, §§ 5, 6 e 7.

39. Ver BURDICK, Francis M. Limited Partnership in America and England. In *Michigan Law Review*. May, 1908, Vol. 6, nº 7 (May, 1908), p. 525-532. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 18 abr. 2021.

40. Ver <https://www.britannica.com/place/Germany/The-economy-1870-90>. Acesso em: 5 maio 2021.

É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.<sup>41</sup>

O Brasil vive, na atualidade, um momento muito interessante, no qual a atividade econômica está, nitidamente, à procura de um novo fundamento para o direito de empresa. É sinal desse esgarçamento do conceito de empresa a progressiva extensão de institutos de direito de empresa a situações que, a rigor, não cabem no conceito tradicional de empresa.

Um primeiro exemplo é a extensão da possibilidade de associações e sociedades não empresárias pedirem recuperação judicial. A recuperação judicial é um sistema de reorganização da atividade do devedor reservado às empresas. A redação do art. 1º da Lei nº 11.101/2005 é de cristalina clareza e não admite interpretações: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Porém, nos últimos anos,

---

41. Por isso, a fábula de La Fontaine *A novilha, a cabra, a ovelha em sociedade com o leão* não traduz uma verdadeira sociedade, por falta de partilha do lucro, ou seja, pelo fato de o risco não ter sido distribuído entre todos os sócios; tradução livre feita pelo autor a partir do site La Fontaine <https://www.lafontaine.net/lesFables/afficheFable.php?id=6>. Acesso em: 6 maio 2021: “A novilha, a cabra e sua irmã, a ovelha/ Com um leão orgulhoso, senhor da vizinhança/ Fizeram uma sociedade, dizem, que antigamente/ E colocaram em comum o ganho e a perda/ Na armadilha da cabra, foi apanhado um veado/ Aos seus associados, ela imediatamente avisa/ Logo que chegaram, o leão pelas garras contou/ E disse: ‘Somos quatro para partilhar a presa’/ Então, em tantas partes, o veado esquartejou/ Tomou para si a primeira parte, na qualidade de Senhor/ ‘Esta deve ser minha’, disse ele, ‘e a razão é que eu me chamo leão’/ A esse propósito, nada há a dizer/ A segunda parte, por direito, ainda me é devida/ Este direito, vocês sabem, é o direito do mais forte/ Como o mais valente, reivindico a terceira./ Se algum de vocês tocar na quarta, eu o estrangularei primeiro.”

o Poder Judiciário brasileiro — diga-se de passagem, sem grande preocupação com os fundamentos teóricos — aceitou estender a recuperação judicial a hospital,<sup>42</sup> universidade<sup>43</sup> e clube de futebol,<sup>44</sup> todos constituídos sob a forma de associações sem fins lucrativos. Até sociedades cooperativas, cuja lei expressamente determina não serem empresárias,<sup>45</sup> tentaram e obtiveram decisões, ainda que transitórias, admitindo-as na recuperação judicial.<sup>46</sup> Essa situação significa reconhecer, *ipso facto*, que estas entidades, afinal, são também empresárias e exercem uma atividade empresária.

Do mesmo modo, já se discutiu no Poder Judiciário brasileiro se uma sociedade de advogados não teria as características de sociedade empresária, para fins de apuração de haveres dos seus ex-sócios.<sup>47</sup> Ora, o Estatuto da Advocacia expressamente determina serem tais sociedades não empresárias.<sup>48</sup>

42. BRASIL. 4ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0060517-56.2006.8.19.0001. Casa de Portugal (em tramitação).

43. BRASIL. 5ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 00093754-90.2020.8.19.0001, Associação Sociedade Brasileira de Instrução (— ASBI) — e Instituto Cândido Mendes (ICAM) (em tramitação).

44. BRASIL. Vara Regional de Recuperações Judiciais, Falências e Concordatas da Comarca de Florianópolis — SC. Processo nº 5024222-97.2021.8.24.0023. Figueirense Futebol Clube Ltda. e Figueirense Futebol Clube (em tramitação).

45. Ver Lei nº 5.764/1971, nomeadamente art. 3º: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”; e art. 4º: “As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:”.

46. BRASIL. 4ª Vara Cível da comarca de Petrópolis — RJ, Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042, Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico.

47. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1050857-97.2018.8.26.0100, Luis Antonio Semeghini de Souza x Cescon, Barriou, Flesch e Barreto Sociedade de Advogados e outros. Relator Des. Fortes Barbosa, julg. 24 de fevereiro de 2021.

48. Ver art. 16 da Lei nº 8.906/1994: “Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária [...]”.

Na mesma linha, já se aceitou a transformação de associações sem fins lucrativos em sociedades empresárias<sup>49</sup> sem haver alteração substancial da sua atividade, o que significa reconhecer que a atividade exercida pela associação era, de fato, uma atividade empresária.

Qual a forma de resolver esta cacofonia conceitual? A solução está em reconhecer que o elemento em comum a todas estas atividades e às pessoas naturais e jurídicas que as exercem é o risco e passar a adotar o risco como o elemento central da teoria do direito de empresa.

Assim, a atividade empresária pode ser conceituada como a atividade econômica exercida sob o risco do sucesso ou insucesso e o empresário (seja ele individual ou coletivo; isto é, a sociedade, a associação ou outra forma jurídica) é aquele que corre o risco do exercício da atividade econômica. Basta que haja uma atividade econômica e que essa atividade seja exercida mediante a assunção de um risco de sucesso ou insucesso.

Deixam de ser relevantes tanto a natureza dessa atividade (se fundiária, comercial, industrial, de serviços, tecnológica, representativa de profissional liberal, intelectual ou cultural, ou qualquer outra), como a forma sob a qual essa atividade é exercida (diretamente pela pessoa natural ou por meio de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade — empresária, simples, cooperativa — de associação ou mesmo de empresa pública).

A característica comum à grande multinacional, à pequena padaria, ao gigante plantador de soja, ao autônomo que vende amendoim

---

49. Foi o caso da chamada desmutualização da Bovespa (hoje B3), em 2007, consubstanciada mediante a cisão parcial da Bovespa, uma associação civil sem fins lucrativos, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades, a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços S.A., seguida da incorporação das ações da segunda ao capital da primeira; para uma descrição da operação, que gerou vários conflitos tributários, ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Agravo 5040141-94.2018.4.04.0000, relator Des. Roger Raupp Rios, Kirton Bank S.A. — Banco Múltiplo x União Federal, julg. 12 jun 2019.

no sinal de trânsito, e à Petrobras é o risco do exercício da atividade econômica. Afinal, a vida empresarial é o risco, o sucesso e o insucesso, a vitória e a derrota.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas acima procuraram demonstrar que o risco é elemento essencial para uma nova teoria do direito de empresa. Não obstante, o risco não é elemento suficiente.

Com efeito, o risco, por si só, não pode fundamentar a teoria do direito de empresa, pois há diversas outras situações jurídicas no qual ele está presente. Por exemplo, o risco é um elemento essencial no contrato de seguro,<sup>50</sup> assim como nos contratos aleatórios.<sup>51</sup>

A nova teoria do direito de empresa funda-se sob um segundo elemento, o mercado. O estudo do segundo elemento deverá ser objeto de um outro estudo.

---

50. V. art 757 do Código Civil “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra *riscos* predeterminados.” (grifo acrescentado)

51. V. art. 458 do Código Civil “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo *risco* de não virem a existir um dos contratantes assumia, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.” (grifo acrescentado)



**DERECHO  
EMPRESARIAL EN  
LATINOAMÉRICA**







# **DERECHO EMPRESARIAL EN LATINOAMÉRICA**

**José Gabriel Assis de Almeida**

**Érica Guerra da Silva**

**João Manoel de Lima Junior**

**(Organizadores)**



## RESUMEN

Prefacio .....	421
Presentación .....	423
<b>Inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito del derecho del trabajo a partir de las innovaciones legales .....</b>	<b>427</b>
<i>Veronica Lagassi e Valdilea Goes</i>	
Introducción .....	427
1. Inoponibilidad de la personalidad jurídica: subespecies de teorías, modalidades y la Ley nº 13.105/2015 .....	429
2. Aplicación actual de los presupuestos de inoponibilidad de la personalidad jurídica en el proceso laboral .....	436
3. De la innovación del CPC/15: del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica .....	444
4. Aplicabilidad del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica del CPC/2015 en el proceso de trabajo .....	448
Consideraciones finales .....	454
Referencias bibliográficas .....	456
<b>La exigencia de certificados negativos de débitos tributários para la efectividad del proceso de recuperación judicial .....</b>	<b>459</b>
<i>Érica Guerra da Silva e Fábio da Silva Veiga</i>	
Introducción .....	459
1. Las obligaciones tributarias de las actividades empresariales .....	460
2. El histórico legislativo de la Ley nº 11.101/2005 bajo el enfoque de los certificados negativos de débitos tributarios para concesión de la recuperación judicial ...	465
3. Reflejos de la exigencia de certificados negativos de débitos tributarios sobre la efectividad del proceso de recuperación judicial .....	469
Consideraciones finales .....	479
Referencias bibliográficas .....	481
<b>La responsabilidad civil ambiental de las empresas petroleras .....</b>	<b>483</b>
<i>Laura Santos Aguiar</i>	
Introducción .....	483

1. El alto riesgo relacionado con la actividad empresarial de producción y explotación de petróleo y gas	485
2. La creciente preocupación con la protección ambiental en los ámbitos nacional e internacional	487
3. Algunos aspectos y conceptos del derecho medioambiental y el instituto jurídico de la responsabilidad civil medioambiental	490
4. La responsabilidad civil ambiental y las teorías del riesgo creado, del riesgo provecho y del riesgo integral	499
5. El entendimiento del Superior Tribunal de Justiça sobre la aplicabilidad de la teoría del riesgo integral en la responsabilidad civil	504
Consideraciones finales	508
Referencias bibliográficas	509
<b>Legislación sobre la defensa de la competencia en Brasil: de la evolución histórica a los principales aspectos de la actual Ley nº 12.529/2011</b>	<b>513</b>
<i>Fernando José de Oliveira Baptista, Jeanne Machado e Marcos Juruena Vilella Souto</i>	
Introducción	513
1. Análisis introductorio	516
2. El derecho regulatorio en Brasil: características y principales conceptos jurídicos utilizados	518
3. Evolución histórica de la Legislación de Defensa de la Competencia	530
4. Principales innovaciones introducidas por la Ley de Competencia nº 12.529/2011	539
Consideraciones finales	554
Referencias bibliográficas	557
<b>Competencia y competencia desleal en Ecuador</b>	<b>559</b>
<i>Patricia Alvear Peña</i>	
Introducción	559
1. Diferentes categorías conceptuales	562
2. Derecho de corrección económica y abuso del derecho	567
Conclusion	601
Bibliografía	602
<b>El nuevo código argentino, el derecho comercial y la empresa</b>	<b>605</b>
<i>Raúl Anibal Etcheverry</i>	
Introducción	605
1. El comerciante	609
2. Un principio clave del derecho: la buena fe	610

3. El orden legal, las personas y el lenguaje jurídico .....	612
4. La empresa .....	613
5. La empresa como organización .....	617
6. ¿Cómo es el Derecho Comercial hoy, en la Argentina? .....	624
Bibliografía .....	628
<b>Visión de la empresa familiar en el nuevo código civil y comercial de la argentina ..</b>	<b>631</b>
<i>Gabriela Pamela Butti</i>	
1. La empresa familiar frente al código civil y comercial de la República Argentina .....	631
2. Conceptos relativos a la empresa familiar, derecho de familia y societario. Contenido vinculado al código civil y comercial de la nación unificado argentino .....	635
3. Los conflictos y su prevención a la luz del código civil y comercial de la nación ..	641
4. Modificaciones en el aspecto societario .....	647
5. Sucesiones y empresa familiar en el nuevo código civil y comercial unificado argentino .....	653
Conclusion .....	662
<b>El consumidor y la empresa en el código civil y comercial de la nación argentina ...</b>	<b>665</b>
<i>Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández</i>	
Introducción .....	665
1. El Código Civil y Comercial de la Nación y los contratos de consumo .....	670
Colofón .....	689
<b>La convención de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y su impacto en la lucha contra la corrupción en Brasil y Latinoamérica .....</b>	<b>691</b>
<i>Caroline da Rosa Pinheiro e Gustavo Flausino Coelho</i>	
Introducción .....	691
1. Puntos centrales de la convención sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales .....	694
2. Reflejos de la convención en Argentina y Chile .....	698
3. Reflejos de convención en Brasil .....	706
Consideraciones finales .....	713
Referencias bibliográficas .....	714
<b>El sistema de solución de controversias de la OMC: lecciones del contencioso del algodón (Brasil — EE.UU.) .....</b>	<b>719</b>
<i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i>	
Introducción .....	719

1. Antecedentes históricos . . . . .	720
2. El acuerdo de OMC y la función juzgadora de la organización . . . . .	724
3. El OSC, las medidas compensatorias y las medidas de represalia . . . . .	727
4. Actuación de los agentes económicos privados . . . . .	731
5. Lecciones del contencioso Brasil x Estados Unidos sobre el algodón . . . . .	735
Conclusión . . . . .	748
<b>Análisis del Resp. N° 975.834/RS: el STJ en la encrucijada entre los derechos del consumidor, societario y de las políticas públicas . . . . .</b>	<b>751</b>
<i>João Manoel de Lima Junior e Tháise Zacchi Pimentel</i>	
Introducción . . . . .	751
1. Breve historia de las sociedades de telecomunicaciones en Brasil . . . . .	757
2. Resumen del procedimiento judicial . . . . .	760
3. Análisis de la decisión . . . . .	766
Consideraciones finales . . . . .	788
Referencias bibliográficas . . . . .	792
<b>La legitimidad para solicitar la recuperación judicial de las cooperativas médicas que operan planes de salud: un análisis sobre la recuperación judicial de Unimed Petrópolis . . . . .</b>	<b>795</b>
<i>Érica Guerra da Silva, Christiana Grangê Neves, Deivison da Silva Avelino, Heloisa Fonseca de Sá Pinheiro, Rafael Rodrigues Andrade e Raquel Severino Viana</i>	
Introducción . . . . .	795
1. Análisis de la solicitud de recuperación judicial de la Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico . . . . .	797
2. Análisis de la decisión de tramitar la recuperación judicial de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico . . . . .	800
3. Modificación introducida por la Ley n° 14.112/2020 . . . . .	804
Consideraciones finales . . . . .	806
Referencias bibliográficas . . . . .	809
<b>El riesgo como fundamento de una nueva teoría del Derecho de Empresarial . . . . .</b>	<b>811</b>
<i>José Gabriel Assis de Almeida</i>	
Introducción . . . . .	811
1. El derecho empresarial como el derecho de los comerciantes . . . . .	812
2. El derecho de empresa como el derecho de la actividad empresarial . . . . .	815
3. El derecho de empresa como el derecho de la empresa . . . . .	818
4. El derecho de empresa como el derecho del riesgo . . . . .	822
Consideraciones finales . . . . .	830

## PREFACIO

El libro *Derecho empresarial en Latinoamérica*, resultado de la interlocución y el diálogo institucional entre el Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) y las facultades de Derecho de Brasil y Latinoamérica, revela la modernidad del debate ocurrido y la perdurabilidad de la producción intelectual y académica identificado en el proceso de integración del Derecho latinoamericano.

El desarrollo de la actividad empresarial en la región latinoamericana, a través de reglas que reúnen condiciones a las diversas actividades empresariales para el suministro de bienes y/o servicios, es una herramienta fundamental para la preservación de los debates multilaterales y la certeza de la necesidad de integración regional como una forma de acelerar el crecimiento económico y social de los pueblos latinos, ya que promover el flujo comercial en la región y mejorar las normas internacionales que optimicen las iniciativas empresariales permitirá una mayor seguridad jurídica y el aumento de las perspectivas económicas del bloque.

En ese camino, la armonía de normas adaptadas al mundo empresarial y a la seguridad jurídica crea el ambiente para prácticas de *compliance* que vuelvan transparentes las operaciones e inhiban acciones lesivas y ahuyenten las inversiones y las alianzas comerciales. Con eso, tendremos más competitividad y un mejor ambiente de negocios, tanto en Brasil como en otros países de Latinoamérica. Para que los inversionistas incrementen sus niveles de confianza en el vasto territorio latino, que ofrece innumerables oportunidades a diferentes sectores, los modelos seguros de negociaciones, incluyendo el escenario público-privado,

serán fundamentales para el fortalecimiento de las normas empresariales y el desarrollo de múltiples y diversas sociedades latinoamericanas.

La participación del Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) en esta publicación, junto con la prestigiosa Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), es motivo de gran satisfacción y la confirmación de la continua y provechosa producción académica de dos grandes instituciones que promueven la docencia y la investigación jurídica. Para el IAB, es la ratificación del trabajo de la laboriosa Comisión de Derecho Comercial y su actual presidente, Dra. Érica Guerra, al mismo tiempo que consolida la extensa producción de los sustanciales contenidos jurídicos del IAB, que, como la entidad jurídica más antigua de las Américas, viene, desde 1843, desarrollando el perfeccionamiento del estudio jurídico nacional e internacional a través de diversas comisiones y participación en los principales foros internacionales del derecho y de la abogacía.

Veinte años después la promulgación de nuestro Código Civil, poder centrarse en esta sólida obra nos ofrece la oportunidad de mejorar el estudio y aplicación de nuestro Estatuto Civil a las sociedades empresariales, así como llevar su valor a los países latinos hermanos. La preocupación por ofrecer un régimen de integración regional latinoamericana, a través de un ambiente sano a las actividades empresariales, nos motiva a continuar en el camino del fomento del pensamiento científico y renueva las energías de las instituciones organizadoras de esta publicación, en seguir alimentando la armonía entre pueblos y el intercambio de sus experiencias y valores, con el objetivo de brindar plena seguridad jurídica a las transacciones jurídicas y empresariales desarrolladas en toda la región.

Disfruten de las enseñanzas y debates surgidos de las intensas, atemporales y poderosas jornadas del derecho empresarial, que reunieron pilares y exponentes de esta vibrante y fundamental área de estudio. El derecho empresarial y la actividad empresarial latinoamericana agradecen.

*Sydney Sanches*  
Presidente del IAB Nacional



## PRESENTACIÓN

El libro *Derecho empresarial en Latinoamérica* es el resultado de los trabajos presentados en las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Comercial realizadas en octubre de 2015. Los temas generales fueron “La actividad empresarial y el derecho en Latinoamérica” y los resultados de la encuesta Derecho empresarial en el Superior Tribunal de Justiça (STJ), de la Fundação Getulio Vargas (FGV).

Las III Jornadas fueron organizadas conjuntamente por la Comisión de Derecho Empresarial del Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) y por la línea de investigación “Empresa y Actividades Económicas” de la Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Participaron del Comité Organizador el prof. José Gabriel Assis de Almeida (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade do Estado do Rio de Janeiro), el prof. Alexandre Assumpção Alves (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade do Estado do Rio de Janeiro), la prof. Érica Guerra da Silva (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro) y los estudiantes Aline Teodoro de Moura, Tainá Camargo, Allana Olmo, Tatiana Abranches, Micaela Barros Barcelos Fernandes, Claudio Luiz de Miranda, Gustavo Coelho y Ricardo Mafra (miembros de la Línea de Investigación Empresas y Actividades Económicas de la maestría y doctorado y Derecho de la UERJ).

En los tres días de las III Jornadas se presentaron paneles sobre los diversos temas del Derecho Empresarial: i) La evolución del derecho comercial al derecho empresarial; ii) El concepto de actividad empresarial; iii) La actividad empresarial y la libre competencia; iv) La actividad empresarial y el Derecho del Trabajo; v) La actividad empresarial y el derecho registral; vi) La actividad empresarial y el medio ambiente; vii) La actividad empresarial y las sociedades; viii) La actividad empresarial, la quiebra y la recuperación judicial, y la crisis de las empresas; ix) La actividad empresarial y los títulos de crédito; x) La dimensión internacional de la actividad empresarial desde la perspectiva del Mercosur y Unasur; y xi) La actividad empresarial y los litigios empresariales internacionales.

Estuvieron presentes en las III Jornadas profesores e investigadores de Argentina, Paraguay, Ecuador y Brasil, hecho que ha permitido la integración científica y cultural, promoviendo la unión entre los investigadores del derecho empresarial latinoamericano y fomentando nuevas iniciativas de conexión de las materias de Derecho Comercial.

Además de las III Jornadas, este libro también marca el cierre del Proyecto de Pesquisa Direito Empresarial en el STJ, que buscó identificar cómo el STJ, el tribunal de uniformidad de la interpretación jurisprudencial de la legislación federal brasileña, decide sobre los casos de derecho societario llevados a su conocimiento.

Además de los artículos presentados en las III Jornadas, el presente trabajo divulga a los públicos brasileño y latinoamericano el artículo “Análise do REEsp. nº 975.834/RS: O STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas”,<sup>1</sup> que analiza la decisión judicial de derecho societario más citada por el STJ en los últimos diez años. Es decir, la discusión

---

1. Artículo publicado originalmente en el volumen 12, nº 2, de la *Revista Brasileira de Políticas Públicas*.

acerca del derecho societario en la práctica judicial brasileña que fue analizada en el Projeto de Pesquisa Aplicada Direito Empresarial en el STJ conducido por el Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio.<sup>2</sup>

*Érica Guerra da Silva*

Presidente de la Comisión Permanente de Derecho  
Empresarial del Instituto de Abogados Brasileños - IAB.  
Vicepresidente de la Comisión de Derecho Comercial  
del Instituto dos Advogados Brasileiros, bienios  
2014/2016, 2016/2018, 2018/2020 y 2020/2022

---

2. Se pueden obtener más informaciones sobre la Pesquisa Direito Empresarial en el STJ en el sitio web: <https://direitorio.fgv.br/pesquisa/direito-empresarial-no-stj>. Accedido el: 28 sept. 2022.



# INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DE LAS INNOVACIONES LEGALES

*Veronica Lagassi<sup>1</sup>*

*Valdilea Goes<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Por personalidad jurídica llamamos a la capacidad de contraer derechos de obligaciones en la órbita civil. Esta facultad comienza a partir del archivo de los actos constitutivos de la entidad a la que se constituye en el órgano competente y termina por la vía judicial o extrajudicial. Cuatro serán los efectos de la adquisición de la personalidad jurídica: derecho a la protección legal del nombre empresarial; a la autonomía patrimonial de la sociedad con respecto a sus socios; a la adquisición de domicilio y a la nacionalidad propia.

1. Abogada, doctora en Derecho, máster y especialista en Derecho Empresarial y en Docencia de la Enseñanza Superior. Además, es docente del curso de Derecho de la UFRJ, del Ibmec/RJ y de la Facha/RJ.
2. Administradora de empresas y abogada, formada en Derecho por el Ibmec/RJ.

Por otra parte, por inoponibilidad de la personalidad jurídica se entiende la ignorancia momentánea de la existencia de personalidad jurídica de una entidad con el único fin de alcanzar el patrimonio de las personas físicas que contribuyeron a su constitución.

Esto sucede, por regla general, cuando se constata abuso de personalidad jurídica resultante de la existencia de confusión patrimonial o desviación de fin mediante provocación al juez, en los términos del art. 50 del Código Civil de 2002. Por lo tanto, en la actual legislación en vigor no cabe inoponibilidad *ex officio*, ante la exigencia legal de que el juicio deba ser provocado y que, además, tengamos el abuso de personalidad. Tal hecho se justifica en virtud de la inoponibilidad representar una excepción al Principio de Autonomía Patrimonial<sup>3</sup> presente en esta especie de personalidad.

Sin embargo, cuando la aplicación venía de litigio proveniente de la Justicia del Trabajo, la interpretación era diversa, teniéndose en vista que hasta el advenimiento de la Ley n° 13.105/2015 (CPD/2015) y de la Ley n° 13.467/2017, no había disposición específica en el Derecho del Trabajo con respecto a su aplicabilidad. En la ocasión, su aplicación era efectuada a partir de la interpretación lógico-sistemática que permitía la aplicación no solo del art. 50 del Código Civil de 2002, así como del § 5° del art. 28 de la Ley n° 8.078/1990 (CDC) por adopción subsidiaria de las demás ramas del Derecho, tal como posibilita el párrafo único, del art. 8°, de la CLT. No resultaba, por ende, de la aplicación del Código de Proceso Civil anterior (Ley n° 5.869/1973), por el hecho de que no había disposición respecto a ello.

Basado en esto, el gran desafío que se impone en cuanto a la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ám-

---

3. En líneas generales, ese principio determina que los derechos y obligaciones de la persona jurídica no se confundan con las personas de sus socios.

bito del Derecho del Trabajo es establecerse parámetros para saber cómo o cuándo debe aplicársela. Porque, en la práctica, no siempre los presupuestos de su cabimiento son examinados en el ámbito del Derecho del Trabajo. Así, es exactamente sobre eso que buscaremos discurrir, iniciando un análisis doctrinario sobre las modalidades y especies de inoponibilidad, para al final buscar establecer la delimitación de su aplicación.

## 1. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: SUBESPECIES DE TEORÍAS, MODALIDADES Y LA LEY Nº 13.105/2015

La *disregard doctrine*, también llamada teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, surgió como forma de impedir que la persona jurídica fuera utilizada como artificio para la práctica de actos lesivos a la sociedad.<sup>4</sup>

En Brasil, la adopción de esa teoría surge como forma de disminución del principio de la autonomía patrimonial, que pasa a tener su aplicación limitada a las obligaciones de la sociedad ante otros empresarios o la propia sociedad.

La teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica determina la ilimitación de la responsabilidad de los socios integrantes de la sociedad, que responderán subsidiariamente a la sociedad. Esa situación ocurre porque la sociedad será siempre directamente responsable y solo después del agotamiento de sus bienes es que ocurre la ejecución de los bienes de sus socios.

La activación de tal instituto, en el sistema jurídico brasileño, abarca diversos diplomas legales, entre ellos: el art. 28 del Código

---

4. GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

de Defesa do Consumidor; el art. 18 de la Ley nº 8.884/1994, conocida como Ley Antitrust; el art. 4º de la Ley nº 9.605/1998, que trata de los crímenes ambientales, y, finalmente, el art. 50 del Código Civil de 2002.<sup>5</sup>

Del análisis de dichas normas, se desprende que el ordenamiento jurídico brasileño adoptó tanto la teoría subjetiva, o teoría mayor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (esa considerada la regla general), como la teoría objetiva, o teoría menor de la inoponibilidad. En ese paso, se percibe que la teoría menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, es decir, aquella para la cual basta apenas la constatación de la inexistencia de bienes sociales suficientes para satisfacer la deuda de la persona jurídica, fue adoptada por la Ley nº 9.605/1998 y por el Código de Defesa do Consumidor, Ley nº 8.078/1990.

Es imprescindible registrar que el objetivo de la inoponibilidad de la personalidad jurídica es, conforme el propio nombre dice, desconsiderar momentáneamente la personalidad jurídica de la sociedad para alcanzar los bienes particulares de los socios en la hipótesis de comprobación de la práctica de actos falaces, confusión patrimonial, desviación de fin etc. En realidad, esta determinación busca preservar el derecho de los acreedores.

Con ese objetivo el Consejo de Justicia Federal aprobó el Enunciado 51, el que positivó la Teoría de la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica en el Código Civil brasileño de 2002 en su art. 50. No obstante, conviene señalar que, para la aplicación de esta teoría, la parte solicitante deberá comprobar la existencia de confusión patrimonial o irregularidad de la empresa, esta última caracterizada por la desviación de fin.

---

5. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



Por el hecho de que el art. 50 del Código Civil de 2002 explícitamente exigir la existencia de uno de los presupuestos antes citados, así como la provocación del juicio para que la inoponibilidad sea declarada, esta especie de inoponibilidad fue concebida con base en la teoría mayor. Así, la teoría mayor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica será aquella que determinará la inoponibilidad siempre que se pruebe fraude en sentido amplio, o sea, comprobándose el uso indebido de la sociedad.

Acerca del presente punto, queda aducir las explicaciones de los profesores Nelson Nery Júnior y Rosa Maria de Andrade Nery, en las cuales la caracterización del abuso de la personalidad jurídica, que propone la inoponibilidad de la persona jurídica, está prevista en el art. 50 del Código Civil, que aborda la desviación de fin y la confusión patrimonial.<sup>6</sup>

Los autores abordan la desviación de fin como una de las caracterizaciones del abuso de la personalidad jurídica. Tal desviación debe ser identificada en las actividades de la persona jurídica, partiendo de la constatación de la efectiva desenvoltura con que la persona jurídica produce la circulación de servicios o mercancías por actividad lícita, cumpliendo o no su papel social, según los rasgos de su personalidad jurídica.

De acuerdo con los adoctrinadores:

Si la persona jurídica se pone a practicar actos ilícitos o incompatibles con su actividad autorizada, así como si con su actividad favorece el enriquecimiento de sus socios y su derrocamiento administrativo y económico, se da oportunidad a que el sistema de derecho desconidere su personalidad y alcance el patrimonio de las personas que se ocultan detrás de su existencia jurídica.<sup>7</sup>

---

6. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

7. *Idem*.

En cuanto a la confusión patrimonial, los autores afirman que esta situación se deriva de la no separación del patrimonio del socio y de la persona jurídica por conveniencia de la entidad moral. En este caso, el socio responde con su patrimonio para evitar perjuicios a los acreedores, salvo la imposibilidad de empeño de los bienes de familia y los límites del patrimonio de la familia.<sup>8</sup>

En ese sentido, son muy persuasivas las palabras de Arnaldo Rizzardo, cuando agrega:

*Se exige, en una posición muy ortodoxa, como presupuesto para la superación episódica de la personalidad jurídica de la persona jurídica, más que el simple incumplimiento, sino la configuración de uno de los elementos subjetivos, es decir, el abuso de derecho, el dolo, la desviación de fin, la confusión patrimonial. Además, cumple señalar que la inoponibilidad de la personalidad jurídica sólo procede si se verifica la insuficiencia de bienes de la persona jurídica. Siempre que existan medios para buscar los bienes de la persona jurídica, tales como el fraude en la ejecución, el fraude contra los acreedores, no se podrá desconsiderar la personalidad jurídica. En cuanto a la desviación de fin, la empresa debe quedarse vinculada al objeto social del contrato, no pudiendo extrapolarse a lo que se propuso cumplir (énfasis añadido).<sup>9</sup>*

Siguiendo esa directriz, la Ley n° 13.874, de 20 de septiembre de 2019, insertó en la redacción del art. 50 del Código Civil los siguientes párrafos:

Art. 50 [...]

§ 1º Para los fines de lo dispuesto en este artículo, la desviación de fin es la utilización de la persona jurídica con el propósito

8. Ibidem.

9. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

de perjudicar a los acreedores y para la práctica de actos ilícitos de cualquier naturaleza.

§ 2º Se entiende por confusión patrimonial la ausencia de separación de hecho entre los patrimonios, caracterizada por:

I — cumplimiento repetitivo por la sociedad de obligaciones del socio o del administrador o viceversa;

II — transferencia de activos o pasivos sin contraprestaciones efectivas, excepto los de valor proporcionalmente insignificante; y

III — otros actos de incumplimiento de la autonomía patrimonial.

§ 3 Lo dispuesto en el caput y en los §§ 1 y 2 de este artículo también se aplica a la extensión de las obligaciones de los socios o administradores a la persona jurídica.

§ 4º La mera existencia de un grupo económico sin la presencia de los requisitos a que se refiere el caput de este artículo no autoriza la inoponibilidad de la personalidad de la persona jurídica.

§ 5º No constituye desviación de fin la mera expansión o la alteración de la finalidad original de la actividad económica específica de la persona jurídica.

Así, como se puede percibir, hubo una gran preocupación del legislador nacional en delimitar las situaciones propiciadoras de la aplicación de la teoría mayor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, así que su aplicación no llegara a ser banalizada.

Por otro lado, tenemos todavía una segunda subespecie de teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica proveniente de la adopción de la teoría menor, donde la inoponibilidad ocurrirá con base en la simple insatisfacción del acreedor y en su condición de hipótesis suficiente. Esa segunda especie de inoponibilidad, efectivada en el ordenamiento jurídico patrio a través del art. 28, § 5º del Código de Defesa do Consumidor, se aplica de modo recurrente en el ámbito laboral, en claro perjuicio de la seguridad jurídica.

El Código de Defesa do Consumidor (Ley nº 8.078/1990) dispone, en el art. 28, que el “juez podrá desconsiderar la personalidad jurídica de la sociedad cuando, en perjuicio del consumidor, haya abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o contrato social”. La inoponibilidad también será efectivada cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración, previendo además el § 5º del citado artículo que “también podrá ser desconsiderada la persona jurídica cuando su personalidad sea, de alguna manera, obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a los consumidores”.

Además el art. 4º de la Ley nº 9.605/1998 garantiza que “podrá ser desconsiderada la persona jurídica siempre que su personalidad sea obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a la calidad del medio ambiente”.

Como bien señala Alexandre Freitas Câmara, el único requisito a utilizarse para la inaplicación de la personalidad jurídica en el ámbito medioambiental y, en consecuencia, para la aplicación de la teoría menor, sería que la sociedad no dispusiera de patrimonio suficiente para garantizar la reparación del daño medioambiental que hubiera causado, permitiendo la extensión de la responsabilidad patrimonial al socio, “no importando que hubiera dolo, culpa, fraude, mala fe o cualquier otra forma de calificarse la intención de quien practicó el acto contaminante”.<sup>10</sup>

Sea una u otra subespecie de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica la que se adopte, seguiremos teniendo su aplicación en las siguientes modalidades:

---

10. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- *Teoría inversa*: cuando pretende evitar que la persona jurídica sea utilizada como instrumento para perjudicar a terceros. Pero, en este caso, se prescinde de la personalidad jurídica con el objetivo de hacerla responsable de los actos realizados por sus socios. Es decir, mientras que en la teoría de la inoponibilidad lo que se busca es alcanzar los bienes de los socios, en la teoría invertida se busca lo contrario, es decir, alcanzar el patrimonio de la empresa para hacerla responsable de los actos practicados por sus socios. Un ejemplo muy común de su aplicación se produce cuando uno de los cónyuges transfiere sus bienes a la sociedad para no compartirlos con el otro en un procedimiento de separación.
- *Teoría de la inoponibilidad indirecta*: creada por Alfredo Lamy Filho y José Luiz Bulhões Pedreira, esta teoría tiene como objetivo combatir posibles fraudes cometidos por empresas controladoras, que utilizan la personalidad jurídica de la sociedad controladora, coligada o subsidiaria, para obtener ventajas indebidas.<sup>11</sup>
- *Teoría de la inoponibilidad expansiva*: se centra en los posibles socios ocultos. Esta teoría fue creada por el profesor Rafael Mônaco y defiende la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad para alcanzar el patrimonio de eventuales socios ocultos, tratando a estos últimos como meros inversores, en los términos del Código Civil y de la Resolución que regula el Impuesto a la Renta. Así, los socios a los que pretende atacar esta modalidad son aquellos que permanecen en la condición del que es sin jamás haber sido. Es decir, el que es protagonista de la empresa, la gestiona de hecho y se vale de personas interpuestas contractualmente para ocultar

---

11. GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

su participación. Este es el caso en el que las personas interpuestas se denominan “naranjas” en el refranero popular y, por tanto, no deben confundirse con los inversores de una sociedad de cartera porque, en este último marco, no hay gestión en el negocio invertido.<sup>12</sup>

Ahora que conocemos sus modalidades, abordaremos la aplicación de la teoría de la inoponibilidad en la Justicia del Trabajo.

## 2. APLICACIÓN ACTUAL DE LOS PRESUPUESTOS DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO LABORAL

Como hemos visto, existen dos tipos de subteorías para la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica. Una que requerirá confusión patrimonial o desviación de fin, así como la provocación del juicio para ser declarada, que es la teoría mayor; otra sólo requiere la mera disconformidad del acreedor, para que se decrete la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que la doctrina denomina teoría menor.

El gran problema que enfrentamos hoy cuando esta cuestión involucra el Derecho del Trabajo es la divergencia de entendimiento en cuanto a la aplicación de una de sus subespecies, y lo que es peor, esto se hace la mayoría de las veces en disonancia con la ley brasileña que habla sobre el tema.

Esta comprensión proviene del hecho de que en la Consolidación de las Leyes del Trabajo no existe disposición legal que regule la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

---

12. Idem.

Asimismo, dicha Ley prevé que, en caso de su omisión, tanto en relación con el derecho material como con el procesal civil, se utilizarán subsidiariamente las demás normas del derecho común y del derecho procesal civil en los términos de lo dispuesto en los arts. 8º y 769 de la CLT brasileña. Con base en esto, la interpretación jurídica y sistemática que tenemos es que el Tribunal Laboral puede y debe aplicar la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica tanto en la subespecie teoría menor como en la mayor y en cualquier modalidad que se emplee — teoría inversa, expansiva etc.

No obstante, la interpretación anterior debería destacar que la teoría mayor debería tener aplicación prioritaria por ser la única que se encuentra en el Código Civil cuyas disposiciones son residuales y, por ello, aplicables a cualquier rama del Derecho. En el caso específico de la Justicia del Trabajo, la teoría cuenta además con el razonamiento de la disposición legal contenida en el art. 8 de la CLT brasileña. Así, la teoría menor debería ser aplicada en situaciones muy excepcionales en las cuales las hipótesis de desestimación basadas en la teoría mayor ya hayan sido agotadas.

Sin embargo, a pesar de toda esta explicación con base legal, seguimos teniendo magistrados (en su mayoría) aplicando la teoría menor en el ámbito de la Justicia del Trabajo con carácter no excepcional. Este hecho supone no sólo una decisión contraria a la ley específica que trata la materia, sino que también representa una lesión a la amplia defensa y al contradictorio, puesto que este tipo de decisión suele producirse en la fase de ejecución y, por tanto, disminuye la posibilidad de defensa de los socios y, especialmente, de los ex socios.

La cuestión es que, en la Justicia del Trabajo, el entendimiento de la adopción de la teoría menor se ha consolidado en la jurisprudencia, empero sin prestar atención al hecho de que esta subespecie es de aplicación específica a las relaciones de consumo. Además, no hay razonamiento o vínculo jurídico que posibilite su aplicación en

el área laboral como ocurre con la teoría mayor que está en consonancia con el art. 8º de la CLT brasileña.

Ante esto, tenemos una inversión fáctica de funciones. En vez de que la doctrina y la interpretación legal basen una jurisprudencia, en la Justicia del Trabajo, cuando el tema es la desestimación, tendremos justamente lo contrario, con la doctrina creándose desde la jurisprudencia; es decir, desde las decisiones de nuestros magistrados.

Esta posición queda evidente en la sentencia dictada por la Sétima Turma do Egrégio Tribunal do Trabalho da 1ª Região:

EJECUCIÓN. INOPONIBILIDAD INVERSA DE LA PERSONA JURÍDICA. CABIDA. ART. 28 DEL CDC. E. 283 CJF/STJ. RESPONSABILIDAD. CONFIGURACIÓN. 1) *El Derecho del Trabajo adopta la teoría menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las empresas, siendo de aplicación el art. 28 del CDC, y no el art. 50 del CC.* 2) *El mero perjuicio para el trabajador autoriza la desestimación directa de la personalidad jurídica de la empresa ejecutada, de modo que se aísla el velo societario y los bienes de los socios respondan de las deudas.* 3) También es admisible la desestimación inversa de la persona jurídica, para que el patrimonio de una tercera sociedad empresaria, también integrada por el socio de la empresa empleadora, respondan de la deuda contraída por ésta, bastando para ello verificar el perjuicio del acreedor laboral y el control accionarial por parte del socio, situaciones que se quedan detectadas en los presentes casos, tratándose de un caso de aplicación del E. 283 del CJF/STJ. (énfasis añadido)<sup>13</sup>

13. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo de nº 0001200-69.1998.5.01.0063 – AP. Rel. Sérgio Lucas Martins. Sétima Turma. Fecha de publicación: 12.12.2014. Disponible en: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12 2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração teoria menor](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/handle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12%2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=desconsideração%20teoria%20menor). Accedido el: 20 ago. 2015.



Desde la vigencia del actual Código de Proceso Civil (Ley nº 13.105/2015), creíamos que tendríamos un cambio de opiniones y, posiblemente, la uniformización de entendimientos. Dado que, con el mencionado diploma legal, también tendríamos disposiciones en el ámbito procesal para la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y que, en virtud de lo dispuesto en el art. 769 de la CLT brasileña y el art. 15 de este nuevo CPC, necesariamente debería ser observado por el Docto magistrado en el ámbito del Tribunal de Trabajo.

Además, a pesar de la previsión actualizada y más restringida del artículo 50 del Código Civil, de la sustitución del Código de Proceso Civil de 1973 por el de 2015 y de la inserción del artículo 10-A en la CLT brasileña, la tesis que prevaleció fue la posibilidad de aplicación de la teoría menor del inoponibilidad de la personalidad jurídica en consonancia con las demás. Para ello, basta que leamos las siguientes sentencias:

RECURSO DE CASACIÓN. INCIDENTE DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. TEORÍA MENOR. La inoponibilidad de la personalidad jurídica se fundamenta en dos teorías: la subjetiva o mayor, en la que se admite la desestimación por la ocurrencia de fraude, abuso de derecho o confusión patrimonial; y la menor u objetiva, en la que la constatación de la ausencia de bienes suficientes para satisfacer la deuda autoriza la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la responsabilidad de los socios por el mero incumplimiento de la obligación, no exigiéndose otro requisito, lo que se verificó en el presente caso. Se concede el recurso de apelación.<sup>14</sup>

---

14. TRT 1ª Região. Processo nº 0100524-61.2016.5.01.0011. Terceira Turma. Min Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Fecha de Juicio: 14 mai 2022. Disponible en: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2954852>. Accedido el: 9 set. 2022.

INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. POSIBILIDAD. En el Derecho del Trabajo se aplica la teoría menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en razón de la hiposuficiencia del trabajador, así como de la naturaleza alimentaria de las sumas postuladas.<sup>15</sup>

Por lo tanto, como podemos comprobar, los cambios a los textos legales no han surtido efecto en lo que respecta a cambiar la forma en que se venía aplicando la teoría de la desestimación. Al revés, la Justicia del Trabajo se mantuvo firme e ignoró incluso la directriz del actual Código de Procesal Civil en el sentido de que había necesidad de fundamentación de la decisión.

Cuando tratamos de minimizar el daño que la ausencia de fundamento o explicación plausible puede causar en cuanto a la inseguridad jurídica, encontramos como respuesta o interpretación lógico-sistemática que la pertinencia de la teoría menor de la inoponibilidad sucedería por equiparar al consumidor al trabajador, puesto que ambos se consideren técnica y económicamente hiposuficientes. Un hecho que, por tanto, haría posible tal aplicación, pero con un carácter muy excepcional a nuestro juicio.

Para Cléber Lúcio de Almeida, la justificación va aún más lejos. Él argumenta que, por lo que toca a la satisfacción de los créditos laborales, los artículos 8º y 769 de la CLT brasileña permitirían recurrirse al CDC, a la Ley nº 8.884/1994, a la Ley nº 9.605/1998 y al Código Civil como fuentes subsidiarias del derecho procesal del trabajo, a efectos de atribuir a los socios la responsabilidad por las obligaciones de la persona jurídica empleadora, ya que la inoponibilidad de la personalidad jurídica constituye un valioso facilitador

---

15. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101391-06.2017.5.01.0048. Quarta Turma. Min. Rel. Tânia da Silva Garcia. Fecha de Juicio: 23 jul 2020. Disponible en: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2323049>. Accedido el: 9 set. 2022.

de la satisfacción de los créditos provenientes de la relación de trabajo y, con ello, de la mejora de la condición social del trabajador.<sup>16</sup>

Según dicho autor, los artículos 2º, § 2, 10, 445 y 448 de la CLT brasileña, 3º de la Ley nº 2.757/1956 y 16 de la Ley nº 6.019/1974 operan la despersonalización de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo. Para el autor, todos aquellos que de alguna forma se beneficiaron con los servicios de los Obreros serían responsables por créditos laborales, resultando, en verdad, en la consagración de un principio del Derecho del Trabajo, que el doctrinador denomina “Principio de la despersonalización de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo”.

Entonces, así lo afirma el autor:

En este sentido, dado que los socios son beneficiarios de las ganancias obtenidas por la persona jurídica y, por tanto, del trabajo de sus empleados, no se les puede quitar la carga de su empresa. Por otro lado, si los socios no alcanzaron la ganancia perseguida a través de la persona jurídica, deben responder con su patrimonio, por la carga del fracaso de su empresa y, consecuentemente, por la satisfacción de los créditos de los empleados de la persona jurídica, ya que, de lo contrario, se estaría transfiriendo los riesgos de la empresa económica a los trabajadores, en afrenta al art. 2º, caput, de la CLT brasileña.<sup>17</sup>

En la tesis defendida por Cléber Lúcio de Almeida, al admitir la atribución de responsabilidad a los socios por las deudas de la persona jurídica, se tiene en cuenta la aplicación del principio de protección del trabajador, ya que, si existe conflicto normativo entre la norma

---

16. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.

17. *Idem*.

que distingue a la persona jurídica de la persona de sus socios y las normas que aseguran y garantizan los derechos de los trabajadores, son estas últimas las que deberían prevalecer, como garantizaría el artículo 7 de la Constitución Federal, que impone la adopción, entre dos o más soluciones posibles, de aquella que resulte en la mejora de la condición social de los trabajadores.<sup>18</sup>

Otro argumento esbozado por Guilherme Rizzo Amaral y ampliamente utilizado para corroborar este entendimiento es que, como ya decidió el STJ, en sentencia relatada por el juez Ruy Rosado de Aguiar, la posibilidad de desestimación jurídica no se da sólo en los casos expresamente previstos por la ley, pues también deriva del principio general de la buena fe, base de la doctrina alemana construida sobre el punto, del principio que prohíbe el uso abusivo del derecho, y de la cláusula general sobre el orden público (art. 17 de la LICC).<sup>19</sup>

De acuerdo con el autor, los dispositivos que tratan de la buena fe (arts. 113 y 187 del CC/2002) ya le da a la inoponibilidad de la personalidad jurídica el fundamento jurídico necesario, aunque no si refiera específicamente a tal instituto.<sup>20</sup>

Sin embargo, es esencial subrayar lo que relata el autor, puesto que la interpretación que se ha dado al instituto, principalmente en el ámbito laboral, a nuestro juicio ha acometido la aplicación de dicho instituto de ilegalidad, ya que se han efectuado deturpaciones que corroboran el incumplimiento de la legislación patria. Así, el autor advierte que “no significa decir que la inoponibilidad de la personalidad jurídica pueda ser utilizada como panacea para todos los problemas, o vulgarizada hasta el punto de hacer débil la

---

18. *Ibidem*.

19. AMARAL, Gustavo Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

20. *Idem*.

creación técnica de la persona jurídica y su existencia distinta de la persona de sus miembros”.

Y prosigue, “tratándose de medida excepcionalísima, la desestimación debe ser adoptada solo cuando se muestre claro el abuso de la personalidad jurídica, siendo que la jurisprudencia anterior al CPC actual es rica en ejemplos de configuración de tal abuso”.<sup>21</sup>

Arnaldo Rizzardo, en el mismo sentido, alecciona que:

*Indudablemente, el camino hacia el que se ha orientado el avance en la aplicación de la teoría ha conducido a la generalización de la responsabilidad, sin dar valor a los principios directores del derecho societario. Hay nada menos que una responsabilidad de los socios, aunque sean minoritarios, olvidándose que ni siquiera han podido cambiar el rumbo de la administración. En lugar de avances, hay sectas que empañan la pureza y sanidad del derecho y desvirtúan los logros basados en la coherencia y en el respeto a los institutos jurídicos milenarios (énfasis añadido).*<sup>22</sup>

A partir de esta conmovición sobre el tema en cuestión, Eliana dos Santos Alves Nogueira y José Gonçalves Bento sostienen que la aplicación de la teoría menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito del proceso laboral debe efectuarse en virtud de los principios que la rigen, entre ellos los de celeridad, informalidad y efectividad, teniendo como presupuesto procesal para su aplicación la simple inexistencia de bienes a nombre de la persona jurídica.<sup>23</sup>

21. Ibidem.

22. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.202.

23. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Para los referidos adoctrinadores, sería importante la observancia de que la desconsideración es llevada a cabo en el quid de ejecuciones laborales en las cuales el débito perseguido se refiere al trabajo desarrollado en pro de la persona jurídica. Esa débito oriundo del trabajo destinado a la consecución del objeto social de la empresa que, invariablemente, no posee patrimonio por varios motivos, entre los cuales: en la administración empresarial, inexistencia de integración del capital social en la apertura o durante el período de existencia de la persona jurídica o la desviación del patrimonio empresarial para incremento del patrimonio de los socios.<sup>24</sup>

En fin, es cierto que no faltan argumentos para que la Justicia del Trabajo fundamente la aplicación de la teoría menor conforme lo viene haciendo.

### 3. DE LA INNOVACIÓN DEL CPC/15: DEL INCIDENTE DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Ante la consagración del instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica por el derecho brasileño, acorde con lo ya observado, el Nuevo CPC, ante su misión de crear mecanismos para hacer efectivo el derecho material puesto, pasó a prever un incidente que tendrá el poder de resolver esta disputa hace tiempo establecida y que ha permitido una serie de interpretaciones conflictivas.

Como bien señala Fredie Didier, el incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica se trata de una intervención de tercero, ya que provoca el ingreso de un tercero en juicio al que se pretende dirigir la responsabilidad patrimonial.<sup>25</sup>

---

24. Idem.

25. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Jus Po-divm, 2015, v. 1.

Es imperativo registrar que el CPC no se ocupó de las hipótesis de cabida de la desestimación, debiendo éstas ser definidas por ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 133, § 1º del CPC. De hecho, el Nuevo CPC sólo regula la forma de aplicar la sanción de inoponibilidad de la personalidad jurídica en el proceso,<sup>26</sup> correspondiendo a la ley material definir los presupuestos para su instalación.

En cuanto a estos aspectos procesales, los artículos 133 y siguientes del Nuevo CPC establecen lo siguiente:

*Art. 133. El incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica se iniciará a petición de la parte o del Ministerio Público, cuando le corresponda intervenir en el proceso.*

§ 1º La solicitud de inoponibilidad la personalidad jurídica se cumplirá según los presupuestos *previstos en la ley.*

§ 2 Lo dispuesto en este capítulo se aplicará a la hipótesis de inoponibilidad inversa de la personalidad jurídica.

*Art. 134. El incidente de desestimación es aplicable en todas las fases del proceso de conocimiento, en el cumplimiento de la sentencia y en la ejecución basada en un título ejecutivo extrajudicial.*

§ 1º La instauración del incidente será comunicada inmediatamente al distribuidor para las anotaciones debidas.

§ 2º *Se dispensa la instauración del incidente si la inoponibilidad de la personalidad jurídica se solicita en la petición inicial, hipótesis en que será citado el socio o la persona jurídica.*

§ 3º La instauración del incidente interrumpirá el proceso, excepto en la hipótesis del § 2º.

§ 4º *La solicitud debe demostrar el cumplimiento de los presupuestos legales específicos para la inoponibilidad de la personalidad jurídica.*

---

26. Idem.

Artículo 135. Instaurado el incidente, se citará al socio o persona jurídica para que se manifieste y solicite las pruebas oportunas en el plazo de 15 (quince) días.

Art. 136. Concluida la investigación, si necesario, el incidente será resuelto por decisión interlocutoria.

Párrafo único. Si el relator profiere la decisión, procederá recurso interno.

Art. 137. *Admitida la solicitud de desestimación, la enajenación o gravamen de bienes, resultante de fraude en la ejecución, quedará sin efecto respecto al solicitante.*

El primer comentario a realizarse se refiere a que el referido incidente puede ser incluido en cualquier fase procesal, ya sea de conocimiento, de cumplimiento de sentencia o de ejecución de títulos extrajudiciales (art. 134). Frente a ello, queda claro que, ante cualquier situación en que haya que decidirse sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica, será necesario la instauración del incidente con el debido respeto al contradictorio.

Ante la interpretación antes mencionada, parece que habrá varios interrogantes respecto a este hecho, ya que, en el campo laboral, la hermenéutica utilizada sigue otros parámetros y se basa en otros aspectos. La presente situación ciertamente llegará a los Tribunales Superiores para establecer un entendimiento pacífico sobre el presente tema, sin embargo, en el presente trabajo, ya se defiende la plena aplicación al proceso laboral de las normas enumeradas sobre el incidente objeto de estudio.

Otro factor a observarse es el establecido en el art. 133, que deja expresamente claro que no puede haber inoponibilidad de la personalidad jurídica, *ex officio*, por el órgano juzgador, pues sólo la parte o el Ministerio Fiscal pueden solicitar el incidente.



Como ya se ha dicho, debido a la habitual aplicación de la teoría menor por el juez laboral, hemos asistido a algo que no ocurre en otras ramas del derecho: la inoponibilidad de la personalidad jurídica sin sus presupuestos y sin provocación de la parte.

Una vez instaurado el incidente, se citará al socio o persona jurídica para que se manifieste y solicite las pruebas oportunas en el plazo de quince días. Asimismo, es importante aclarar que la prueba de que efectivamente existen los motivos que llevan a la desestimación es de quien solicita el incidente. No obstante, haciéndose una interpretación extensiva en la justicia laboral, si el juez determina de oficio la aplicación del instituto, deberá probarlo.<sup>27</sup>

El incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica, entonces, puede dar lugar a una ampliación subjetiva de la demanda, configurándose, en virtud del resultado producido, un litisconsorcio pasivo facultativo, ya que tanto el socio como la persona jurídica, en los casos de aplicación de la inoponibilidad inversa, serán llamados a participar en el proceso e impugnar lo alegado.<sup>28</sup>

Una vez aceptada la solicitud de desestimación, los bienes del socio por deuda de la sociedad o de los bienes de la sociedad por deuda del socio quedan legitimados, y cualquier enajenación, gravamen o cesión de bienes, que se haya producido en fraude a la ejecución, será ineficaz en relación con el solicitante del incidente.<sup>29</sup>

---

27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

28. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) et al. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

29. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

Por ello, surge la importancia de lo establecido en el § 1º del art. 174, garantizando que “la instauración del incidente será comunicada inmediatamente al distribuidor para las debidas anotaciones”, considerando que es a través de esta publicación que terceros ajenos al proceso tendrán conocimiento de que el incidente está pendiente, lo que puede llevar al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del demandado.

#### **4. APLICABILIDAD DEL INCIDENTE DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CPC/2015 EN EL PROCESO DE TRABAJO**

Como se mencionó anteriormente, la inoponibilidad de la personalidad jurídica ha sido admitida en el proceso del trabajo, a pesar de su modalidad.

Creado el incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica por el Nuevo CPC, surge la activación expresa de ese instituto en la ley procesal civil, lo que, por intermedio del art. 769 del CPC, posee reflejos directos en el proceso del trabajo, teniéndose en cuenta que el proceso del trabajo no trata de ese incidente en sus normas, quedándose omiso.

A nuestro juicio, la creación de tal incidente en la legislación procesal, que es utilizada de forma subsidiaria por el proceso laboral, crea la vinculación del Magistrado a lo establecido en el CPC/2015, ya que en él el incidente aquí estudiado solo podrá ser aceptado después de la solicitud de la parte o del Ministerio Público, inexistiendo autorización legal para la acción *ex officio* del Magistrado de modo a aplicar tal instituto.

Ahora bien, si el proceso laboral es omitido en ese punto, y la actual Ley Procesal Civil establece el rito y la forma que ocurrirá la

utilización del instituto de inoponibilidad de la personalidad jurídica, nada más evidente que la interpretación de tal procedimiento solo podrá ocurrir en esa dirección, so pena de desvirtuar las premisas establecidas por el legislador.

De esta forma, creíamos que, en el proceso del trabajo, la utilización de la teoría menor para la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sea en su sentido clásico o en sus diversas subespecies, se encontraría con la entrada en vigor del CPC/2015, óbice legal, debiendo utilizarse el magistrado del rito allí establecido y de forma material lo ordenado por el art. 50 del Código Civil.

Sin embargo, es imprescindible mostrar que hay autores que entienden de otra manera, contrariamente a lo que aquí se defiende, y que fue esta corriente la que se impuso. Veamos entonces:

RECURSO DE CASACIÓN. INCIDENTE DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. TEORÍA MENOR. La inoponibilidad de la personalidad jurídica se fundamenta en dos teorías: la teoría subjetiva o mayor, en la que se admite la desestimación por la ocurrencia de fraude, abuso de derecho o confusión patrimonial; y *la teoría menor u objetiva, en la que la constatación de la inexistencia patrimonial suficiente para satisfacer a la deuda autoriza la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la responsabilidad de los socios por el mero incumplimiento de la obligación, no exigiéndose otro requisito, lo que se verificó en el presente caso.* No se lo concede el recurso.<sup>30</sup>

---

30. TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101218-13.2017.5.01.0264. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Fecha de Juicio: 13 mayo 2020. Disponible en: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2578957>. Accedido el: 9 sept. 2022.

En determinados pasajes del juzgado supra, es posible identificarse las justificaciones que sedimentaron el camino de dicha decisión. Veamos.

En el mismo sentido, apuntando para la aplicación de la Teoría Menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el proceso laboral, el Enunciado n° 02 de la 1ª Jornada Nacional de Ejecución Laboral, el cual se reproduce en su totalidad:

PODER GENERAL DE CAUTELA. CONSTRICCIÓN CAUTELAR Y DE OFICIO DEL PATRIMONIO DEL SOCIO DE LA SOCIEDAD EJECUTADA, INMEDIATA A LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. CABIDA. Desestimada la personalidad jurídica de la ejecutada para alcanzar el patrimonio de los socios, si se verifica la insuficiencia de patrimonio de la empresa, se requiere la inmediata constricción cautelar de oficio del patrimonio de los socios, con base en el art. 798 del Código de Proceso Civil (CPC), incluso a través de los convenios Bacen Jud y Renajud, antes del acto de citación del socio a ser incluido en el polo pasivo, con el fin de garantizar la eficacia del proceso.

*El redireccionamiento de la ejecución se basa en el cumplimiento del título ejecutivo judicial, apoyo en los principios de celeridad y economía procesales (Artículo 5º, LXXVIII, de la CRFB) y, además, existe la innegable prerrogativa del crédito laboral y su carácter alimentario que merece toda la atención y esfuerzos del Poder Judicial en la búsqueda de una efectiva prestación jurisdiccional y, todo eso, visando garantizar un amplio acceso a la justicia. Adecuado, por lo tanto, el direccionamiento de la ejecución contra los socios.*

*Cabe destacar que todas las medidas constrictivas dirigidas a la demandada fueron infructuosas. El hecho de ser citado o emplazado al pago y no pagar la deuda configura la mora del deudor principal, lo que justifica la continuación de la ejecución frente al deudor subsidiario. En este sentido, es lo que dispone el artículo*

786 del CPC, aplicable al Proceso del Trabajo en virtud de los artículos 769 y 889 de la CLT.

A partir del juzgado arriba, es posible constatar la ausencia de cambio en la forma de aplicación de la teoría de la desestimación. Autores como Cléber Lúcio de Almeida<sup>31</sup> — que defendieron la tesis de que la inoponibilidad de la personalidad jurídica podría ser también determinada por el juez *ex officio* — salieron fortalecidos, bajo la justificación de que el juez estaría autorizado a promover la ejecución conforme adoptado el entendimiento del art. 878 de la CLT. Este impone que es obligación del juez adoptar todas las medidas necesarias para la satisfacción del acreedor, lo que, según el autor, en relación con la utilización del instituto en estudio, estaría en el rol de esas medidas.

Parte de la doctrina que defiende la tesis antes expuesta, la expresada bajo la óptica de que el principio de simplificación de las formas y procedimientos, aplicado al derecho procesal del trabajo, impide la instauración del incidente de inoponibilidad de la personalidad de forma autónoma, en particular con suficiente fuerza para suspender el proceso.

En esa misma línea caminan Eliana dos Santos Alves Nogueira y José Gonçalves Bento,<sup>32</sup> que defienden la interpretación de que los principios que rigen el Derecho del Trabajo y que inspiran el proceso del trabajo no admiten la posibilidad de pensarse en medidas que dificulten la persecución del patrimonio empresarial o societario a fin de garantizar el pago de la deuda laboral.

31. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.

32. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Así, al seguirse en sentido contrario a lo expuesto, se trasladarían los riesgos del emprendimiento empresarial al trabajador, quien los asumiría si la inexistencia de patrimonio empresarial diera lugar a la ineficacia de la ejecución laboral, lo que está prohibido por la CLT.<sup>33</sup>

Para los defensores de esta línea interpretativa, el rito procesal laboral ya conlleva la aplicabilidad de esta simplificación, incluso, respecto a la innovación del Actual CPC, ya que, por ejemplo, en el rito sumario los incidentes se resuelven en la mesa de audiencia; y, en el ordinario, todas las excepciones puestas en el inicial se abordan en materia de defensa, cuando de la contestación, ya que sólo las excepciones de sospecha, impedimento y competencia tendrían la facultad de suspender el hecho.<sup>34</sup>

Así, quienes defienden la aplicación de la teoría menor, rechaza la aplicación de lo establecido en el actual CPC, ya que, para esa doctrina, la previsión de que el requerimiento de la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea instaurado un incidente con suspensión del proceso, siendo que tal medida sería injustificable, puesto que haría depender de reconocimiento de crédito (objeto de la demanda) a la fijación de la responsabilidad por su efectiva satisfacción (objeto del incidente).<sup>35</sup>

Ahora bien, al poseer el derecho procesal laboral, la autorización para la instauración de otras excepciones que suspenden el hecho, la aplicación del presente instituto no sería inviable. Especialmente porque, como ya se dijo, la solicitud puede acompañar a la inicial y, por tanto, la decisión se enfrentará por el Magistrado cuando se dicta la sentencia, por lo que es inconsistente afirmar que la aplicación de este instituto traería un obstáculo para el derecho del trabajador.

---

33. Idem.

34. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.

35. Idem.

En la ruta de la no cabida del incidente de la desestimación, también los autores Eliana dos Santos Alves Nogueira y José Gonçalves Bento, teniendo en vista que, para ellos, en líneas generales, el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, tal cual delineado en el actual CPC, no se aplicaría al proceso del trabajo por reportar incompatible con las normas procesales laborales.<sup>36</sup>

Una vez más, nos atrevemos a discrepar del entendimiento arriba esbozado, puesto que reportamos completamente aplicables al proceso laboral las normas apuestas en el CPC/15, en lo que se refiere a la instauración del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que, por supuesto, por ser norma complementaria, habría que aplicar la interpretación sistemática de la norma.

Dicho esto, y dado que el CPC/15 permite la inserción de la solicitud de inoponibilidad de la personalidad jurídica, ya en la decisión inicial tomada por el Magistrado al dictar la sentencia, sería apropiado interponer el Recurso Ordinario, y no el Recurso de Apelación, ya que tal Recurso no existe en el ámbito procesal laboral. De lo contrario, si la desestimación es decidida por decisión interlocutoria, se torna inapelable, conforme establecido en el art. 893, § 1º, de la CLT, que no ha sido derogado por la nueva legislación procesal civil.

En la presente situación, podrá el socio, en la situación de la desestimación clásica, o la persona jurídica, en la desestimación inversa, volver a impugnar tal aceptación, en sede de Embargos Ejecutorios, a ser juzgados después de la garantía del juicio.

Asociado a esto, ya se dijo que, en el incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica, el socio o persona jurídica serán citados para que puedan presentar defensa sobre lo solicitado por las partes o por el Ministerio Público, pues el CPC/15 innova al permitir la

---

36. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

aplicación de tal instituto en cualquier momento procesal, y no sólo en la ejecución como antes.

En ese paso, no habrá impedimento para el ejercicio del contradictorio y de la amplia defensa, ya que, en el momento procesal oportuno, la parte podría impugnar. Además, le sería también garantizado el doble grado de jurisdicción, ya que de tal decisión cabría Recurso ordinario, conforme explicado.

Además, sería importante señalar que, así como afirma Alexandre Freitas Câmara, la suspensión ocurrida en el presente incidente en discusión sería, en verdad, una suspensión impropia. De acuerdo con el autor, lo que se tiene es apenas la veda a la práctica de ciertos actos del proceso (aquellos que no integran el procedimiento del incidente), lo que perdurará hasta que se decida el incidente de desestimación.<sup>37</sup>

En las palabras del adoctrinador, la suspensión impropia, así considerada, sería la “prohibición temporal a la práctica de algunos actos del proceso, permitida la práctica de otros (en el caso, se permite solo la práctica de los actos procesales referentes al procedimiento del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.<sup>38</sup>

## CONSIDERACIONES FINALES

Además, se puede concluir, por los motivos expuestos, que el proceso del trabajo, así como todas las ramas del Derecho, sufrió la interferencia de los cambios derivados de las Leyes nº 13.105/2015 y nº 13.467/2017. Tales influencias se han establecido no solo por el per-

37. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

38. *Idem*, p. 431.



miso legal, ya que el Código de Proceso Civil es aplicable de forma subsidiaria a CLT, en lo que cabe y es compatible, pero principalmente porque diversas prácticas, e incluso entendimientos jurisprudenciales, han sido mínimamente revisadas con el fin de establecer nuevas normas que antes se omitían en el CPC y en la CLT.

En el presente trabajo, se ha intentado demostrar sólo una de esas cuestiones, en lo referente al incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Consciente de que la presente temática todavía ocasionará diversas discusiones, incluso en los Tribunales Superiores, creemos que el incidente expuesto en los arts. 133 y siguientes del CPC/15 es perfectamente compatible con el proceso del trabajo. Principalmente, en el sentido de sostener la interpretación equivocada hecha por esa justicia especializada en el ámbito de la aplicación de la teoría menor de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, aunque esta todavía no sea la corriente predominante.

En ese sentido, queda claro que todos los instrumentos del instituto pueden ser aplicados en el área laboral sin cualquier veto. Sin embargo, lo que se busca con esa aplicación no es efectivamente que los créditos laborales no sean garantizados. También porque éstos poseen naturaleza esencialmente alimentaria. Lo que se pretende es que la legislación, como participante del sistema jurídico, cumpla con los requisitos determinantes relativos a la persona jurídica y su nivel de responsabilidad. Es decir, comprobado por medio del nuevo procedimiento que ha habido efectivamente la acción nefasta por parte de la persona jurídica o de sus socios, la inoponibilidad de la personalidad jurídica deberá necesariamente aplicarse, ya que todos los parámetros han sido incumplidos, debiendo los demandados soportar el cargo de los perjuicios que causaron, respondiendo, de ese modo, con su patrimonio personal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 283-294.
- AMARAL, Gustavo Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Presidência do Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 139, nº 8, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 ago. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 11.937, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 17 ago. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 152, nº 51, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 9 set 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 9 set. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 154, nº 51. p. 1, 14 jul. 2017 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1). Acesso em: 9 set. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código

- Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 183-B, p. 1, 20 set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7). Acesso em: 9 set. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.) *et al.* **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1.
- \_\_\_\_\_; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: Comparativo om o Código de 1973**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Novo CPC — Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo de nº 0001200-69.1998.5.01.0063 — AP. Rel. Sérgio Lucas Martins. Sétima Turma. Data da publicação: 12.12.2014. Disponível em: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/bitstream/han](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/han)

- dle/1001/598987/00012006919985010063%2312-12.2014.pdf?sequence=1&issAllowed=y&#search=desconsideração teoria menor. Acesso em: 20 ago. 2015.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101218-13.2017.5.01.0264. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 13 maio 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2578957>. Acesso em: 9 set. 2022.
- TRT 1ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0101391-06.2017.5.01.0048. Quarta Turma. Min. Rel. Tânia da Silva Garcia. Data de Julgamento: 23 jul 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2323049>. Acesso em: 9 set. 2022.
- TRT 1ª Região. Processo nº 0100524-61.2016.5.01.0011. Terceira Turma. Min. Rel. Antônio César Coutinho Daiha. Data de Julgamento: 14 mai 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2954852>. Acesso em: 9 set. 2022.
- VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# LA EXIGENCIA DE CERTIFICADOS NEGATIVOS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA LA EFECTIVIDAD DEL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL

*Érica Guerra da Silva<sup>1</sup>*

*Fábio da Silva Veiga<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es mostrar que las empresas son importantes agentes de promoción del desarrollo económico de un país, siendo necesario el empeño para que, ante una crisis económica-financiera, la actividad empresarial pueda valerse del instituto de recuperación judicial.

La Ley nº 11.101/2005 modernizó la relación entre la empresa y sus acreedores, siendo su objetivo primordial el levantamiento de la misma, propiciando su continuidad. Tal preocupación se hace de suma importancia, pues la empresa asumió un papel de relevante conno-

1. Postdoctorado en Derecho por la PUC-Minas. Profesora adjunta en la UFRRJ, Instituto Três Rios.
2. Profesor doctor en Derecho Empresarial de la Faculdade de Direito e Ciência Política de la Universidade Lusófona do Porto (Portugal).

tación social, una vez que la actividad empresarial es un organismo propulsor importante para el desarrollo de la sociedad.

En este sentido, la Ley n° 11.101/2005 tiene por objeto mantener la actividad empresarial, prevé la exigencia de presentar certificados negativos de débitos tributarios en el art. 57 y representa un obstáculo para la preservación de la empresa.

Se analizarán las obligaciones tributarias de las actividades empresariales, considerándose su impacto en la actividad económica organizada. Además, este trabajo pondrá de relieve las repercusiones de la exigencia de los certificados negativos de débitos tributarios para la efectividad del proceso de recuperación.

Al fin, en cuanto a la sistemática de la averiguación, se trata de una investigación documental bibliográfica cualitativa orientada por el modelo dialéctico crítico, que tiene como fuentes previstas para la consecución de los objetivos: la Constitución Federal, la legislación brasileña, la jurisprudencia y la doctrina.

## 1. LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Para que el Estado pueda repartir equitativamente las riquezas sin ofender las libertades conquistadas y sin lesionar los principios básicos del Estado Democrático de Derecho, la actividad de recaudación de tributos y la aplicación de los ingresos obtenidos por esta actividad es la vía adecuada. En cuanto a la recaudación de tributos, el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del empresario vulnera las normas constitucionales que regulan la materia.

El empresario individual y la sociedad empresaria que recaudan sus tributos de forma adecuada permiten al Estado invertir

en programas socioeconómicos, posibilitando paliar las desigualdades sociales, puesto que transfiere renta para las capas más pobres de la población.

El concepto de tributo con este fin estaba presente en la Antigüedad, como puede verse en el pensamiento aristotélico:

El estadista verdaderamente consagrado al pueblo debe tener en cuenta los medios para evitar que las masas sean excesivamente pobres, ya que ésta es la causa de la debilidad de las democracias. Por ende, hay que concebirse medidas capaces de aportar una prosperidad duradera a las masas. Como esto también es provechoso para los ricos, el procedimiento adecuado es acumular todos los ingresos públicos excedentes en un fondo y distribuirlos entre los pobres, principalmente, si es posible, en sumas suficientes para la compra de una pequeña propiedad o, si no, para servir como capital inicial en los negocios o la agricultura; si ni siquiera esto es posible, el dinero debe entonces distribuirse de todos modos, pero por tribus u otra forma de división por población.<sup>3</sup>

Celso Ribeiro Bastos, al abordar la evolución histórica del concepto y de la naturaleza del tributo, señala:

El tributo es, por tanto, la obligación de los contribuyentes de pagar una determinada suma de dinero al Estado, independientemente de que el Poder Público haya prestado algún favor o servicio, así como sin vinculación a la realización de algún acto ilícito por parte del contribuyente. La obligación de pagar tributo nace únicamente del hecho de que el contribuyente haya sido incluido en una de esas situa-

---

3. ARISTÓTELES, 1.320b, *Política*. Tradução de Mário Gama Kury – 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997, p. 212.

ciones hipotéticamente descritas por la norma como generadoras de una obligación tributaria. A través de los tributos, el Estado provee sus arcas a fin de que se satisfagan sus necesidades. No es la única vía, pero sí la más importante en el Estado Moderno.

En el transcurso de los tiempos, las organizaciones políticas abandonaron otros modos de autofinanciación, como la explotación del patrimonio propio, la fabricación de guerras de conquistas, para adoptar la vía del tributo, que ocupa un lugar de relieve en la actividad financiera del Estado. Esto se debe no sólo al volumen de las sumas que, a través de este instituto, pasan a manos de los Estados, así como por el sofisticado sistema jurídico que resulta de ello en el intento de encontrar el justo punto de equilibrio entre la indispensable necesidad del Estado de intriutar y la no menos legítima pretensión del contribuyente de que esta actividad se ejerza de modo justo, equitativo, racional y acompañado de garantías jurídicas que impidan los abusos que puedan derivarse de ello.<sup>4</sup>

Se sabe que se ha desarrollado una sofisticada metodología econométrica para evaluar la capacidad contributiva de la sociedad en su conjunto y romper segmentos económicos específicos. Esto, en tanto, no es suficiente. Para alcanzar el estadio del Estado Democrático de Derecho, se hacen indispensables otros cálculos para la medición de la “cuota” individual, de forma que no se perjudique a unos frente a otros.<sup>5</sup>

Se debe tener en cuenta el principio constitucional de la libre competencia, puesto que el empresario que elude crea un precio más ventajoso que el que cumple con su obligación tributaria, aumentando el coste tributario por persona y por empresa, ofendiendo al principio

---

4. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 96-97.

5. NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos na tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 191.



constitucional de la capacidad contributiva dispuesto en el art. 145, § 1º, de la Carta Magna:

Siempre que sea posible, los impuestos tendrán carácter personal y serán graduados según la capacidad económica del contribuyente, facultándose a la administración tributaria, especialmente para darles efectividad a esos objetivos, identificados, respetados los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los ingresos y las actividades económicas del contribuyente.

Los efectos nocivos de la evasión fiscal son objeto de estudios desde hace mucho tiempo. La revista *Exame*, en su número 819 de 9 de junio de 2004, publicó un relevante artículo sobre este tema titulado "Una luz sobre el Brasil de las sombras: una investigación muestra cómo la informalidad y la evasión fiscal impiden que Brasil crezca realmente":

El sector informal hace inviables muchas de las inversiones de quienes trabajan dentro de la legalidad y pagan impuestos al día.

Para las empresas que respetan las leyes quedan las pérdidas sucesivas impuestas por la competencia desleal de los evasores, adulterados y otras facetas del crimen organizado.

La evasión es perjudicial para el país. Representa la eliminación de empleos a través de la competencia desleal y priva al Estado de los recursos necesarios para la infraestructura y el social.<sup>6</sup>

Se puede afirmar que la empresa que atiende a su función social, recaudando correctamente los tributos, contribuye para que la financiación del Estado pueda atender a los objetivos de la República de

---

6. Revista *Exame*, en la edición 819, del 9 jun. 2004. "Uma luz sobre o Brasil das sombras: uma pesquisa mostra como a informalidade e a sonegação impedem o Brasil de crescer de verdade."

erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades sociales. Así, el hecho de no pagar tributo representa una violación a la propia Constitución.

Los empresarios, a través de la Confederación Nacional del Comercio, desde hace muchos años abogan por una reforma tributaria que posibilite la reducción de la carga tributaria y la simplificación del sistema tributario para que se puedan reducir los costos administrativos y estimular la actividad económica.

Antônio Oliveira Santos, presidente de la Confederación Nacional del Comercio, explica:

Partiéndose del supuesto de que una carga tributaria excesivamente elevada resulta en pérdida potencial de producción, se deduce que sería muy recomendable utilizar un modelo numérico para identificar cuál es el nivel de tasación que permitiría alcanzar el mayor crecimiento posible.

En los últimos diez años, la carga tributaria en Brasil ha pasado del 25% al 37% del PIB, caminando hacia el 40%, fomentando el contrabando, la evasión fiscal y el comercio clandestino, es decir, dificultando cada vez más el trabajo de la industria y del comercio legales ante la competencia disgregadora. La economía brasileña está amenazada por una crisis con múltiples consecuencias, como la baja competitividad, la caída de los negocios, la corrupción y la violencia, todo ello debido principalmente a la insoportable carga tributaria que entorpece las actividades económicas.<sup>7</sup>

Esta tributación genera dos tipos de problemas. Por un lado, por ser muy alta, termina por sustraer excesivos recursos del sector priva-

---

7. SANTOS, Antônio Oliveira. *O caminho das pedras*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2003, p. 47-52.

do (empresas y familias), reduciendo así la inversión. Por otro lado, debido a que se basa en tributos de baja calidad, en particular por su carácter acumulativo, crea distorsiones asignativas y limitadas la capacidad competitiva del sector privado.<sup>8</sup>

Se debe entender, entonces, que una buena forma de gobierno consiste en obedecer a las leyes vigentes, y otra es tener buenas leyes para obedecer.<sup>9</sup>

El interés social significa el compromiso de la empresa como incentivadora de empleos, de la circulación de riquezas y servicios, y recaudadoras de tributos, medios por los cuales ocurre la estimulación social de los bienes que le pertenecen.

Las leyes tributarias nacionales necesitan una adecuación para que el empresario individual y la sociedad empresaria, cumpliendo con una obligación que le impone la Constitución, posibiliten al Estado el cumplimiento de los objetivos del Estado Democrático de Derecho, es decir, garantizar la superación de las desigualdades sociales y realizar la justicia social.

## **2. EL HISTÓRICO LEGISLATIVO DE LA LEY Nº 11.101/2005 BAJO EL ENFOQUE DE LOS CERTIFICADOS NEGATIVOS DE DÉBITOS TRIBUTARIOS PARA CONCESIÓN DE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL**

El Decreto-ley nº 7.661, de 21 de junio de 1945, el cual recibía muchas críticas en cuanto a sus arcaicos y morosos mecanismos procesales, tenía como propósito la liquidación judicial, fundada en la insolvencia del comerciante individual, protegiendo al deudor honesto y cas-

---

8. Idem, p. 151.

9. ARISTÓTELES, 1.320b, *Op. cit.*, p. 137.

tigando al deshonesto, y presentaba dos señales de envergadura: la impuntualidad y los actos de quiebra.

En ese sentido, Jorge Lobo afirma que:

[...] el carácter penal y represivo de la quiebra y la concepción de que se debe promover la liquidación del patrimonio del fallido para realizar a *pars conditio creditorum* cedieron lugar al sistema de reorganización y recuperación de las empresas deficitarias, de forma a crear condiciones de hacerlas salir del “agujero” y volver a ejercer las funciones y actividades que motivaron su constitución.<sup>10</sup>

Bajo la égida del Decreto-ley n° 7.661/1945, el concurso de acreedores era el mecanismo de recuperación de la empresa, habiendo fracasado en Brasil.

En el Decreto-ley 7.661/1945, se exigía que del concurso de acreedores fuera juzgada cumplida y que el deudor presentara pruebas de haber pagado todos los impuestos, bajo pena de quiebra. No se exigía, por ende, la presentación de los certificados negativos de débitos para la concesión de un concurso de acreedores. La obligación de presentar la prueba del pago de todos los impuestos fue flexibilizada por la jurisprudencia de la época, que admitía la solicitud de desistimiento del concurso de acreedores.

Rubens Requião adujo, sobre la posibilidad de solicitar el retiro del concurso de acreedores, que “la tercera hipótesis que abordamos es la concesión del desistimiento, en cualquier estado del proceso, siempre que no constituya estafa en el cumplimiento de la ley o de los intereses de los acreedores”.<sup>11</sup>

10. LOBO, Jorge. *In Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 32.

11. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 2ª vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 411.

El ordenamiento jurídico brasileño buscó adecuar el nuevo sistema concursal a la promulgación de la Ley nº 11.101/2005, que generó cambios en el procedimiento de quiebra y modificó los mecanismos de recuperación de empresas.

El cambio tuvo inicio con el envío, por el Poder Ejecutivo, del Mensaje nº 1.014, del 21 de diciembre de 1993, para el Congreso Nacional del texto proyecto de ley elaborado por las Comisiones constituidas por las Normas 233, publicadas en el DOU del 9 de mayo de 1991, y 552 MJ, acompañado de la Exposición de Motivos del entonces ministro de Justicia, el añorado dr. Mauricio Corrêa, que disponía sobre quiebras y concurso de acreedores, pretendiendo, primordialmente, proteger acreedores y deudores, salvaguardando también la empresa.

En el proyecto de ley enviado a la Cámara de los Diputados, había regulación sobre los débitos fiscales y parafiscales: “Art. 35, § 2º. En caso de débitos fiscales o parafiscales, el concurso de acreedores solo se concederá mediante prueba de garantía de ejecución, de nombramiento regular de bienes al embargo o de pago a cuotas de la deuda”.

La Ley nº 11.101/2005 es una especie normativa de ley ordinaria, por ello el proyecto de ley tuvo que ser apreciado por la Cámara de los Diputados (Casa iniciadora) y revisado por el Senado (Casa revisora).

En la Cámara de Diputados, en la Comisión Especial, ha sido nombrado ponente el añorado diputado Osvaldo Biolchi, en su informe, y se constituyó una Comisión Especial, destinada a examinar y emitir apreciación sobre el Proyecto de Ley nº 4.376/1993, después de diez años de tramitación en la Cámara de Diputados, período en el que recibió casi quinientas enmiendas. La Comisión Especial hizo muchos cambios en el texto de la subenmienda aglutinante global y el proyecto de ley quedó estructurado en once capítulos y 225 artículos.

Luego de la subenmienda aglutinante global, la regulación sobre los certificados negativos de débitos tributarios fue: Art. 52. Habida cuen-

ta de que la documentación exigida en el artículo anterior es válida, dentro de diez días la solicitud deberá ser examinada y determinada el procesamiento de la recuperación judicial, cuando el juez: III — determinará la dispensa de la presentación de cualesquier certificados negativos para que el deudor ejerza sus actividades comerciales, excepto para contratación con el Poder Público o para recepción de beneficios o incentivos fiscales o de créditos, siendo siempre obligatorio, en todos los actos y documentos, observar lo dispuesto en el art. 61.

En el Senado Federal, el Proyecto de Ley de la Cámara recibió el n° 71, habiendo sido enviado a la Comisión de Asuntos Económicos y nombrado al añorado senador Ramez Tebet como ponente. En la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía, se nombró ponente el senador Fernando Bezerra.

En el Senado, se consolidó la redacción final del Substitutivo del Proyecto de Ley de la Cámara n° 71/2003, el proyecto de ley aprobado con la estructura de ocho capítulos y 201 artículos.

La normativa sobre la presentación de los certificados negativos de débitos tributarios ha sido modificada:

Art. 57. Luego de la adjunta a los autos del plan aprobado por la Asamblea General de Acreedores o transcurrido el plazo previsto en el art. 55 sin objeción de acreedores, el deudor presentará, en cinco días, certificados negativos de débitos tributarios de conformidad con los arts. 151, 205, 206 de la Ley n° 5.172, 25 de octubre de 1966 (Código Tributario Nacional).

*Párrafo único.* Transcurrido el plazo sin la presentación de los certificados, el juez decretará la quiebra.

Devuelto a la Cámara de Diputados, el proyecto se votó el 14 de diciembre de 2004.

El texto del art. 57 sobre la regulación de los certificados negativos de débitos tributarios se modifica una vez más para excluir el párrafo único y quitar el plazo de presentación de los certificados:

Art. 57. Luego de la adjunta a los autos del plan aprobado por la Asamblea General de Acreedores o transcurrido el plazo previsto en el art. 55 de esta Ley sin objeción de acreedores, el deudor presentará certificados negativos de débitos tributarios de conformidad con los arts. 151, 205, 206 de la Ley n° 5.172, del 25 de octubre de 1966 — Código Tributario Nacional.

En cuanto al fraccionamiento de los débitos tributarios de los deudores en recuperación judicial, está previsto en el art. 68 de la Ley n° 11.101/2005.<sup>12</sup>

A continuación, el proyecto se envió al Presidente de la República para su sanción.

El 9 de febrero de 2005 se sancionó el proyecto que se convirtió en la Ley 11.101, con un plazo de *vacatio legis* de 120 días, es decir, entró en vigor el 9 de junio del mismo año.

### 3. REFLEJOS DE LA EXIGENCIA DE CERTIFICADOS NEGATIVOS DE DÉBITOS TRIBUTARIOS SOBRE LA EFECTIVIDAD DEL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL

Es notorio que la actividad empresarial que se encuentra en estado de crisis económico-financiera tiene débitos tributarios, pues el empre-

---

12. Art. 68: El Tesoro Público y el Instituto Nacional do Seguro Nacional (INSS) podrán conceder, en los términos de legislación específica, el fraccionamiento de sus créditos, en el ámbito de la recuperación judicial, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley n° 5.172, de 25 de octubre de 1966 – Código Tributario Nacional.

sario se vuelve moroso con el fisco antes de convertirse en deudor de proveedores, porque el impago de estos hace inmediatamente inviable la actividad empresarial.

A pesar de que el legislador no somete la recuperación judicial, los créditos tributarios y previsionales, el art. 57 de la Ley nº 11.101/2005 exige la presentación de certificados negativos de débitos tributarios y previsional para su concesión. Siendo cierto que la decisión de procesamiento de la recuperación judicial, primera fase del procedimiento, por disposición expresa en la Ley nº 11.101/2005, art. 52, II,<sup>13</sup> el juicio no exige los certificados negativos de débitos tributarios.

Dispone el Código Tributario Nacional sobre el certificado negativo:

Art. 205. La ley podrá exigir que la prueba de la liquidación de un determinado tributo, cuando sea exigible, se haga mediante certificado negativo, expedido por solicitud del interesado, en la que consten todos los datos necesarios para la identificación de su persona, domicilio fiscal y rama de actividad o negocio y se indique el período a que se refiere la solicitud.

Art. 206. Tendrá los mismos efectos previstos en el artículo anterior el certificado en que conste la existencia de créditos no vencidos, en curso de cobro ejecutivo en el que se haya efectuado el embargo, o cuya exigencia esté suspendida.

En el art. 151, el Código Tributario Nacional dispone de las causas de suspensión de la exigencia del crédito tributario, refiriéndose a: I — moratoria; II — el depósito de su importe integral; III — las re-

13. Art. 52. Una vez en orden la documentación exigida en el art. 51 de la presente Ley, el juez concederá la tramitación de la recuperación judicial y, en el mismo acto: II – ordenará la dispensa de las certificaciones negativas para que el deudor realice sus actividades, excepto para contratar con el Poder Público o para recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 69 de esta Ley. (énfasis añadido)



clamaciones y los recursos, en los términos de las leyes reguladoras del proceso tributario administrativo; IV — la concesión de medida cautelar en orden de seguridad; V — la concesión de medida cautelar o de tutela anticipada, en otras especies de acción judicial; y VI — el fraccionamiento. En todos estos casos, el contribuyente hace honor al certificado positivo de tributación con efectos negativos, al contenido del art. 206 del CTN.

De las causas de suspensión de la exigencia del crédito tributario, se destaca el fraccionamiento de la deuda, que constituye un beneficio que debe otorgarse como incentivo. Con el fraccionamiento, el contribuyente abandona el estado de impago y la época del pago del tributo se desplaza hacia adelante, cuando efectuados los pagos de las cuotas.

A la luz del principio de la capacidad contributiva, el legislador pretendió concederles el derecho al fraccionamiento de créditos tributarios a las sociedades y empresarios individuales en recuperación judicial (art. 68).

En la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, se destaca que la exigencia de la presentación de certificado negativo de débito tributario, sin que haya ley específica para regular el fraccionamiento para empresas en proceso de recuperación judicial, representará la ineficiencia de la Ley n° 11.101/2005.

En ese sentido:

RESP 1.187.404/MT STJ

RESUMEN: DERECHO EMPRESARIAL Y TRIBUTARIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERACIÓN JUDICIAL. REQUISITO DE QUE LA EMPRESA EN RECUPERACIÓN DEMUESTRE SU REGULARIDAD TRIBUTARIA. ARTE. 57 DE LA LEY N° 11.101/2005 (LRF) Y ART. 191-A DEL CÓDIGO TRIBUTARIO NACIONAL (CTN). INOPERANCIA DE LOS MENCIONADOS

DISPOSITIVOS. AUSENCIA DE LEY ESPECÍFICA PARA DISCIPLINAR EL FRACCIONAMIENTO DE LA DEUDA FISCAL Y PREVISIONAL DE EMPRESAS EN RECUPERACIÓN JUDICIAL. 1. EL ART 47 SIRVE DE NORTE PARA ORIENTAR LA OPERATIVIDAD DE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL, SIEMPRE CON VISTAS AL DESIGNIO DEL INSTITUTO, QUE ES “VIABILIZAR LA SUPERACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA DEL DEUDOR, A FIN DE PERMITIR EL MANTENIMIENTO DE LA FUENTE PRODUCTORA, DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES Y DE LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES, PROMOVRIENDO ASÍ LA PRESERVACIÓN DE LA EMPRESA, SU FUNCIÓN SOCIAL Y EL ESTÍMULO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA”. 2. EL ART. 57 DE LA LEY N° 11.101/2005 Y EL ART. 191-A DEL CTN DEBEN INTERPRETARSE A LA LUZ DE LAS NUEVAS DIRECTRICES CREADAS POR EL LEGISLADOR PARA LAS DEUDAS TRIBUTARIAS, CON VISTAS, EN PARTICULAR, A LA PREVISIÓN LEGAL DE FRACCIONAMIENTO DEL CRÉDITO TRIBUTARIO EN BENEFICIO DE LA EMPRESA EN RECUPERACIÓN, QUE ES CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LA EXIGENCIA DEL TRIBUTO EN VIRTUD DEL ART. 151, INCISO VI, DEL CTN. 3. EL FRACCIONAMIENTO TRIBUTARIO ES DERECHO DE LA EMPRESA EN RECUPERACIÓN JUDICIAL QUE CONDUCE A LA SITUACIÓN DE REGULARIDAD FISCAL, DE MODO QUE EVENTUAL INCUMPLIMIENTO DE LO QUE DISPONE EL ART. 57 DE LA LRF SÓLO PUEDE ATRIBUIRSE, A MENOS INMEDIATAMENTE Y POR EL MOMENTO, A LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN ESPECÍFICA QUE REGULE EL FRACCIONAMIENTO EN SEDE DE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL, NO CONSTITUYENDO CARGA PARA EL CONTRIBUYENTE, MIENTRAS SE HAGA INERTE EL LEGISLADOR, LA PRESENTACIÓN DE CERTIFICADOS DE RE-

GULARIDAD FISCAL PARA QUE SE LE CONCEDA LA RECUPERACIÓN. 4. RECURSO ESPECIAL NO PROPORCIONADO.<sup>14</sup>

La Comisión de Juristas, reunidos en la I Jornada de Derecho Comercial del Consejo de la Justicia Federal, en octubre de 2012, emitió enunciado sobre la materia, *verbis*:

DECLARACIÓN 55. EL FRACCIONAMIENTO DEL CRÉDITO TRIBUTARIO EN LA RECUPERACIÓN JUDICIAL ES UN DERECHO DEL CONTRIBUYENTE, NO UNA OPCIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA, Y, MIENTRAS NO SE DICTE UNA LEY ESPECÍFICA, NO SE APLICA LO DISPUESTO EN EL ART. 57 DE LA LEY Nº 11.101/2005 Y ART. 191-A DEL CTN.<sup>15</sup>

Hubo la introducción, por la Ley Complementaria nº 147/2014, del párrafo único en el art. 68 de la Ley nº 11.101/2005, que trata del fraccionamiento de créditos tributarios (art. 68). En el párrafo único del art. 68 está dispuesto que las microempresas y pequeñas empresas harán justicia a plazos unos 20% superiores a los regularmente concedidos a las demás empresas.<sup>16</sup>

A pesar de la promulgación de la Ley nº 13.043, del 13 de noviembre de 2014, art. 43,<sup>17</sup> establecer el fraccionamiento especial para em-

14. Disponible en: [www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1244591&num\\_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf](http://www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf).  
Accedido el: 13 mayo 2015.

15. Disponible en: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%201%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%201%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf).

16. El art. 10-A, § 7º de la Ley nº 10.522/2002, con la reforma introducida por la Ley nº 14.112/2020, dispone ahora en los mismos términos que el artículo 68, párrafo único, de la Ley nº 11.101/2005: “Las micro y pequeñas empresas tendrán derecho a plazos 20% (veinte por ciento) mayores que los regularmente concedidos a las demás empresas”.

17. Ley nº 13.043, de 13 de noviembre de 2014 – Art. 43 La Ley nº 10.522, de 19 de julio de 2002, entrará en vigor con la adición del siguiente art. 10-A:

presarios individuales o sociedades empresarias en recuperación judicial, no fue suficiente para solucionar la cuestión del fraccionamiento de las deudas tributarias, ya que el art. 44 de la Ley nº 13.043/2014

---

“Art. 10-A. El empresario o sociedad que solicite o tenga concedido el saneamiento, en los términos de los arts. 51, 52 y 70 de la Ley nº 11.101, de 9 de febrero de 2005, podrán pagar sus deudas a plazos al Tesoro Nacional en 84 (ochenta y cuatro) cuotas mensuales y consecutivas, calculadas de acuerdo con los siguientes porcentajes mínimos, aplicados al valor de la deuda consolidada:

I – de la 1ª a la 12ª cuota: 0,666% (seiscientos sesenta y seis milésimos por ciento);

II – de la 13ª a la 24ª cuota: 1% (uno por ciento);

III – de la 25ª a la 83ª cuota: 1,333% (trescientos treinta y tres milésimas de punto porcentual); y

IV – 84ª cuota: saldo deudor restante. § 1º Lo dispuesto en este artículo se aplica a todas las deudas del empresario o sociedad comercial, constituidas o no, registradas o no como Deuda Federal Activa, aunque estén siendo discutidas en juicio en acción iniciada por el contribuyente o en fase de ejecución fiscal, con la única excepción de las deudas incluidas en fraccionamientos regidos por otras leyes.

§ 2º En el caso de deudas que se encuentren en discusión administrativa o judicial, sujetas o no a la causal legal de suspensión de la exigibilidad, el contribuyente deberá comprobar que desistió expresa e irrevocablemente de la impugnación o recurso interpuesto, o de la demanda, y renunció acumulativamente a cualesquiera alegaciones de derecho en que se funden la demanda y el recurso administrativo.

§ 3º El empresario o la sociedad empresarial podrá, a su elección, desistir de los plazos en curso, independientemente de la modalidad, y solicitar su pago fraccionado en los términos de este artículo.

§ 4º Además de las hipótesis previstas en el artículo 14-B, será motivo de rescisión del fraccionamiento la no concesión de la recuperación judicial a que se refiere el artículo 58 de la Ley nº 11.101, de 9 de febrero de 2005, así como el decreto de quiebra de la persona jurídica.

§ 5º El emprendedor o sociedad comercial sólo podrá tener un plan de pago a plazos referido en el caput, cuyas deudas constituidas, registradas o no como Deuda Activa Federal, podrán ser incluidas hasta la fecha de la solicitud del plan de pago a plazos.

§ 6º La concesión del pago fraccionado no implica la liberación de los bienes y derechos del deudor o de sus responsables que hayan sido constituidos en garantía de los respectivos créditos.

§ 7º El pago fraccionado a que se refiere el encabezamiento deberá observar las demás condiciones previstas en esta Ley, con excepción de lo dispuesto en el §1º del art. 11, en el inciso II del §1º del art.12, en los incisos I, II y VIII del art.14 y en el §2º del art. 14-A. Art. 44 – La Secretaría de Ingresos Federales de Brasil y la Abogacía General del Tesoro Nacional, inclusive por medio de acto conjunto, cuando pertinente, expedirán los actos necesarios a la puesta en vigor de lo dispuesto en esta Sección”.

determinó expresamente que la Secretaría de la Hacienda Federal de Brasil y la Procuraduría General de la Hacienda Nacional editarán los actos necesarios para la realización de ese fraccionamiento.

El 13 de febrero de 2015, se editó la Ordenanza Conjunta n° 15, del 15 de diciembre de 2009, que, en el art. 2º, trató acerca del fraccionamiento de débitos en relación a la Hacienda Nacional.<sup>18</sup>

18. La Portaria Conjunta PGFN/RFB n° 15, de 2009, pasa a estar en vigor con la adición del “Capítulo III-A – Del Pago a Plazos y de las Personas Jurídicas en Recuperación Judicial”, la “Sección Única – Disposiciones Específicas Relativas al Pago a Plazos para las Personas Jurídicas en Recuperación Judicial”. Y el art. 36-A, con las siguientes redacción y estructura: “CAPÍTULO III-A DEL FRACCIONAMIENTO DE PERSONAS JURÍDICAS EN RECUPERACIÓN JUDICIAL Sección Única – De las Disposiciones Específicas Relativas a la Parcelación de Personas Jurídicas en Recuperación Judicial Art. 36-A”. Los contribuyentes que soliciten o se les conceda el saneamiento judicial, en los términos de los artículos 51, 52 y 70 de la Ley 11.101, de 9 de febrero de 2005, podrán pagar sus deudas al Tesoro Nacional en hasta 84 (ochenta y cuatro) cuotas mensuales consecutivas. § Párrafo 1º La solicitud de fraccionamiento deberá ser: I – formalizada en los términos del inciso I del art. 6º, abarcando la totalidad de las deudas debidas por cada organismo; II – firmada por el deudor o por representante legal con poderes especiales, en los términos de la ley, o por el administrador judicial, si se hubiere concedido el saneamiento judicial; y III – además de los documentos enumerados en el inciso IV del apartado principal y en el § 2º del art. 6º, según el caso, instruido con: a) si la reorganización judicial fuere concedida: 1. Documento que identifique al administrador judicial, si fuere persona física, o al representante legal del administrador judicial, si fuere persona jurídica, o al apoderado legalmente habilitado, según el caso; 2. En el caso de administrador judicial persona jurídica, el plazo de compromiso a que se refiere el art. 33 de la Ley n° 11.101, de 2005; y 3. si el administrador judicial fuere persona física, el documento que lo identifique. c) en el caso previsto en el § 5, copia de la solicitud de desistimiento de la oposición, del recurso o de la demanda y copia de la solicitud de desistimiento, debidamente presentadas. § 2º – Sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 2º del art. 18, las cuotas se calcularán de acuerdo con los siguientes porcentajes mínimos, aplicados al valor de la deuda consolidada: I – de la 1ª (primera) a la 12ª (duodécima) cuota, 0,666% (seiscientos sesenta y seis milésimos por ciento); II – de la 13ª (decimotercera) a la 24ª (vigésimo cuarta) cuota, 1% (uno por ciento); III – de la 25ª (vigésima quinta) a la 83ª (octogésima tercera) prestación, 1,333% (un entero y trescientos treinta y tres milésimos por ciento), y IV – 84ª (octogésima cuarta) prestación, el saldo deudor restante. § 3º El reparto abarcará la totalidad de los adeudos adeudados por el sujeto pasivo constituidos o no en deuda activa de la Unión (DAU), aun cuando se hayan discutido judicialmente en una acción propuesta por el sujeto pasivo o en una fase de ejecución fiscal ya procesada, exceptuados exclusivamente los débitos incluidos en fraccionamiento regidos por otras le-

La Ley nº 14.112, de 2020, que hizo profundos cambios en la Ley nº 11.101/2005, también ha modificado la Ley nº 10.522/2002. La Ley nº 14.112/2020, en el art. 3º, dio nueva redacción al art. 10-A e incluyó los arts. 10-B y 10-C de la Ley nº 10.522/2002 para regular exhaustivamente los débitos tributarios del deudor en recuperación judicial, en el ámbito federal.

Dispone el *caput* del art. 10-A de la Ley nº 10.255/2002:

El empresario o la sociedad empresaria que pleitee o haya aceptado el procesamiento de la recuperación judicial, en los términos de los arts. 51, 52 y 70 de la Ley nº 11.101, del 9 de febrero de 2005, podrá liquidar débitos para con la Hacienda Nacional existentes, aunque no vencidos hasta la fecha del protocolo de la petición inicial de la recuperación judicial, de naturaleza tributaria o no tributaria, cons-

---

yes, así considerados: I – los débitos derivados de las cotizaciones sociales previstas en las letras “a”, “b” y “c” del párrafo único del art. 11 de la Ley nº 8.212, de 1991, de las contribuciones instituidas a título de sustitución y de las contribuciones debidas a terceros, así entendidas otras entidades y fondos, administrados por la Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); y IV – los demás débitos administrados por la RFB. § 4 El sujeto pasivo podrá renunciar a los tramos en curso, cualquiera que sea la modalidad, y solicitar que sus adeudos se prorroguen de conformidad con este artículo. § 5º En caso de que los adeudos se encuentren bajo discusión administrativa o judicial, sometidos o no a la causa legal de suspensión de exigibilidad, el sujeto pasivo deberá acreditar que desistió expresamente y de forma irrevocable de la impugnación o del recurso interpuesto, o de la acción judicial y, de forma acumulativa, ha renunciado a toda alegación de derecho sobre la que se funden la acción judicial y el recurso administrativo. § 6º Además de las hipótesis previstas en el art. 28, es causa de rescisión del fraccionamiento la no concesión de la recuperación judicial de que trata el art. 58 de la Ley nº 11.101 de 2005, así como la sentencia de quiebra de la persona jurídica. § 7º Habida cuenta de las modalidades previstas en el apartado 3, la persona jurídica sólo podrá tener un (un) desglose relativo al procedimiento de quiebra. § 8º La concesión del fraccionamiento no implica la liberación de los bienes y derechos del deudor o de sus responsables que hayan sido constituidos en garantía de sus créditos. § 9º El fraccionamiento de que trata este artículo deberá ser efectuado con las demás condiciones establecidas en esta Portaria Conjunta, salvo lo dispuesto en el art. 13, no § 1º del art. 26, en los incisos I, II y VIII del art. 27 y en el art. 33.

tituidos o no, estén o no en deuda activa, mediante la opción de una de las siguientes modalidades.

De acuerdo con el art. 10-A, “V”, el débito, incluso de naturaleza no tributaria, podrá ser fraccionado en hasta 120 cuotas mensuales y sucesivas, correspondientes a un porcentaje mínimo previsto en ley, por ejemplo, en cuotas del 0,5% del valor total de la deuda hasta de la 12<sup>a</sup> cuota. Las microempresas y pequeñas empresas podrán fraccionar sus débitos en 144 parcelas.

El deudor que elija incluir los débitos en discusión administrativa o judicial en esas modalidades de fraccionamiento deberá comprobar el desistimiento de impugnaciones, recursos y acciones judiciales, según el caso, así como la renuncia en cuanto a las alegaciones de derecho correspondientes, art. 10-A, § 2<sup>o</sup>, de la Ley n<sup>o</sup> 10.522/2002.

El deudor podrá desistir de los fraccionamientos en curso, independientemente de la modalidad, y solicitar el fraccionamiento en los términos del art. 10-A, § 3<sup>o</sup>, de la Ley n<sup>o</sup> 10.522/2002.

En relación a débitos administrados por la Recaudación Federal de Brasil (RFB), se permite la liquidación de hasta el 30% con la reducción de perjuicios fiscales acumulados, fraccionándose el saldo remanente en hasta 84 veces, concorde el art. 10-A, VI Ley n<sup>o</sup> 10.522/2002.

La adhesión se hará por término de compromiso como establecido en el art. 10-A, § 2<sup>o</sup>-A de la Ley n<sup>o</sup> 10.522/2002. Son requisitos para la concesión del fraccionamiento — art. 10-A, “V” o “VI”, acorde el § 2<sup>o</sup>:

- (i) I – el suministro a la Secretaría Especial de la Recaudación Federal de Brasil y a la Procuraduría General de la Hacienda Nacional de informaciones bancarias, incluidas aquellas sobre extractos de

fondos o aplicaciones financieras y sobre eventual compromiso de valores a recibirse y demás activos futuros; II – el deber de amortizar el saldo deudor del fraccionamiento del que trata este artículo con porcentaje del producto de cada enajenación de bienes y derechos integrantes del activo no circulante realizada durante el período de vigencia del plan de recuperación judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso III del § 4º de este artículo; III – el deber de mantener la regularidad fiscal; IV – el cumplimiento regular de las obligaciones para con el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio (FGTS).

Incluso con el fraccionamiento, no habrá la liberación de los bienes y de los derechos del deudor o de sus responsables que hayan sido constituidos en garantía de los créditos fraccionados, en los términos del § 6º del art. 10-A de la Ley nº 10.522/2002. Sin embargo, una vez hechos los pagos de las cuotas, el juez podrá autorizar la liberación de bienes depositados en garantía si se demuestra que la garantía restante es suficiente para la liberación de parte de los bienes para la satisfacción del crédito en eventual incumplimiento.

El art. 10-A, § 4º, de la Ley nº 10.522/2002 dispone sobre la exclusión del sujeto pasivo del fraccionamiento:

I — la falta de pago de 6 (seis) cuotas consecutivas o 9 (nueve) cuotas alternas; II — la falta de pago de 1 (una) a 5 (cinco) cuotas, según el caso, si todas las demás están pagadas; III — el hallazgo, por la Secretaría Especial de Recaudación Federal de Brasil o por la Procuración del Tesoro Nacional, de cualquier acto tendiente a vaciar el patrimonio del sujeto pasivo como forma de defraudar el cumplimiento del fraccionamiento, observándose, cuando corresponda, lo dispuesto en el inciso II del § 2º-A de este artículo; IV — la decretación de quiebra o extinción, por la liquidación, de la persona jurídica



optante; V — la concesión de medida cautelar fiscal, en los términos de la Ley nº 8.397, del 6 de enero de 1992; VI — la declaración de inhabilitación de la inscripción en el Registro Nacional de Sociedades en los términos de los arts. 80 y 81 de la Ley nº 9.430, del 27 de diciembre de 1996; VII — la extinción sin resolución del fondo o la no concesión de la recuperación judicial, así como la conversión de ésta en quiebra; o VIII — el incumplimiento de cualquier de las condiciones previstas en este artículo, incluso en cuanto al dispuesto en el § 2º-A de este artículo.

El art. 10-C de la Ley nº 10.522/2002, introducido por la Ley nº 14.112/2020, pasó a permitir que el deudor en recuperación judicial presente propuesta de transacción tributaria a la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, remitiendo a las normas acerca del tema descritas en la Ley nº 13.988/2020. El deudor podrá proponer la liquidación de sus débitos fiscales inscritos en deuda activa en un máximo de 120 meses, con un límite máximo del 70% de reducciones. Y la presentación de la propuesta suspenderá el progreso de las ejecuciones fiscales.

## CONSIDERACIONES FINALES

Al regular la recuperación de la empresa, a través de la recuperación judicial y extrajudicial, el legislador consolidó la idea de mantener la empresa como regla, obligando al deudor y acreedores a conspirar para la conservación y función social de la empresa.

Es perceptible que la materia acerca de la presentación de certificados negativos de débitos por las actividades empresariales en recuperación siempre ha sido objeto de controversia, y su exención sigue siendo una necesidad para la efectividad del proceso de recuperación

judicial en el ordenamiento jurídico brasileño, ya que no hubo reglamento por cada entidad de la Federación.

Así, mientras se editan leyes sobre el fraccionamiento de débitos tributarios<sup>19</sup> por cada entidad de la Federación, la regla que exige la acreditación de la regularidad fiscal para otorgar la recuperación judicial, art. 57 de la Ley n° 11.101/2005, no es del todo eficaz.

Por tanto, debe prevalecer el entendimiento establecido en la Corte Suprema de Justicia:

[...] EL FRACCIONAMIENTO TRIBUTARIO ES DERECHO DE LA EMPRESA EN RECUPERACIÓN JUDICIAL QUE CONDUCE A LA SITUACIÓN DE REGULARIDAD FISCAL, DE MODO QUE EVENTUAL INCUMPLIMIENTO DE LO QUE DISPONE EL ART. 57 DE LRF SÓLO PUEDE ATRIBUIRSE, A MENOS INMEDIATAMENTE Y POR EL MOMENTO, A LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN ESPECÍFICA QUE REGULE EL FRACCIONAMIENTO EN SEDE DE RECUPERACIÓN JUDICIAL, NO CONSTITUYENDO CARGA PARA EL CONTRIBUYENTE, MIENTRAS SE HAGA INERTE EL LEGISLADOR, PRESENTACIÓN DE CERTIFICADOS DE REGULARIDAD FISCAL PARA QUE SE LE CONCEDA LA RECUPERACIÓN.<sup>20</sup>

19. Art. 155-A. El fraccionamiento será concedido en la forma y condición establecidas en ley específica. (Incluido por la LCP n° 104, de 10 de enero de 2001)

§ 3ª Ley específica dispondrá sobre las condiciones de fraccionamiento de los créditos tributarios del deudor en recuperación judicial. (Incluido por la LCP n° 118, de 2005)

§ 4ª La inexistencia de la ley específica a que se refiere el 1673º de este artículo importa en la aplicación de las leyes generales de parcelación del ente de la Federación al deudor en recuperación judicial, no pudiendo, en este caso, ser el plazo de fraccionamiento inferior al concedido por la ley federal específica. (Incluido en la LCP n° 118 de 2005)

20. RESP 1.187.404/MT STJ.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, 1320b. **Política**. Tradução de Mário Gama Kury — 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.187.404 — MT**. Exigência de que a empresa recuperanda comprove sua regularidade tributária. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Viana Trading Importação e Exportação de Cereais LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de novembro de 2013. Disponível em: [ww.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num\\_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf](http://ww.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=pdf). Acesso em: 13 maio 2015.
- COSTA, Daniel Carnio e MELO Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 1ª. Juruá. 2021.
- EXAME. Uma luz sobre o Brasil das sombras. **Revista Exame**. São Paulo, 2004.
- LOBO, Jorge. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 2006.
- NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos na tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 2º vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Antônio Oliveira. **O caminho das pedras**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2003.



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS PETROLERAS

*Laura Santos Aguiar<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es mostrar el instituto jurídico de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho ambiental; así como la teoría del riesgo mayoritariamente aceptada, por la doctrina y por la jurisprudencia brasileña, en el análisis de la responsabilidad civil objetiva ambiental, a la cual se someten las empresas petroleras de explotación y producción de petróleo y gas, en caso de que hagan daños al medio ambiente.

La relación del hombre con el medio ambiente siempre ha sido predatoria, teniéndose en cuenta que el ser humano a menudo ha retirado del medio ambiente los recursos necesarios para el mantenimiento de la vida. Empero, con la Revolución Industrial, tal relación se intensificó con la producción a gran escala; las consecuencias negativas de la sociedad industrializada se reflejaron, también, en el medio ambiente.

---

1. Estudiante de posgrado en Petróleo y Gas en la UFRJ. Licenciado en Derecho por la UFRRJ.

No sólo la polución ha traído problemas de degradación, sino también los desastres ecológicos y el uso descontrolado de los recursos naturales. A lo largo de los siglos, y con los reflejos de todo el perjuicio ocasionado al medio ambiente y a la calidad de vida humana, crecieron movimientos cuya pauta estaba orientada a la protección y para la preservación ambiental.

Actualmente, vivimos en un mundo globalizado cuyo desarrollo económico se encuentra cada vez más ligado a la preocupación por las cuestiones ambientales, hecho que, ciertamente, se aplica a la actividad económica relativa al sector de energía, más específicamente a las actividades empresariales de explotación y producción de petróleo y gas, ejes del presente artículo.

La civilización contemporánea, comprometida, desde el siglo XIX,<sup>2</sup> en la continua búsqueda de recursos fósiles — los cuales, como fuentes de energía que son, han permitido el avance de nuestra sociedad industrializada al actual grado de desarrollo industrial y tecnológico en el que llegamos — ahora se atiene a la necesidad de preservar el medio ambiente en el que se encuentra insertada.

Tanto es así, que las legislaciones de los distintos países, sobre todo a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, comenzaron a prever institutos jurídicos destinados a la protección del ecosistema y al uso racional de los recursos naturales.

Más concretamente, en lo que respecta al contexto de la legislación ambiental brasileña, se ve, entre las numerosas disposiciones legales destinadas a proteger el medio ambiente, es el instituto jurídico de la responsabilidad civil, que puede aplicarse cuando existen pruebas de la ocurrencia de daños ambientales.

De esta manera, admitida la importancia de dicho instituto jurídico para el Derecho, el presente artículo pretende analizar la respon-

---

2. Coppe. *História do petróleo*. Disponible en: <http://www.petroleo.coppe.ufrj.br/historia-do-petroleo/>. Accedido el: 10 nov. 2015.

sabilidad civil aplicada al derecho ambiental, a la que se someten las empresas de explotación y producción de petróleo y gas en caso de constatación de perjuicio al medio ambiente derivado de la actividad de riesgo explotada por las mismas.

Para ello, partiéndose de esas cuestiones, serán analizados de forma breve en los capítulos siguientes: el alto riesgo concerniente a la actividad empresarial de producción y explotación de petróleo y gas; la creciente preocupación con la protección ambiental en los ámbitos nacional e internacional; algunos aspectos y conceptos derivados del Derecho medioambiental y del instituto jurídico de la responsabilidad civil ambiental; la responsabilidad civil ambiental y las teorías del riesgo creado, del riesgo provecho y del riesgo integral; así como el entendimiento del Tribunal Superior de Justicia sobre la aplicabilidad de la teoría del riesgo integral en la responsabilidad civil ambiental.

Al fin, en cuanto a la sistemática de la investigación, se trata de una investigación del tipo bibliográfico documental cualitativa, que tiene como fuentes previstas para el alcance de los objetivos: la Constitución Federal; la legislación brasileña; la doctrina y la jurisprudencia.

## **1. EL ALTO RIESGO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE PRODUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO Y GAS**

Como se sabe, la actividad petrolera está permeada de alto riesgo, ya que involucra la extracción y producción de petróleo y gas, lo que interfiere directamente con el medio ambiente y también en la carga y el transporte de dichas sustancias por medio de buques, especialmente cuando la actividad se realiza en alta mar. Además, los hidrocarburos son sustancias inflamables y volátiles.

En palabras de Ana Brígida de Andrade:

Entre los riesgos inherentes al sector petrolífero se destacan, por su relevancia, los riesgos ambientales. De ahí resulta que la preservación ambiental es regulada en las tres esferas: civil, administrativa y penal. [...] Téngase en cuenta el hecho de que la caracterización de la conducta contaminante independiente de su ilicitud. Basta que ésta resulte de actividades que, directa o indirectamente, perjudiquen la salud, la seguridad y el bienestar de la población, creen condiciones adversas a las actividades sociales y económicas, afecten desfavorablemente la biota, o las condiciones estéticas o sanitarias del medio ambiente.<sup>3</sup>

Se observa, a lo largo del tiempo, el continuo desarrollado de nuevas tecnologías con el propósito de establecer un perfeccionamiento en la experiencia de la industria petrolera, que llega a regiones cada vez más lejanas y, al mismo tiempo, alejadas de la costa para explotar y producir petróleo y gas natural. Ya que el sector de explotación y producción de petróleo y gas está cada vez más perfeccionado en cuanto a su aparato tecnológico y personal, es posible, entonces, reducir cada vez más eficazmente los riesgos y accidentes, sobre todo en relación con el medio ambiente.

Sin embargo, no siempre todo el aparato personal y tecnológico del sector, aliado a su esfuerzo y a su actividad de control y prevención de daños, es suficiente para evitar accidentes con consecuencias, muchas veces, catastróficas, extremadamente perjudiciales para la sociedad y el medio ambiente, como, por ejemplo, daños ambientales derivados de explosiones, roturas de conductos responsables del flujo de hidrocarburos y otras sustancias, derrames de petróleo y fugas de gas.

Son ejemplos de accidentes del sector petrolero que obtuvieron gran repercusión mundial, a la vista de sus considerables proporcio-

---

3. ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.



nes y consecuencias dañosas para el medio ambiente y la población, aquellos ocurridos con el petrolero Exxon Valdez, responsable del vertido de importantes cantidades de petróleo en la región de Alaska en 1989, así como con la plataforma Deepwater Horizon, que se incendió, acarreado una considerable fuga de petróleo en la región del Golfo de México en 2010.

Todavía cabe destacar los accidentes medioambientales de gran proporción que han tenido lugar en Brasil. Un ejemplo es el derrame de petróleo en la Cuenca de Campos en 2011, causado por un problema en un pozo de la empresa Chevron.<sup>4</sup> Se pueden recordar, todavía, los graves accidentes decurrentes de incendios en la plataforma Enchova en 1984 y 1988, y en la plataforma P-36 de Petrobras, que acabó hundiéndose en aguas brasileñas en 2001, derramando petróleo en el entorno marítimo.<sup>5</sup>

## 2. LA CRECIENTE PREOCUPACIÓN CON LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

Considerándose el aprendizaje de la humanidad con significativos perjuicios pasados al medio ambiente derivados de graves accidentes, como los ejemplos arriba citados, se relazó aún más la preocupación

4. DUTRA, Maria Carolina; PELUCI, Giovanni; SION, Alexandre. **Acidente ambiental: Responsabilidade e consequências dos acidentes ambientais por vazamento de óleo.** In: Portal Petróleo e Energia. Disponible en: <http://www.petroleoenergia.com.br/petroleo/5408/acidente-ambiental-responsabilidade-e-consequencias-dos-acidentes-ambientais-por-vazamento-de-oleo/>. Accedido el: 29 sept. 2015.

5. SEVÁ FILHO, Oswaldo A. **Riscos e prejuízos sociais e ambientais da Indústria Petrolífera.** Uma introdução sobre o panorama no Brasil até 2011. Disponible en: [http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012\\_cap1red\\_livroFASE\\_petroleo\\_Brasil\\_SEVA.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012_cap1red_livroFASE_petroleo_Brasil_SEVA.pdf). Accedido el: 29 sept. 2015. p. 26.

con la protección ambiental en la sociedad, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

En ese sentido, teniéndose en cuenta el cuidado con las cuestiones que involucran el medio ambiente, conviene señalar que Brasil es signatario y ratificó, a través del Decreto nº 79.437, de 1977, la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil en Daños Causados por Polución por Petróleo.<sup>6</sup>

Hay que señalar la relevancia y los beneficios de un medio ambiente ecológicamente equilibrado y sostenible, favoreciendo la perpetuación de la vida. Además, es cierto que el medio ambiente es un bien indispensable para la supervivencia de toda la humanidad y, en consecuencia, su protección está cada vez más reconocida con el paso de los años, encontrando amparo legal en el ordenamiento jurídico de diversos países del mundo.

Internacionalmente, el interés en la protección y preservación del medio ambiente ha recibido énfasis a partir de la Declaración del Medio Ambiente, la cual fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo, en el año 1972, oportunidad en la que diversos países se han reunido con la finalidad de debatir cuestiones ambientales, en miras de la implementación de conductas que visasen la protección del medio ambiente.<sup>7</sup>

Desde de la Conferencia de Estocolmo, varios países se han movilizado en cuanto a la preocupación por la protección del medio ambiente — no solo en lo que respecta a la polución, sino también al uso racional de los recursos naturales, los cuales, a lo largo de siglos,

---

6. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., actual. y ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 548.

7. SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otacílio dos. *Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera*. Disponible en: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Accedido el: 4 oct. 2015.

han sido utilizados por la humanidad de manera desenfrenada y despreocupada —, de modo que sus legislaciones abrazaron la doctrina protectora, con la promulgación de normas ambientales amplias, que visaban la protección del ambiente como un todo, considerado en su concepción ecosistémica.<sup>8</sup>

En Brasil, la Política Nacional de Medio Ambiente — que busca la protección ambiental de forma integrada, evitando la degradación del medio ambiente y racionalizando el uso de los recursos ambientales — se implementó con la promulgación de la Ley nº 6.938/1981, la cual presenta, en su art. 3º, definición del medio ambiente como “el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas”.

La referida Ley nº 6.938, promulgada en 1981, que trajo la implementación de una importante política orientada al medio ambiente en el escenario nacional, fue recibida por la Constitución Federal en 1988.

En este sentido, conviene observar que la Carta Magna, en su art. 225, alza el medio ambiente al nivel de derecho fundamental,<sup>9</sup> cuando prevé que:

Es un derecho de toda la gente un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común de las personas y esencial para una sana calidad de vida, lo que impone a los poderes públicos y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

8. FARIAS, Talden Queiroz. *Evolução histórica da Legislação Ambiental*. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3845](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845). Accedido el: 4 oct. 2015.

9. SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otalício dos. *Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera*. Disponible en: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Accedido el: 4 oct. 2015.

De esta forma, se observa que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, ahora alzado al nivel de derecho fundamental por la Constitución Federal, debe ser defendido y preservado por toda la colectividad, y también por el Poder Público, en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Sin embargo, recientemente se ha flexibilizado la legislación medioambiental, lo que, en cierto modo, ha debilitado la gestión pública del medio ambiente y la propia protección medioambiental. A modo de ejemplo, se puede observar que se ha suprimido la obligación de la reserva legal en la propiedad rural, a excepción de aquella de preservación permanente. Además, se dio a los Estados mayor poder para legislar sobre materia de carácter ambiental.

### 3. ALGUNOS ASPECTOS Y CONCEPTOS DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL Y EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL

Para Paulo André Moura, debatir la responsabilidad ambiental en el ámbito del derecho civil es considerar la necesidad de proteger a la especie humana.<sup>10</sup> En este sentido, entra en juego la relevante cuestión de la responsabilidad civil ambiental de las empresas de explotación y producción de petróleo y gas.

La comprensión de la responsabilidad civil medioambiental se basa en la idea de daño, y es cierto que, para que ésta se produzca, es necesario comprobar que se ha degradado el medio ambiente.

Pablo de Bessa Antunes conceptualiza daño como el “perjuicio causado a alguien por un tercero que se ve obligado al resarcimien-

---

10. MOURA, Paulo André Pereira. *Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 34.

to”. Ya el daño ambiental es analizado por el mismo autor como el “perjuicio al medio ambiente”.<sup>11</sup>

El daño ambiental puede clasificarse, todavía, en daño ambiental colectivo y en daño ambiental individual. El daño colectivo se refiere a aquel causado al medio ambiente considerado como un todo, en su concepción difusa, alcanzando una cantidad indeterminada de personas, y es defendido por Acción Civil Pública o Acción Popular, mientras el daño individual se refiere a una violación de intereses personales.<sup>12</sup>

El daño ambiental colectivo, que afecta a la sociedad en su conjunto, no está sujeto a prescripción. Dichos plazos son aplicables, en este caso, sólo a las relaciones jurídicas individuales regidas por el Código Civil, relacionadas con daños ambientales individuales, debiendo el particular interponer una acción individual con finalidad de resarcimiento de sus pérdidas.<sup>13</sup>

En el mismo sentido es el entendimiento del Superior Tribunal de Justicia:

El derecho a la reparación de daños ambientales, dentro de la lógica hermenéutica, está protegido por el manto de la imprescriptibilidad, por tratarse de derecho inherente a la vida, fundamental y esencial a la afirmación de los pueblos, independiente de no estar expresado en texto legal. 7. En materia de prescripción conviene distinguir cuál es el bien jurídico tutelado: si eminentemente privado, se siguen los

11. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. rev., ampl. y actual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 156 e 157.

12. GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. *O dano ambiental*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Accedido el: 30 set. 2015.

13. BRASIL. Justiça Federal. Seção de São Paulo. Primeira Vara Federal de Caraguatatuba. Ação Civil Pública nº 0006782-42.2011.403.6103. Juez Federal Doctor Ricardo de Castro Nascimento. Publicado el 29 ago. 2013. Disponible en: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2013/130911transpetro.pdf>. Accedido el: 4 oct. 2014.

plazos normales de las acciones indemnizatorias; si el bien jurídico es indisponible, fundamental, precediendo a todos los demás derechos, pues sin él no hay vida, ni salud, ni trabajo, ni ocio, se considera imprescriptible el derecho a la reparación.<sup>14</sup>

La doctrina caracteriza el daño ambiental atribuyéndole las siguientes características: pulverización de víctimas, difícil valoración y difícil reparación. Esto se debe a que la degradación del medio ambiente no solo afecta a una persona o a un conjunto de víctimas, sino a una colectividad difusa de personas, y su reparación se considera ardua, ya que no siempre es posible reparar el medio ambiente a su *status quo*. Por ende, queda extremadamente dificultada su valoración, pues, tratándose de daños ocurridos en el medio ambiente, lo cual no es valorado en términos económicos, la atribución de valores demanda, de cierta forma, alguna complejidad.

Como se ha mencionado anteriormente, por ser complejo, el daño al medio ambiente tiene la capacidad de alcanzar personas indeterminadas, no perjudicando solo a un individuo o a un grupo determinado de ciudadanos, sino a toda una colectividad, la cual necesariamente ni siquiera ha nacido. Eso es porque sus efectos pueden ser sentidos de modo no inmediato, prolongándose en el tiempo y cuyo resultado se ve mucho después de la ocurrencia del hecho dañoso, lo que dificulta sobremanera su valoración.

Dado que el daño ambiental es difícil de arreglarse y, a menudo, puede considerarse irreversible, ya que la recuperación del medio ambiente a su *status quo ante* es impracticable, su prevención es extremadamente necesaria.<sup>15</sup>

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.120.117/AC. Ponente ministra Eliana Calmon. Día del juicio: 14 sept. 2009.

15. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev., ampl. y actual. São Paulo: RT, 2001. p. 423.

En este sentido, Ricardo Pereira, citando las enseñanzas de Fiorillo, observa que:

[...] antes incluso de la reparación de los daños, la responsabilidad civil medioambiental tiene una preocupación, en el mismo nivel, con la prevención de los accidentes, evitándose así el daño potencial. Es precisamente en ese contexto que se insertan, como forma de protección y preservación del medio ambiente y de sus recursos, los principios del derecho ambiental, expuestos en el art. 225 de la CF/88: el principio de desarrollo sostenible, el principio de quien contamina paga (sea en carácter preventivo, donde el contaminador asume toda carga para prevenir los daños al medio ambiente que su actividad pueda ocasionar, sea en carácter represivo, que se traduce en la propia responsabilidad civil, en la que el contaminador será responsable de la reparación de los daños medioambientales ocasionados), el principio de prevención (o, aún, principio de la precaución), el principio de participación (información y educación) y el principio de ubicuidad [...].<sup>16</sup>

En cuanto a la reparación y la indemnización del daño ambiental, ambas están previstas en los párrafos segundo y tercero del art. 225 de la Constitución Federal. En ese sentido, el que explote recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado y aquel, sea persona física o jurídica, cuya conducta se considere dañosa para el medio ambiente podrá sufrir sanciones penales y administrativas, así como la obligación de reparar civilmente los daños causados.

16. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., actual. y ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26/55 *apud* PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *Responsabilidade civil ambiental*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Accedido el: 4 oct. 2015.

Como se ha subrayado anteriormente, se puede deducir del párrafo tercero del citado artículo de la Constitución que el principio de quien contamina paga — previsto también en el art. 14, párrafo primero, de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente, en la cláusula 16 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (ECO/92) y, en ámbito internacional — se incorporó formalmente a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) mediante la Recomendación C72, 128, de 1972.

Este principio impone al contaminador el pago de los costes derivados de las actividades contaminantes y tiene tres funciones principales: prevención, reparación e internalización/redistribución de los costes medioambientales. Así, con vocación preventiva y represiva, el citado principio impone al contaminador los costes de prevención y recuperación de los efectos degradantes sobre el medio ambiente.<sup>17</sup>

En la misma línea, José Rubens Morato Leite afirma que:

[...] no es exclusivamente un principio compensatorio de los daños causados por el deterioro, es decir, no se resume en la fórmula contaminó, pagó. Su ámbito de aplicación es más amplio e incluye los costes de prevención, reparación y represión a los daños ambientales.<sup>18</sup>

Según las enseñanzas de Paulo André Moura, el principio de quien contamina paga consiste en la carga del agente económico de asumir todos los riesgos y costos derivados de sus actividades y las dos

17. COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **O princípio do poluidor-pagador**. Disponible en: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=932](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=932). Accedido el: 30 out. 2015.

18. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. actual. y ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 55.



formas de reparación del daño ambiental, a saber, la compensación pecuniaria y la restitución del medio ambiente a su *statu quo* previo al daño, deberían imponerse en conjunto, ya que ambas están constitucionalmente respaldados y, cuando se trata de los impactos producidos por los daños causados por la industria de explotación y producción de petróleo y gas, no siempre es posible la restitución efectiva del medio ambiente dañado.<sup>19</sup>

Otra parte de la doctrina entiende que, sólo cuando no sea posible la recuperación del ambiente es que debe ser fijada indemnización en efectivo. Forma parte de esa cadena el adoctrinador Edis Milaré.<sup>20</sup> Comprobado el daño, la indemnización deberá incluir los beneficios cesantes y debe ser fijada con precaución, no generando enriquecimiento torticero. En cuanto a la recuperación, se puede fijarla para contener la reconstrucción del medio ambiente dañado de hecho o de otro sitio específico, compensándose la degradación de determinada área.<sup>21</sup>

En cuanto al elemento subjetivo “culpa”, en materia de derecho ambiental, es observado por la doctrina como de difícil comprobación. En base a la difícil validación del daño ambiental y, teniendo en cuenta la necesidad de protección al medio ambiente y el hecho de que éste pertenezca a una colectividad de personas, el tradicional modelo de responsabilidad civil respaldado en el ele-

19. MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 27.

20. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 425. *apud* GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Accedido el: 30 set. 2015.

21. GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental**. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Accedido el: 30 set. 2015.

mento culpa, siguiendo este concepto doctrinario,<sup>22</sup> quedó ineficaz para regular el daño ambiental.<sup>23</sup>

El Código Civil de 2002 contempla la responsabilidad objetiva bajo la modalidad de riesgo creado<sup>24</sup> como excepción a la regla, ya que así lo prevé el párrafo único de su art. 927, y lo cierto es que el agente, aunque ejerza una actividad de riesgo, puede alegar las causas que excluyen la responsabilidad, que son: el caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

El contrato de concesión de las actividades de explotación y producción de petróleo y gas celebrado entre la ANP y las empresas petroleras prevé la responsabilidad objetiva del concesionario. Según dicho contrato:

[...] el concesionario será el único responsable civilmente de sus propios actos y de los de sus prepuestos y subcontratistas, así como de la reparación de todos y cualesquier daños causados por las Operaciones y su ejecución, independientemente de la existencia de culpa, debiendo resarcir a la ANP y a la Unión las cargas que éstas puedan soportar como consecuencia de eventuales demandas motivadas por actos de responsabilidad del Concesionario.<sup>25</sup>

22. En cuanto a la corriente doctrinal que considera los principios clásicos de la responsabilidad civil, basada en el elemento culpa, insatisfactorios cuando se aplican a la reparación de daños ambientales, Paulo André Pereira Moura cita, entre otros, a los autores Antônio Herman, Caio Mário da Silva Pereira, Morato Leite, Alirio Maciel Lima de Brito, Anderson Souza da Silva y Gilvânklin Marques de Lima en las páginas 35 a 37 de su obra *Responsabilidade Civil por Danos Ambientais na Indústria do Petróleo*.

23. MOURA, Paulo André Pereira. *Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 38 e 39.

24. Idem, p. 41.

25. Parte de la Cláusula 2.2.1. del Contrato de Concesión de la Sexta Ronda de Licitación publicado el 26 de junio de 2004 en la página web [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br). *apud* ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes”. p. 62-63. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

En el contrato de repartimiento de producción, la responsabilidad civil es solidaria y objetiva, respondiendo los contratistas solidaria y objetivamente por los daños causados. La Pré-sal Petróleo SA (PPSA), empresa brasileña de administración de petróleo y gas natural que figura en los contratos de repartimiento de la producción representando los intereses de la Unión, sin embargo, no está dotada de responsabilidad, en el sentido jurídico del término, sobre las operaciones de explotación y producción de petróleo y gas.<sup>26</sup>

Luis César Quintans, sobre este tema, observa la existencia de un posible conflicto, ya que le cabe a la PPSA la dirección de los trabajos operacionales — puesto que la empresa integra el Comité de Gestión en los contratos de repartimiento de la producción con el 50% de sus miembros, nombrando al presidente del Comité, que tiene derecho de veto, y cuyo voto es especial en caso de empate en las deliberaciones promovidas por los consorciados — pero existe una disposición legal que excluye su responsabilidad. Así, Quintans afirma que, aunque todavía no se ha comprobado el alcance de este conflicto, en la práctica, si se producen accidentes medioambientales, es probable que PPSA sea considerada responsable, al igual que los demás contratistas.<sup>27</sup>

Es necesario fijarse que la Ley nº 6.938/1981 (Ley de Política Nacional del Medio Ambiente), en sus arts. 4, inciso VII, y 14, párrafo primero, prevé, respectivamente, la imposición, al contaminador y al depredador, de la obligación de reparar y/o indemnizar los daños causados, así como obliga al contaminador a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros afectados por su actividad, independientemente de culpa, con base en la teoría del riesgo.

---

26. BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. *Considerações sobre o contrato de partilha de produção*. Disponible en: [http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios\\_P1/Apresentacoes/partilha1\\_seminario\\_base\\_legal\\_contrato\\_olavo\\_17092013.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_P1/Apresentacoes/partilha1_seminario_base_legal_contrato_olavo_17092013.pdf). Accedido el: 8 nov. 2015.

27. QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de Direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 266.

En ese sentido, enseña Luiz Cesar Quintans que:

Cuando se trate de responsabilidad civil en el derecho ambiental, la adopción de la responsabilidad objetiva se basará en la teoría del riesgo, y cualquier persona que ejerza actividad económica conocida por ser potencialmente contaminante debe asumir los riesgos de la actividad y también sus responsabilidades.<sup>28</sup>

En la misma línea, Marilda Rosado afirma que:

Entre las innumerables y fundamentales innovaciones de la Ley 6.938, vale mencionar la del régimen de la responsabilidad civil objetiva — por la cual es innecesario probar culpa para imponer el deber de resarcir — por daños causados por el agente que contamina el medio ambiente, en su art. 14, párrafo 1º. Dicho régimen fue recibido por la Constitución de 1988, que, en el párrafo 3º de su art. 225, prevé la incidencia de responsabilidad administrativa, penal y civil, esta última concerniente a la obligación de reparar el daño. En cuanto a la responsabilidad civil, hemos visto que se trata de la modalidad objetiva, o sin culpa, basada en el riesgo de la actividad [...].<sup>29</sup>

Teniéndose en cuenta todo lo dispuesto en la Ley de Política Nacional Ambiental, así como el hecho de que el Código Civil promulgado en 2002 aceptó la teoría de la responsabilidad civil objetiva, parte de la doctrina sostiene que este es el tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse en el derecho ambiental cuando haya daños al medio ambiente.

En este sentido, José Rubens Morato Leite afirma que — como la ocurrencia de daños ambientales es difícil de constatarse, y las activi-

---

28. Idem, p. 265.

29. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., actual. y ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 553 a 555.

dades que dañan el medio ambiente se proliferan cada vez más — el incremento de la degradación ambiental ha servido de estímulo para la adopción de un sistema de responsabilidad objetiva, el que se considera más acorde con los daños ambientales.<sup>30</sup>

En el mismo sentido se da el entendimiento del Tribunal Regional Federal de la 3ª Región:

DERECHO AMBIENTAL. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. POLUCIÓN MARÍTIMA. CONSTITUCIÓN FEDERAL, ART. 225, PÁRRAFO 3º Y LEY 6.983/81, ART. 14, PÁRRAFO 1º.

1. El vertido de petróleo en aguas marítimas impone dos tipos de obligaciones, la de hacer, que consiste en el deber de recuperar el medio ambiente afectado, y la de indemnizar, siendo irrelevante la existencia o no de culpa, ya que la responsabilidad por el daño ambiental, desde 1981, es objetiva, en virtud de lo dispuesto en el art. 14, párrafo 1º, de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente.<sup>31</sup>

#### 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL Y LAS TEORÍAS DEL RIESGO CREADO, DEL RIESGO PROVECHO Y DEL RIESGO INTEGRAL

Hay disconformidad doctrinaria en cuanto al tipo de teoría del riesgo a basar la responsabilización civil objetiva en caso de daños al medio ambiente. De esa forma, acerca de ese tema, la doctrina di-

30. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., actual. y ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 126.

31. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Judiciário em Dia – Turma A. AC 0208505-42.1993.4.03.6104. Ponente Juez Federal Paulo Conrado. Día del juicio: 1 sept. 2011.

siente básicamente entre las modalidades de riesgo creado, de riesgo provecho o de riesgo integral.

Aquellos que defienden la teoría del riesgo creado<sup>32</sup> toman en consideración el hecho de que el nuevo Código Civil la ha disciplinado, debiendo, así, ser adoptada también en casos de daños ambientales. Ya aquellos que tienen como parámetro la teoría del riesgo provecho, argumentan que esa sería la forma ideal de responsabilización civil objetiva, debiéndose imponerla a aquellos que obtienen ventaja con su negocio.

Hay, todavía, adocrinadores que defienden la responsabilización objetiva basada en la teoría del riesgo integral, considerando que la Constitución Federal de 1988 tuteló el medio ambiente como derecho fundamental,<sup>33</sup> ya que, en su art. 225, dispuso que “todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida”.

Según la teoría del riesgo integral, se ignora la posibilidad de alegación de las hipótesis de excluyentes de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y culpa de tercero). En caso de que la actividad genere riesgo al medio ambiente, la responsabilidad civil objetiva del agente será identificada si éste ocasiona algún daño ambiental, siendo innecesaria la comprobación de la existencia o no de la culpa.

En ese sentido, Silvio Venosa enseña que:

[...] no cuestionamos si la actividad del contaminador es lícita o no, si el acto es legal o ilegal: en el ámbito ambiental, lo que importa

32. Sigue esta línea doctrinaria Caio Mário da Silva Pereira, citado por Paulo André Moura Pereira en su obra *Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo*, en la página 43.

33. BITTENCOURT, Darlan R.; MARCONDES, Ricardo K. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

es la reparación del daño. Vemos, por lo tanto, que, tratándose de daño ambiental, se adoptó la teoría de la responsabilidad objetiva bajo la modalidad del riesgo integral.<sup>34</sup>

Del mismo modo, alecciona Carlos Roberto Gonçalves, citando las palabras de Nelson Nery Junior:

En efecto, es irrelevante la demostración del caso fortuito o de la fuerza mayor como causas excluyentes de responsabilidad civil por daño ecológico. Al decir de Nelson Nery Junior, “esa interpretación se extrae del sentido teleológico de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente, donde el legislador dijo menos de lo que quería decir al establecer la responsabilidad objetiva. De ahí se desprende que el contaminador debe asumir íntegramente todos los riesgos que derivan de su actividad, como si esto fuera un comienzo de la socialización del riesgo y de perjuicio... [...] El contaminador también tiene su parte de sacrificio, que es, justamente, la sumisión a la teoría del riesgo integral” (*Justitia*, 126:174).<sup>35</sup>

Sérgio Cavalieri Filho, al sostener que se extrae del texto constitucional y del sentido teleológico de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente la responsabilidad objetiva fundada en la teoría del riesgo integral, advierte de que gran parte de los casos de degradación ecológica quedarían excluidos de la incidencia de la ley si fuera posible la alegación, por parte del contaminador, de caso fortuito y fuerza mayor, ya que muchos daños al medio ambiente se derivan de desastres naturales ajenos a la actividad humana. Como ejemplos de daños

34. VENOSA *apud* MOURA, Paulo André Pereira. *Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. p. 43.

35. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

ambientales, el autor cita la “destrucción de la fauna y la flora causada por la carga tóxica de buques averiados en tormentas marítimas”, “rotura de oleoducto en circunstancias absolutamente imprevisibles” y “accidentes imponderables de grandes vehículos transportadores de material contaminante”.<sup>36</sup>

Ricardo Pereira cree que la responsabilidad civil objetiva en el área del derecho ambiental, basada en la teoría del riesgo integral, se considera “un marco para la protección del medio ambiente y de terceros en el ámbito civil”.<sup>37</sup> Según él:

[...] se han superado dificultades jurídicas, como la determinación del responsable y de su conducta culpable y la complejidad de la relación causal con el daño consiguiente, ya que: 1) no es necesario probar la conducta culpable del agente; 2) se adopta la solidaridad en materia medioambiental; 3) las causas de exclusión del nexo causal son prescindibles (culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor); 4) el deber de indemnizar sólo está presente frente al daño.<sup>38</sup>

Además de que la responsabilidad civil en cuestión sea objetiva, es decir, la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente, ella también es solidaria, como prevén la ley ambiental y la jurisprudencia, como quedó decidido por el Superior Tribunal de Justicia, cuando se juzgó el Recurso Especial n° 217.858.<sup>39</sup>

En ese sentido, dijo Luiz Cezar Quintans que:

---

36. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189.

37. PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *Responsabilidade civil ambiental*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Accedido el: 4 oct. 2015.

38. *Idem*.

39. *Ibidem*.



La ley ambiental también prevé la responsabilidad solidaria para aquellos que, en virtud de su actividad, facilitan o contribuyen a la ocurrencia de daños ambientales, ya que define contaminador como la persona física o jurídica que, directa o indirectamente, sea responsable de actividades que causan degradación ambiental.<sup>40</sup>

En el mismo sentido se da el voto del ministro Castro Meira, cuando el juicio del Recurso Especial nº 67.285/SP, que, al demostrar que la responsabilidad civil ambiental es objetiva y también solidaria, cita las palabras de la subprocuradora general de la República, dra. Maria Caetana Sintra Santos, sino veamos:

Se constata, por lo tanto, que en el área del derecho medioambiental, la responsabilidad es solidaria, desde del propio concepto jurídico del ente contaminador: la persona física o jurídica, de derecho público o privado, responsable, directa o indirectamente, por actividad causante de degradación ambiental que están sujetas a las sanciones previstas en el art. 14 de la Ley nº 6.938/81. [...] Por lo tanto, en caso de responsabilidad solidaria, el litisconsorcio es facultativo, pudiendo proponerse la acción para reparación de los daños contra el causante directo, contra el indirecto, o contra ambos.<sup>41</sup>

De esta forma — se tenga en cuenta la dificultad encontrada en el sentido de identificarse, en materia ambiental, el nexo causal entre

40. QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de Direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 266.

41. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Recurso Especial nº 67.285/SP. Ministro Relator Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 2 jun. 2004. Disponible en: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_67285\\_SP\\_1271628703231.pdf?Signature=5NRVcdkJjZes9sjRoy1DcCmU-1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=419d6de555e-3cd20aea3f245d4ae09d7](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_67285_SP_1271628703231.pdf?Signature=5NRVcdkJjZes9sjRoy1DcCmU-1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=419d6de555e-3cd20aea3f245d4ae09d7). Accedido el: 4 oct. 2015.

la actuación del agente contaminador y el perjuicio ambiental, dada la naturaleza compleja del nexo causal, y, considerando la problemática en el análisis de la extensión y constatación de los efectos derivados de la actividad contaminadora —, optó el derecho ambiental brasileño por la responsabilidad solidaria entre los responsables del hecho dañoso al medio ambiente, pudiéndose exigir la reparación ambiental de todos los responsables del hecho dañoso o de cualquier de ellos. Todo ello con el fin de proteger y defender el derecho fundamental de todos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.<sup>42</sup>

## 5. EL ENTENDIMIENTO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL RIESGO INTEGRAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Cabe señalar que es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justiça sobre la acogida de la responsabilidad civil objetiva en la base en la teoría del riesgo integral en casos de daños al medio ambiente.

Caroline Barreto, al analizar que el ordenamiento jurídico brasileño consagra, en el ámbito del derecho ambiental, los principios del contaminador pagador y de la reparación integral, observa que ambos principios corroboran la aplicación de la teoría del riesgo integral en la responsabilización civil por los daños ocasionados al ecosistema, quedando fundamental, así, el arriba citado posicionamiento del Superior Tribunal de Justiça. Según dichos principios, aquel que contamina, de manera intencional o no, tendrá que cargar con las consecuencias negativas del acto que produce, sea lícito o ilícito,

42. ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72.

sosteniendo financieramente la disminución o el alejamiento del daño causado al medio ambiente y a terceros, así como evitando la socialización de los perjuicios derivados de su acto dañoso y, también, la reparación del daño perpetrado al medio ambiente debe comprender toda la extensión de los daños producidos en consecuencia del hecho que trajo perjuicio ambiental.<sup>43</sup>

De ese modo, al concluir, la autora afirma que:

[...] el Superior Tribunal de Justiça ha resuelto la interpretación y unificado la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría del riesgo integral en la reparación civil de los daños medioambientales. Esta teoría del riesgo integral se basa en un régimen jurídico diferenciado que no permite exclusión alguna de responsabilidad y se sustenta en la aplicación de los principios de quien contamina paga y de la reparación *in integrum*.<sup>44</sup>

Nótese, a continuación, el resumen del Recurso Especial nº 1.346.430/PR, en el cual prevalece el entendimiento del Superior Tribunal de Justiça en cuanto a la reparación integral de los daños ambientales, consagrando la aplicación de la Teoría del Riesgo integral en el ámbito de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente:

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PROCESAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DAÑO AMBIENTAL. RUPTURA DEL POLIDUCTO “OLAPA”. LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA. PESCADOR ARTESANO. PROHIBICIÓN DE PESCA IMPUESTA POR ÓR-

43. BARRETO, Caroline Menezes. O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental. Disponible en: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>. Accedido el: 1 oct. 2015.

44. Idem.

GANOS AMBIENTALES. TEORÍA DEL RIESGO INTEGRAL. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE PETROBRÁS. DAÑOS DE EXTRAPATRIMONIALES CONFIGURADOS. PROHIBICIÓN DE LA ACTIVIDAD PESQUERA. PESCADOR ARTESANO IMPEDIDO DE EJERCER SU ACTIVIDAD ECONÓMICA [...] 1. En el caso, se configuró responsabilidad objetiva de Petrobrás, convicción formada por las instancias ordinarias con base en el acervo fáctico-documental constante de los autos, que fueron analizados a la luz de lo dispuesto en el art. 225, 3º, de la Constitución Federal y en el art. 14, 1º, de la Ley nº 6.938/81. 2. La Segunda Sección del STJ, en el juicio del REsp 1.114.398/PR, de la relatoría del señor ministro Sidnei Beneti, bajo el rito del art. 543-C del CPC, reconoció la responsabilidad objetiva de Petrobrás en accidentes semejantes y caracterizadores de daños ambientales, responsabilizándose el degradador en virtud del principio de quien contamina paga, no cabiendo, demostrado el nexo causal, la aplicación de exclusión de responsabilidad. 3. Configura el daño moral a la privación de las condiciones de trabajo como consecuencia del daño ambiental — hecho por sí mismo incontrovertible [...].<sup>45</sup>

Con base en la misma comprensión del Superior Tribunal de Justiça, una decisión del Tribunal de Justiça del Estado de Paraná, en relación con los daños ambientales causados por el derrame de derivados del petróleo e hidrocarburos:

RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIÓN ORDINARIA DE INDEMNIZACIÓN. RUPTURA DEL POLIDUTO (OLAPA). VERTIDO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E HIDROCARBUROS EN LAS

---

45. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.346.430/PR. Ponente Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Juzgado en: 18 oct. 2012.

BAHÍAS DE PARANAGUÁ Y ANTONINA. DAÑO AMBIENTAL CON REPERCUSIÓN INDIVIDUAL. APELACIÓN CIVIL. NULIDAD DE LA SENTENCIA. CERCENAMIENTO DE DEFENSA. PRELIMINAR APARTADA. HECHOS PÚBLICOS Y NOTORIOS. DESNECESIDAD DE PRUEBA. DOCUMENTOS ADJUNTOS SUFICIENTES PARA EL DESLINDE DE LA CUESTIÓN. PRECEDENTES DE ESTA CORTE. RESPONSABILIDAD OBJETIVA BASADA EN LA TEORÍA DEL RIESGO INTEGRAL Y NO EN LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO. INADMISIBLE LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR. EFECTIVA INTERDICCIÓN DE PESCA Y PROHIBICIÓN DE COMERCIALIZACIÓN. INTERESES DE MORA APLICABLES A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES. TÉRMINO INICIAL. FECHA DEL EVENTO DAÑOSO. PRECEDENTE 54 DEL STJ. CORRECCIÓN MONETARIA APLICACIÓN PRECEDENTE 362 STJ. RECURSO DE APELACIÓN CONOCIDO Y PARCIALMENTE PROVEÍDO. RECURSO ADHESIVO. DAÑO MORAL. OCURRENCIA. QUANTUM AUMENTADO. VALOR SUFICIENTE PARA SOPORTAR LA FUNCIÓN RESARCIBLE. RECURSO ADHESIVO PROVEÍDO.<sup>46</sup>

De la referida sentencia se deduce que los Desembargadores de la 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Paraná acordaron por unanimidad reconocer la responsabilidad civil objetiva por daños ambientales basada en la teoría del riesgo integral, y no en la teoría del riesgo creado, asegurando la inadmisibilidad de excluir la responsabilidad del contaminador por fuerza mayor.

46. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelación nº 8.484.973 PR 848.497-3. Ponente: Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Julgamento: 19 jul. 2012. Disponible en: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21960697/8484973-pr-848497-3-acordao-tjpr>. Accedido el: 8 nov. 2015.

## CONSIDERACIONES FINALES

Así, se constata que, es en el contexto presentado por la sociedad de consumo en que se vive, sus necesidades, su modo de vida — el cual, se resalta, es viable en consecuencia de la creciente búsqueda por recursos fósiles como fuente de energía —, que el derecho ambiental patrio, añadido al entendimiento de los Tribunales, buscó amparo en la responsabilización objetiva con base en el riesgo integral como aparato de reparación a la degradación ambiental, a fin de armonizar el desarrollo económico y social con la preservación del medio ambiente.

Acerca del tema enseña Marilda Rosado:

La jurisprudencia brasileña avanzó significativamente en la atribución de responsabilidad a las empresas causadoras de daño ambiental. En general, el análisis de las decisiones tiene un reflejo positivo, como precedentes para otros casos semejantes. Aunque los jueces brasileños aún no habían agregado, en sus decisiones, las influencias positivas de los precedentes internacionales, las sentencias analizadas brindan soporte de la doctrina más moderna del Derecho Ambiental, con amplia concepción de lo que se entiende por reparable, incluyéndose los perjuicios extra patrimoniales sufridos. Se proclama por la salvaguardia de los derechos difusos al medio ambiente ecológicamente equilibrado y a la sana calidad de vida; las decisiones se dan buscándose esta protección, así como responsabilizando al contaminador, aunque el derrame haya sido en pequeña cantidad. Sigue siendo el obstáculo del análisis judicial de la valoración del daño ambiental, que exige criterios altamente científicos y técnicos.<sup>47</sup>

---

47. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3. ed. rev., actual. y ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 563.

Con eso, el medio ambiente y la sociedad encuentran amparo legal y tienen sus derechos resguardados. En caso de daño ambiental, la empresa contaminadora, asumiendo los riesgos de su actividad, será responsabilizada, de forma a reparar el medio ambiente y a indemnizar los derechos individuales y colectivos, sean estos patrimoniales o extra patrimoniales, los cuales resulten afectados.

En este sentido, se debe buscar la protección del medio ambiente, la prevención de daños ecológicos, el equilibrio de la explotación de los recursos naturales, cuyo uso debe realizarse de forma racionalizada, a fin de garantizar una sana calidad de vida, así como el derecho constitucional de las actuales y futuras generaciones a un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Además, se debe enfatizar la creciente preocupación con cuestiones ambientales no solo por parte de los Estados, sino también del sector empresarial, como es el caso de las grandes empresas explotadoras y productoras de petróleo y gas. Esa conducta, pautada en la concientización ambiental, en la protección del medio ambiente y en la prevención de daños ambientales, gana notoriedad en el mercado y es cada vez más valorada en la sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas — questões interessantes”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres — direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 156 e 157.
- BARRETO, Caroline Menezes. *O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>. Acesso em: 1 out. 2015.

- BITTENCOURT, Darlan R.; MARCONDES, Ricardo K. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.
- BRASIL. Agência Nacional do Petróleo. **Considerações sobre o Contrato de Partilha de Produção**. Disponível em: [http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios\\_P1/Apresentacoes/partilha1\\_seminario\\_base\\_legal\\_contrato\\_olavo\\_17092013.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_P1/Apresentacoes/partilha1_seminario_base_legal_contrato_olavo_17092013.pdf). Acesso em: 8 nov. 2015.
- BRASIL. Justiça Federal. Seção de São Paulo. Primeira Vara Federal de Caragatatuba. Ação Civil Pública nº 0006782-42.2011.403.6103. Juiz Federal Doutor Ricardo de Castro Nascimento. Publicado em 29 ago. 2013. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoies/2013/130911transpetro.pdf>. Acesso em: 4 out. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Recurso Especial nº 67.285/SP. Ministro Relator Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 2 jun. 2004. Disponível em: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_67285\\_SP\\_1271628703231.pdf?Signature=5NRVcdkjjZes9sjRoy1Dc-CmU1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x=-amz-meta-m5d-hash-419d6de555e3cd20aea3f245d4ae09d7](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_67285_SP_1271628703231.pdf?Signature=5NRVcdkjjZes9sjRoy1Dc-CmU1fk%3D&Expires=1443987446&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x=-amz-meta-m5d-hash-419d6de555e3cd20aea3f245d4ae09d7). Acesso em: 4 out. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.346.430/PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 18 out. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.120.117/AC. Relatora ministra Eliana Calmon. Dia do julgamento: 14 set. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº 8.484.973 PR 848.497-3. Relator: Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Julgamento: 19 jul. 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21960697/8484973-pr-848497-3-acordao-tjpr>. Acesso em 8 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Judiciário em Dia — Turma A. AC 0208505-42.1993.4.03.6104. Relator Juiz Federal Paulo Conrado. Dia do julgamento: 1 set. 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **O princípio do poluidor-pagador**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=932](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=932). Acesso em: 30 out. 2015.
- Coppe, **História do petróleo**. Disponível em: <http://www.petroleo.coppe.ufrj.br/historia-do-petroleo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.



- DUTRA, Maria Carolina; PELUCI, Giovanni; SION, Alexandre. **Acidente ambiental: Responsabilidade e consequências dos acidentes ambientais por vazamento de óleo.** In: Portal Petróleo e Energia. Disponível em: <http://www.petroleoenergia.com.br/petroleo/5408/acidente-ambiental-responsabilidade-e-consequencias-dos-acidentes-ambientais-por-vazamento-de-oleo/>. Acesso em: 29 set. 2015.
- FARIAS, Talden Queiroz. **Evolução histórica da Legislação Ambiental.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3845](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845). Acesso em: 4 out. 2015.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26/55 *apud* PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade Civil Ambiental.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. **O dano ambiental.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3055/o-dano-ambiental>. Acesso em: 30 set. 2015.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatriomonal.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.** 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- MOURA, Paulo André Pereira. **Responsabilidade civil por danos ambientais na indústria do petróleo.** Rio de Janeiro: E-papers, 2007.
- PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Responsabilidade Civil Ambiental.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14263/responsabilidade-civil-ambiental>. Acesso em: 4 out. 2015.
- QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual de Direito do Petróleo.** São Paulo: Atlas, 2015.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo.** 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- SEVÁ FILHO, Oswaldo A. **Riscos e prejuízos sociais e ambientais da Indústria Petrolífera.** Uma introdução sobre o panorama no Brasil até 2011. Disponível em: [http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012\\_cap1red\\_livroFASE\\_petroleo\\_Brasil\\_SEVA.pdf](http://www.ifch.unicamp.br/profseva/2012_cap1red_livroFASE_petroleo_Brasil_SEVA.pdf). Acesso em: 29 set. 2015. p. 26.
- SOUZA NETO, Gaudêncio Jerônimo de; SILVEIRA NETO, Otacílio dos. **Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente da atividade petrolífera.** Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0363_05.pdf). Acesso em: 4 out. 2015.



# LEGISLACIÓN SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN BRASIL: DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA A LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LA ACTUAL LEY Nº 12.529/2011

*Fernando José de Oliveira Baptista*

*Jeanne Machado*

*Marcos Juruena Vilella Souto*

## INTRODUCCIÓN

Durante las décadas de 1970 y 1980, la economía brasileña era totalmente planificada por el Gobierno Federal,<sup>1</sup> destacándose, entre otras, la adopción de las siguientes medidas: elevada protección a la industria doméstica; gran oferta de incentivos para la instalación de determinados segmentos industriales cambiables, favorables a los exportadores; política de sustitución de las importaciones, como consecuencia de una política económica determinada por problemas en el

---

1. Documento editado por el área económica de la Anvisa, cuyo texto se llama REGULACÃO ECONÔMICA DO MERCADO FARMACÊUTICO, Brasília, mayo de 2001.

balance de pagos y en la balanza comercial; y, por último, una fuerte intervención gubernamental en la economía.<sup>2</sup>

Estas medidas tenían como objetivo organizar los mercados y orientar las estrategias empresariales, actuando especialmente mediante los extintos órganos: Conselho Interministerial de Preços (CIP); Carteira de Comércio Exterior (Cacex); y Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI). En ese contexto, el gobierno establecía las estrategias competitivas de su proyecto, fijando precios e inversiones, así como el grado de concentración de la oferta, ya que el propio gobierno fijaba las barreras institucionales y, de ese modo, impedía el libre acceso a los mercados.

Ante ese escenario, se verifica, en la historia reciente de Brasil, que la competencia, en su manifestación tradicional, era bastante limitada o incluso inexistente, marcada por la fuerte intervención estatal y reserva de mercado.<sup>3</sup> De esa forma, a pesar de que la Ley n.º 4.137/1962, primera ley específica sobre competencia en el país, estaba vigente en la época, su aplicación era diminuta en consecuencia de que el Estado era el principal actor en la economía. En consecuencia, solo después de que los mercados funcionaron libres de las amarras gubernamentales y las empresas necesitaron competir entre sí, se hizo necesaria la política de competencia. Sin embargo, ese proyecto intervencionista que ha sido funcional por un gran período empezó a dar indicios de agotamiento a finales de los años 1980, siendo definitivamente concluido en marzo de 1990.

2. SANTA CRUZ, R. L. (1998) *Prevenção antitruste no Brasil*. Tesis de Doctorado – IEI/UFRJ, Rio de Janeiro.

3. La Ley Federal n.º 7.232/1984 estableció la reserva de mercado para esta rama de actividad, induciendo fuertemente la inversión del gobierno y del sector privado en la formación y especialización de recursos humanos volcados a la transferencia y absorción de tecnología en montaje micro electrónico, arquitecturas de *hardware*, desarrollo de *software* básico y de soporte, entre otros.

Así, como parte integrante del proceso de *liberalización, desregulación y modernización de la economía brasileña* (énfasis añadido), se adoptó un conjunto de acciones que han implementado la reforma comercial de la primera mitad de la década de 1990, empezando por la desregulación de la economía, extinguiéndose el CIP,<sup>4</sup> el CDI<sup>5</sup> y la Cacex.<sup>6</sup> También se crearon Agencias Reguladoras para sectores específicos de la economía, así como la Regulación Antitrust, por medio de la moderna Ley de Defensa de la Competencia, inicialmente bajo el n° 8.158/1991, posteriormente sustituida por la Ley n° 8.884/1994 y, recientemente, por la Ley n° 12.529/2011.

Por lo tanto, ese conjunto de acciones gubernamentales estableció las bases para la desregulación económica y la introducción de la competencia en el país, proceso que cobró impulso definitivo con la estabilidad de precios y las reformas constitucionales a partir de 1994. Desde entonces se ha asistido a una revolución en las estrategias y conductas de las empresas brasileñas en los más diversos sectores, derivada de la eliminación de las amarras gubernamentales y de la creciente presión competitiva.

---

4. El CIP cambió su nombre y, pasando a ser Departamento de Abastecimento e Preços (DAP), órgano perteneciente a la Secretaria de Políticas Econômicas (SPE/MF). En enero de 1995, el DAP pasó a ser la Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) del Ministério da Fazenda. En ambos casos, el trabajo desarrollado por el órgano fue alterado, pasando de controlador de los precios de la economía para hacer pareceres económicos del Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

5. El CDI realmente fue el único de estos tres importantes órganos que tuvo sus actividades extinguidas.

6. Cacex se convirtió en la Secretaría de Comércio Exterior del Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, cuya actividad es controlar la entrada y la salida de los productos y servicios del país.

## 1. ANÁLISIS INTRODUCTORIO

Las transformaciones relevantes en el escenario económico, ocurridas a finales del siglo XX, se acompañaron por otras en el escenario jurídico. Principalmente porque la sociedad brasileña alcanzó significativa evolución en varios campos de las ciencias, repercutiendo en grandes transformaciones concretas, haciendo que las circunstancias económicas quedaran al frente del ordenamiento jurídico.

De esa manera, ciertos hechos económicos, todavía sin tipificación jurídica, predisponían determinados tipos de comportamientos empresariales que podrían caracterizarse como infracciones al orden económico. El desafío, por lo tanto, sería crear nuevos escenarios regulatorios o actualizar los que ya existían, a fin de que ellos pudieran hacer frente a las transformaciones que ya estaban en curso en el escenario económico, cuya situación sigue ejemplificada.

### 1.1 Transformación en el escenario económico

- a) Estabilidad monetaria/desindexación de la economía, es decir moneda sin inflación: se produjo con la llegada del Plan Real, a partir de julio de 1994, cuando precios, contratos y salarios ya no estaban indexados por la inflación.
- b) Apertura económica: implantación de un programa de desgravación arancelaria, con la reducción del Impuesto de Importación, empezada en marzo de 1990 y cerrada en 1994.
- c) Integración regional: la edición del Tratado de Asunción, que sentó las bases para la creación del Mercosur en 1991, ha propiciado un aumento significativo de los flujos comerciales entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay a lo largo de los años.

- d) Nuevos agentes económicos: a partir de 1991 aumentó considerablemente el número de fusiones y adquisiciones de empresas nacionales por empresas extranjeras y viceversa.

## 1.2 Transformación en el escenario jurídico

- a) Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988: escenario histórico que optó por un orden económico liberal consustanciado, en su art. 170, en los principios de libre competencia y de libre iniciativa.
- b) Código de Defesa do Consumidor — Ley nº 8.078/1990: importante ley que cambia considerablemente las relaciones comerciales dentro de las cadenas de producción, permitiendo que los consumidores satisfechos se conviertan en el principal objetivo de las grandes empresas.
- c) Ley de Defensa de la Competencia — Leyes nº 8.884/1994 y nº 12.529/2011: marcos regulatorios importantes que reglamentaron los principios constitucionales de la libre competencia y de la libre iniciativa. Importante ley que estimuló la competencia entre los agentes económicos, permitiendo que empresas brasileñas pudieran destacarse no solo en Brasil, sino también en el exterior.
- d) Ley de Arbitraje — Ley nº 9.307/1996: importante ley que buscó desahogar al Poder Judicial de la cantidad elevada de acciones, principalmente aquellas que resuelven conflictos de intereses entre particulares. A partir de su edición, esos tipos de conflictos pasaron a decidirse por árbitros privados, escogidos por las partes contratantes.
- e) Ley de las agencias reguladoras para sectores específicos de la economía.

TABLA 1.

Modelo Federal, por orden y creación. La Unión Federal concibió diez Agencias Reguladoras en distintos sectores de la economía.

Agência	Sector de donde actúan	Ley de creación
1) Aneel	Energía eléctrica	9.427/1996
2) Anatel	Telecomunicación	9.472/1997
3) ANP	Petroleo	9.478/1997
4) Anvisa	Vigilancia sanitaria	9.782/1999
5) ANS	Salud suplementaria	9.961/2000
6) Ana	Águas	9.984/2000
7) ANTT	Transporte terrestre	10.223/2001
8) Antaq	Transporte acuático	10.233/2001
9) Ancine	Cultura	MP 2.228-1/2001
10) Anac — Ex-DAC	Aviación civil	11.182/2005

*Fuente:* elaboración propia.

## 2. EL DERECHO REGULATORIO EN BRASIL: CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPALES CONCEPTOS JURÍDICOS UTILIZADOS

### 2.1 Intervención del Estado en el ámbito económico como norma del derecho económico

El art. 24 de la CRFB determina que “competen a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar correctamente, entre otros, con base en su inciso I, sobre: (...) derecho económico...”, previendo, de esa forma, con base en principios ideológicos adoptados, el llamado derecho económico y estableciendo, además, incumbencias concurrentes para los entes federados.



A los adoctrinadores cupo, entonces, la tarea de dilucidar el significado de derecho económico y los sujetos cubiertos por ese derecho. Según afirma el profesor Washington Peluso:<sup>7</sup>

El derecho económico se constituye en una rama autónoma del derecho, siendo compuesto por un conjunto de normas que posean contenido económico, así como que éstas tengan por finalidad reglamentar medidas de política económica, armonizando las relaciones de intereses individuales de los agentes que las practican con el bienestar de la colectividad.

Es decir, es una rama del derecho que tiene su propio objeto, con base en medidas de política económica adoptadas por el gobierno, actuando a través de las intervenciones del Estado, directa o indirectamente, en la economía.

Y, además, según el profesor Peluso, los sujetos del derecho económico:

Son los individuos, las empresas y el Estado, o sea, aquellos agentes que mueven la actividad económica, cada cual persiguiendo sus propios intereses, que, a menudo, en los casos concretos, pueden ser conflictivos. De esta manera, el derecho económico busca armonizar los conflictos emergidos. En esas relaciones jurídicas habrá la presencia de un contenido económico que será de naturaleza macroeconómica, repercutiendo más allá de la relación jurídica interindividual y expandiéndose por toda la colectividad.

Sin embargo, la existencia de ese contenido económico en la norma no es por sí sola suficiente para transformarla en norma de derecho

---

7. DE SOUZA, A. Washington Peluso. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. Editora São Paulo: LTr, 1999.

económico, pues para ello se hace necesario que su contenido esté insertado en el ámbito de una política económica regulada. Por lo tanto, el derecho económico, como la propia CRFB, en su artículo, reconoce, es una rama autónoma del derecho, que se relaciona con las otras ramas, entre ellos Constitucional, Civil, Comercial etc.

La actual Ley n° 12.529/2011, antitrust propiamente dicha, está insertada dentro del ramo del derecho económico, así como los demás marcos regulatorios de la regulación de los mercados específicos.

## 2.2 Conceptualización del llamado derecho económico

Desde el punto de vista de la justificación económica, para que ocurra la llamada regulación económica de los mercados<sup>8</sup> es necesaria la existencia de fallas de mercados que necesitan ser corregidas de alguna forma. Caso, por ejemplo, de la oferta y la demanda en desequilibrio.<sup>9</sup> Independientemente del sector analizado, las justificaciones presentadas para la regulación económica de mercado están relacionadas al control y funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica, considerados esenciales o básicos para la vida económica y social, como, por ejemplo, el sector farmacéutico en Brasil.<sup>10</sup>

Por lo tanto, este tipo de intervención estatal, a través de la regulación económica de mercado, tiene como objetivo frenar las prácticas monopolísticas u oligopolios con el fin de garantizar el bienestar

---

8. Se puede entender como el establecimiento de condiciones de precios, tarifas y cantidades que deben observar los agentes privados en el suministro de bienes y servicios regulados.

9. Si hay desequilibrio en el mercado (oferta x demanda), hay pérdida de bienestar económico (pérdida de eficiencia económica), porque se produce menos de lo que se produciría si el mercado funcionara en competencia perfecta, a un costo unitario de producción por encima del costo mínimo (más alto, por lo tanto, que en competencia perfecta) y se vende a un precio que genera beneficio extraordinario, beneficio de monopolio.

10. La Ley n° 10.742/2003 reguló el sector farmacéutico para corregir las fallas del mercado.

social, ya que la presencia de tales imperfecciones en la estructura de estos mercados le impide ser capaz de informar, por medio de precios y cantidades, el ajuste necesario entre oferta y demanda.

Tal conceptualización necesita, todavía, de algunas definiciones adoptadas por los adocrinadores y operadores del derecho en esa intersección jurídico-económica de las relaciones sociales que sirven para instrumentalizar la aplicación del mandamiento constitucional que serían: a) sistema económico; b) régimen económico; c) orden jurídico; y d) orden económico.

- a) El Sistema Económico es un conjunto de estructuras económicas, institucionales, jurídicas y sociales organizadas con la finalidad de asegurar la realización de cierto número de objetivos económicos (producción, consumo, distribución, crecimiento). Se caracteriza por la actividad formal y técnica de la actividad económica de un país.
- b) El Régimen Económico es la organización económica de un país que puede caracterizarse como un conjunto coherente de estructuras. El régimen constituye una aplicación concreta del sistema. Cada sistema económico genera un gran número de regímenes: capitalismo comercial, industrial, financiero, liberal, dirigista, neoliberal, entre otros.
- c) El Orden Jurídico es un sistema de reglas y principios dictados por el poder público como normas obligatorias con el objeto de regular y proteger todas las relaciones e intereses de los ciudadanos entre sí y entre éstos y el propio Estado, buscando mantener el propio orden social y político del Estado.
- d) El Orden Económico, según Eros Roberto Grau, es un “conjunto de principios de conformación del proceso económico, desde una visión macrojurídica, conformación que ocurre a través del condicionamiento de la actividad económica a determinados

fines políticos del Estado. Tales principios gravitan en torno a un núcleo, que podemos identificar en los regímenes jurídicos de propiedad y contrato”.

Por último, queda por ver cuál es la relación entre la Economía y el Derecho. La Economía se ocupa, en su nivel más fundamental, no del dinero ni de las leyes económicas, sino de las implicaciones de las opciones de elección, por lo que es una herramienta necesaria para comprender los efectos de las normas legales. Saber qué efectos tendrán las normas es importante tanto para comprender las que ya existen como para decidir cuáles se deben establecer.

Así pues, el derecho económico se presenta como el derecho de la organización y del desarrollo económico, ya procedan del Estado, de la iniciativa privada o de la integración de ambos. Varias afirmaciones de juristas sobre el tema se traen como argumentos definitorios:<sup>11</sup>

El Derecho Económico es justamente ese conjunto normativo que rige las medidas de política económica empezadas por el Estado, como también la Ciencia que estudia aquel sistema de normas direccionadas para la regulación de la política económica.

*João Bosco Leopoldino*

Constitución Económica: el conjunto de preceptos e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos definitorios de un determinado sistema económico, instituyen una determinada forma de organización y financiación de la economía y constituyen, por lo tanto, un cierto orden económico.

*Vital Moreira*

---

11. GOMES, J. M., apuntes de clase.

[...] el sistema normativo orientado a la ordenación del proceso económico, mediante regulación bajo el punto de vista macrojurídico de la actividad económica de manera a definir una disciplina destinada a la realización de la política económica estatal.

*Eros Roberto Grau*

Rama del Derecho que tiene por finalidad la regulación de la política económica y por sujeto el agente que de ella participa. Como tal, es un conjunto de normas de contenido económico que asegura la defensa y armonía de los intereses individuales y colectivos, de acuerdo con la ideología adoptada en el orden jurídico. Para ello, se utiliza el “principio de economicidad”.

*Washington Peluso*

**PRINCIPIO DE ECONOMICIDAD:** es el criterio que condiciona las elecciones que el mercado o el Estado, al regular la actividad económica, deben hacer constantemente, de forma que el resultado final sea siempre más ventajoso que los costes sociales que involucrados.

*Rudolf Stammler*

**PRINCIPIO DE EFICIENCIA:** es la utilización de los recursos económicos de forma que el valor, es decir, la satisfacción humana, comparada con la disposición a pagar por los productos o servicios, alcance el nivel máximo, maximizando la diferencia entre costes y beneficios.

*Richard Posner*

Los arts. 173 y 174 del contexto constitucional vigente prevén que el Estado actúe en la economía de dos maneras: explotación directa de la actividad económica y explotación indirecta. “Al intervenir en el

orden económico, el Estado actúa para frenar los excesos de la iniciativa privada y evitar que ésta incumpla sus fines, o para alcanzar el desarrollo nacional y la justicia social, haciéndolo mediante la represión del abuso del poder económico, del control de los mercados y la fijación de precios”.

*Hely Lopes Meirelles*

Se sabe que el Estado está legitimado para intervenir en la actividad económica y lo hace, según la Constitución, a través de la planificación (identificando sectores y regiones para los cuales se destinarán recursos y actividades estatales, con previsión en las leyes presupuestarias), del fomento (incentivo estatal a actividades privadas orientadas al desarrollo nacional) y del poder de policía (fiscalización y sanción), además de la creación de empresas estatales, en caso de relevante interés colectivo y seguridad nacional.<sup>12</sup>

### **2.3 Elementos jurídicos del derecho de la competencia y de la regulación de sectores específicos de la economía — legislación constitucional**

La CRFB enumeró como principios generales del orden económico, en su art. 170, caput, la libre empresa y la valoración del trabajo humano, teniendo como consecuencias, entre otras, la libre competencia y la protección al consumidor (incisos IV y V), respectivamente. Por un lado, la CRFB respetó la libre iniciativa, representada en el capital, es decir, en la propiedad privada, y, por otro, equiparó, al mismo nivel de protección, la valoración del trabajo humano, re-

12. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

presentado en el trabajo, es decir, definiendo la función social de la propiedad y su responsabilidad social como medio de justicia social. Aquí, según las enseñanzas del profesor Eros Grau, el legislador buscó poner en pie de igualdad al Capital y al Trabajo.<sup>13</sup>

De forma coherente, paralelamente a la libre iniciativa, el legislador se ha preocupado también por la libre competencia. De esta forma, el principio de la libre iniciativa, que se inserta en el capítulo del orden económico y financiero, se complementa con el principio de la libre competencia, que solo encontrará condiciones de adecuada aplicación a medida que asegure a los agentes económicos un mercado protegido de acciones abusivas por parte de grupos económicos poderosos, es decir, el mercado que garantice opciones al consumidor.

Se puede concluir, por ende, que el objetivo principal de la Ley de Defensa de la Competencia es proteger la libre competencia, defendiendo a los entrantes de más pequeños del dominio de los grandes agentes, impidiéndoles de ejercer el poder de mercado y permitiendo que éstos accedan al mercado y se establezcan. Se puede citar como ejemplo el caso entre las gaseosas Dolly y Coca-Cola; según la denuncia de Dolly al Cade, su competidor quería mantener el mercado no por su mayor eficiencia económica, sino a través de las prácticas abusivas descritas en el art. 20 combinado con el art. 21 de la Ley nº 8.884/1994.

Así, el principio de libre empresa sólo puede entenderse de forma integrada con el principio de libre competencia, ya que la libertad de iniciativa sólo puede ejercerse en un mercado en el que todos tengan garantizado el derecho a entrar y operar libremente, sin sufrir restricciones por parte de los competidores. De hecho,

---

13. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

la relación entre los principios<sup>14</sup> antes descritos es sólo de complementariedad y nunca de subordinación de la libre competencia ante la libre iniciativa.

La ilustre ex consejera de Cade, Neyde Malard, nos enseña:<sup>15</sup>

La titularidad a la libre competencia trasciende el derecho individual de los particulares y se proyecta difusamente por toda la sociedad. Lo que se pretende es la protección del mercado — “el espacio” en el que se quiere afirmar una competencia libre, siendo ese el bien jurídicamente protegido, y del que es titular la colectividad. Por lo tanto, aquí los principales bienes jurídicamente protegidos son: la libertad de iniciativa; la libre competencia; la función social de la propiedad; y la protección del consumidor. La titularidad de estos bienes jurídicos pertenece a la colectividad. Es decir, son parcelas de personas que no se encuentran adecuadamente representadas como portavoces unívocos en defensa de sus derechos. Estos bienes se encuadran en la categoría de derecho e intereses difusos.<sup>16</sup>

---

14. Las conceptualizaciones de los principales términos constitucionales que representan la competencia son: *libertad* – todas las personas son libres en la forma de la ley y el interés público tiene que respetar el interés individual, siempre que la libertad tenga límite, regulado por la ley; – *libre iniciativa* – es la capacidad (acción) de hacer algo adelante (proyecto o negocio), se caracteriza por la libertad de la persona física o jurídica de elegir una actividad económica y ejercerla, independientemente de la autorización de órgano público, salvo en los casos previstos por la ley y la empresa privada se constituye como su principal elemento (enlace propulsor); – *libre competencia* – este principio asegura al agente económico el derecho de ingresar y permanecer en el mercado protegido de los comportamientos maléficis de los agentes que detienen el poder económico y lo explotan de forma abusiva, el consumidor o agente en mercados en los que no existe competencia debe ser auto tutelado por el Estado, que reprimirá el uso abusivo del poder de mercado.

15. MALARD, N.T. (1997) *Concentração de empresas e concorrência* – Tesis de Maestría – UNB, Brasília.

16. Elementos caracterizadores de los derechos difusos son: transindividuales, cuya titularidad es difundida y pertenece el bien a todos; indivisibilidad de los bienes; titularidad indeterminada, es decir, personas indeterminadas y ligadas por circunstancia de hecho.



La CFRB también estableció que “La ley refrenará el abuso de poder económico que tenga por objeto dominar los mercados, eliminar la competencia y aumentar arbitrariamente los beneficios” — art. 173, § 4. Cabe destacar que, en la Constitución, “la represión del abuso de poder económico” es trasladada por el constituyente al contexto que trata de la explotación directa de la actividad económica por el Estado, configurándose así como uno de los instrumentos de protección de la libre competencia. De este modo, siguiendo las enseñanzas del profesor Eros Grau, el Estado intervendrá “realizando” la Constitución para refrenar la actuación anticompetitiva a las distorsiones que determinadas prácticas económicas producen en el mercado. Por fin, para garantizar a la colectividad los beneficios que la libre competencia puede producir.

En los llamados mercados competenciales, en los que las empresas siempre desean innovar con mejores productos en términos de calidad y precio, hay una competencia constante entre *players*, aportando beneficios económicos para la sociedad como un todo. Desde el punto de vista del consumidor, bajo el régimen de competencia intensa, los productos y servicios tienen mejor calidad, menores precios, lo que permite a los consumidores elegir el mejor. Desde el punto de vista de las empresas, tanto las entrantes como las que ya hay en ese mercado de productos y servicios, bajo el régimen de competencia intensa, ellas tienen la libertad de dedicarse a su rama de actividad, creciendo “por sus propias piernas”, sin verse obstaculizadas por las grandes empresas competidoras que ya existían en esos mercados. Para el país, bajo el régimen de competencia intensa, sería el mejor de los mundos, pues las corporaciones desarrollarían un mercado fuerte con buenos productos para acceso de su población. Por lo tanto, esos principios, que son complementarios entre sí, deben reconocerse como importantes instrumentos de transformación del ambiente en que actúan los agentes económicos, permitiendo la sinergia de la

competitividad y de la eficiencia, lo que seguramente resultará para la sociedad en mayor oferta de bienes y servicios con mejores condiciones de precios y calidad.

La elección del sistema capitalista hizo que el orden económico establecido en la actual Constitución rechazara la economía liberal y el principio de autorregulación de la economía. El orden económico liberal está constituido por un orden económico intervencionista, que postula un modelo de bienestar social. En relación con el principio de autorregulación, la Constitución vigente opta por una regulación pública, en la que la intervención del Estado en el ámbito económico tiene carácter excepcional y sólo puede producirse en los términos y para los fines expresamente previstos en la Carta Magna, que le traza criterios inamovibles, según los principios seguidos.<sup>17</sup>

Nuestra Carta Magna atrajo para la Unión la atribución de agente normativo y regulador, art. 174, *caput*, y debe caracterizarse a través de políticas gubernamentales, implementadas con la creación de órganos específicos encargados de preservar la competencia y de cohibir el uso abusivo del poder económico.

17. GOMES, J. M. M. – apuntes de clase.

*Legalidad*: la interferencia del Estado exige ley previa, sin la cual el Poder Ejecutivo no puede actuar (art. 170, párrafo único; 171, § 1º; 172, 173, *caput* y §§4º y 5º; 174, 175); *Libre competencia*: solamente puede ser limitada, jamás de todo suspendida, para reprimir el uso del poder económico; *Protección del consumidor*, con salvaguarda de la competencia y condena de los beneficios abusivos (art. 173, §§4º y 5º); *Función estatal definida*: fiscalización, incentivo y planificación, siendo esta determinante para el sector público y meramente indicativa para el sector privado (art. 174); *Explotación directa de la actividad económica*: solo cuando sea necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o al relevante interés colectivo, tal como se definen en ley (art. 173, *caput*); *Represión del abuso del poder económico*: que persiga la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios (art. 173, §4º); *Responsabilización de las empresas y sus dirigentes*: en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular (art. 173, § 5º); *Fijación de directrices y bases del planeamiento*: del desarrollo nacional equilibrado, el cual incorporará y compatibilizará los planes nacionales y regionales de desarrollo (art. 174, § 1º).

### 2.3.1 El nuevo papel regulador del Estado, de interventor a regulador<sup>18</sup>

Sobre la base de la Constitución, se prevé la intervención del Estado en la Economía, regulada mediante la creación de una Ley General de Competencia, así como de varias Leyes específicas de Agencias Reguladoras que entonces regulan un determinado sector de la economía.

### 2.3.2 Elementos jurídicos del Derecho regulatorio

Con el fin de garantizar estos principios, el legislador se propuso proteger la libre competencia a través de la Ley 12.529/2011, ya que existía la autorización constitucional, como ya se ha visto, en el § 4º del art. 173 de CF, *in verbis*: “*La ley reprimirá el abuso del poder económico que busque la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios*” (énfasis añadido), entendiendo, también, que están ahí insertados los fundamentos para el marco jurídico de las nuevas Agencias Reguladoras.

Si al particular se le garantiza el derecho de ejercer actividades económicas (libre iniciativa), al Estado corresponderá reprimir el uso abusivo del poder económico que tenga por finalidad la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios; en síntesis, todo lo que atente contra la libertad posee toda persona física o jurídica para ejercer aquellas actividades. Así, cabrá al Estado reprimir el uso abusivo de ese poder económico, tomando en cuenta que al particular se le garantiza el derecho de ejercer actividades económicas (libre iniciativa).

18. SEBBA, Pedro Ivo Ramalho. Organizador. *Regulação e agências reguladoras, governança e análise de impacto regulatório*, Anvisa e Casa Civil da Presidência da República, BSB, 2009.

Se percibe alguna connotación de justicia económica<sup>19</sup> en este dispositivo constitucional, puesto que, al mismo tiempo en que la CF *ratificó la libre empresa como pilar del orden económico, negó el liberalismo absoluto* (énfasis añadido), determinando la represión del abuso del poder económico que agreda la libertad que posee toda persona física o jurídica para ejercer aquellas actividades. Por lo tanto, creó el legislador una especie de “sistema de frenos y contrapesos”.

### 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Al parecer, EE.UU fue el primer país en imponer normas a los sectores de su economía que imponían sus políticas comerciales anticompetitivas o contrarias a la competencia debido a las imperfecciones<sup>20</sup> del mercado estadounidense. Se elaboraron leyes fundamentales para reducir las restricciones impuestas por los grandes grupos económicos y, por ende, se concibieron la Ley Sherman (1890)<sup>21</sup> y la Ley Clayton (1913),<sup>22</sup> que creó la Federal Trade Commission (FTC) (1914). Estas dos legislaciones sirvieron de inspiración para diversas leyes

19. Eros Grau, en su obra: *A ordem econômica na Constituição de 1988*, de 1997.

20. Situación en la que una economía de mercado puede apartarse de la posición de equilibrio general de la condición de competencia perfecta. Es decir, el mercado no funciona como debería. Los principales factores que contribuyen a la falla del mercado son: poder de mercado, asimetría de información y externalidades.

21. En 1890 se aprobó el Sherman Act, destinado a combatir el comportamiento monopolista de mercado de las empresas. Su principal premisa es la de considerar ilegal cualquier comportamiento en forma de contrato, combinación o conspiración para restringir el comercio. Fue esta legislación la que guió todo el proceso que culminó, en 1913, en la fragmentación del monopolio ejercido por las célebres empresas de John Rockefeller, la Standard Oil Company.

22. El Clayton Act define objetivamente una conducta empresarial como competitiva, en su sección 2, lo que es considerado por los expertos en la materia como un avance respecto

de defensa de la competencia en todo el mundo, incluso en Brasil. Según el informe del eminente jurista Gilberto Ulhoa Canto, dictado en curso de posgrado en Derecho Empresarial en la Universidad de Cândido Mendes, en 1993, “En 1938 se formó el primer grupo de brasileños, constituido por abogados y especialistas que fueron a Estados Unidos, a fin de visitar los órganos norteamericanos y verificar *in loco* su experiencia ya acumulada en aquella época de más de cuarenta años en el asunto”.

Paula Forgioni,<sup>23</sup> en su libro titulado *Os fundamentos do antitruste*, retrata la evolución histórica de la legislación en Brasil, describiendo la fase embrionaria y comentando que, aunque este proceso económico tardó mucho tiempo en llegar a Brasil, el antecedente histórico de la legislación de defensa de la competencia en el país se encuentra en el art. 141 del Texto Constitucional de 1937, ya que este se alzó, como principio, a la protección de la economía popular. Esta disposición constitucional fue reglamentada por el Decreto-ley nº 869/1938, cuyo objetivo principal sería proteger la economía popular en nombre de la seguridad nacional. Sin embargo, en cuanto a su aplicabilidad, ese decreto-ley generó una gran resistencia por parte de los agentes económicos, lo que resultó en su derogación cuatro años más tarde. En 1942, sería promulgado un nuevo Decreto-ley de nº 4.407/1942, que creó la llamada Comissão de Defesa Econômica (CDE), cuyas principales funciones eran fiscalizar, administrar, liquidar y apropiarse bienes y derechos. Sería esa Comisión la primera versión del actual Cade en el país.

Al igual, este decreto fue reemplazado por la llamada “Ley Malaio”, Decreto-ley nº 7.666/1945, del diputado Agamenon Magalhães, quien defendió fervientemente *medidas represivas contra*

---

al Sherman Act, principalmente por proporcionar la base legal para la acción sobre las estructuras de mercado.

23. FORGIONI, P.A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

*el abuso del poder económico, asociadas a un carácter de nacionalismo y proteccionismo* (énfasis añadido). Esta ley tenía como objetivo cohibir “actos contrarios a la moral y al orden económico”, sustituyendo los “crímenes contra la economía popular”, que regían en la ley anterior.

Según aseveraciones de diversos adoctrinadores del derecho económico, este diploma legal representó un gran avance, tanto en términos de sistematización de la materia como de técnica jurídica, habiéndose creado también la llamada Comissão Administrativa de Defesa Econômica (Cade). Sin embargo, el decreto fue revocado unos meses después de su emisión, debido a confitarse con el escenario liberal de la política económica de posguerra. Con todo, quedaría algo importante, como, por ejemplo, la sustitución de la expresión “crímenes contra la economía popular” por “abuso del poder económico”.

Y, aún con base en las enseñanzas de la profesora Paula Forgioni, se verifica, sin embargo, que en aquella época todavía permanecía en el país la preocupación de dotarse al Estado brasileño de instrumentos eficientes en cuanto a la represión al abuso del poder económico, cuando el entonces art. 148 de la Constitución brasileña de 1946 dispuso, en el capítulo del orden económico y social, que: “La ley reprimirá toda y cualquier forma de abuso del poder económico, incluso uniones de cualquier naturaleza que tengan la finalidad de dominar los mercados nacionales, quitar la competencia y aumentar arbitrariamente los beneficios”. Dos años más tarde, Agamenon Magalhães presentó un proyecto de ley (Proyecto de Ley nº 122/1948), orientado a la represión del abuso del poder económico y adoptando las directrices de la legislación de Estados Unidos con los cambios impuestos por nuestras condiciones económicas y políticas.

Sin embargo, el abuso de poder económico previsto en la Constitución de 1946 quedó sin regulación hasta 1962, cuando fue sancionada, con la edición de la Ley n° 4.137/1962, como dispone su art. 1º: “La represión al abuso del poder económico a que se refiere el art. 148 de la Constitución Federal se regirá por las disposiciones de esta ley”. Ese decreto estuvo en vigor en nuestro ordenamiento jurídico por más de treinta años, y, como no había competencia efectiva en el país, en la práctica tuvo poca aplicación.

Pese a que el art. 146 de la Constitución de 1946 expresamente disponer: “La Unión podrá, mediante ley especial, intervenir en el dominio económico y monopolizar determinada industria o actividad”, dicha intervención se basará en el interés público y por límites los derechos fundamentales garantizados en dicha Constitución, solo dieciséis años después, ese dispositivo constitucional fue regulado por las Leyes de Delegación 4 y 5/1962, disponiendo, respectivamente, sobre “la intervención en el dominio económico para asegurar la libre distribución de productos necesarios para el consumo del pueblo” y sobre la creación de la Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab), como autarquía federal.

También según la profesora Paula Forgioni, “otra importante legislación que vale comentar fue la creación de la Ley n° 1.521/1951,<sup>24</sup> que buscaba proteger la economía popular y tipificar como crimen las infracciones al orden económico”. Se observa que la ley también contiene una serie de dispositivos de naturaleza antitrust, entre los cuales tenemos como ejemplo en el inciso V del art. 3º, el sellado a la práctica de precios predatorios, así como contiene en sus dispositivos la mayor parte de las prácticas anticompetitivas, que todavía

---

24. Esa ley, a pesar de su elevado tiempo de duración en el ordenamiento jurídico brasileño, aún continúa en vigor, incluso siendo utilizada en pasado reciente para condena del banquero Nagi Nahas de primera instancia del Tribunal.

hoy son tipificadas como ilícitas en diversas legislaciones de naturaleza antitrust en Brasil.

Esta ley reúne a los institutos de crimen contra la economía popular, cuya evolución legislativa podría enmarcarse en la legislación de protección del consumidor; y abuso de poder económico, cuya evolución legislativa podría enmarcarse en la legislación de defensa de la competencia.

Estas fueron, por tanto, las pocas piezas legales acerca del derecho de la competencia que han surgido en el país en los últimos treinta años, influenciadas por la experiencia estadounidense basada en la Ley Sherman de 1890, el primer diploma jurídico sobre el abuso de poder económico en el mundo.

Para una visualización rápida, consulte el resumen en la siguiente tabla:

**TABLA 2.**

<b>Leys de la Competencia</b>	4.137 (1962)	8.158 (1991)	8.884 (1994)	12.529 (2011)
<b>Órganos</b>	Cade	SNDE Cade	Cade SDE SEAE	Cade + SEAE
<b>Ámbito</b>	Conducta	Conducta	Estructura Conducta	Estructura Conducta
<b>Nivel de autonomía</b>	–	–	Cade se vuelve en una agencia independiente. El mandato de los miembros es de dos años.	Cade se vuelve en una agencia independiente. El mandato de los miembros es de cuatro años

Las dos primeras legislaciones sobre competencia en el país, de n° 4.137/1962 y 8.158/1991, trataban sólo de las llamadas prácticas infractoras, las cuales disponían sobre conductas anticompetitivas abusivas descritas en la tipología de las legislaciones, que eran



investigadas posteriormente por el Cade, o sea, primero ocurría la práctica y posteriormente el Cade actuaba. Desde 1994, con la promulgación de la Ley nº 8.884/1994, se introdujo la parte preventiva con el instituto de control de las estructuras de mercado, es decir, cualquier operación de concentración económica que tuviera, en la post-operación, más del 20% del *mercado relevante*<sup>25</sup> de productos o servicios, o que una de las partes tuviera 400 millones de reales y la otra, 30 millones de reales, respectivamente, en su última facturación bruta anual en Brasil, tendría que someter la operación al control preventivo del Cade. La actual Ley nº 12.528/2011 mantuvo este instituto preventivo cambiando el valor de la facturación en el último balance y quitando la cuota del 20% del mercado relevante post-fusión.

Posteriormente, en 1995, también se promulgó la Ley nº 9.021/1995, que, en su art. 5, permitió la creación del ahora llamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), integrado en aquél momento por el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), la Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) y Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF. El objetivo principal, a la luz de las Leyes 8.884/1994 y 9.021/1995, sería generar una economía de mercado competitiva a través de acciones preventivas y represivas por parte de las autoridades antitrust. Estas leyes trajeron entonces un mayor apoyo a las decisiones del órgano judi-

25. Metodología empleada universalmente – propuesta por los Horizontales Merger Guidelines del FTC/DoJ/USA, de 1992 (“Guidelines”) – un producto y un área serían un mercado si un monopolista sobre ellos elevara, con beneficios, el precio, significativamente por encima de los niveles que prevalecen o tienden a prevalecer en el futuro. La cuestión fue resuelta al arbitrarse una elevación hipotética de precios del 5%, 10% o 15%, durante un año, de forma generalizada, significativa y no transitoria. A partir de ahí se identifica la posibilidad de que los clientes sustituyan al producto (mercado relevante del producto) o a los proveedores (mercado relevante geográfico) como consecuencia de dicho aumento.

cial, el Cade, soberano en el ámbito de la administración pública, sin posibilidad de recurso a un superior jerárquico, en este caso, el Ministro de Justicia, así como mantuvieron vinculadas la SDE y la SEAE como órganos técnicos de los Ministerios de Justicia y Hacienda, respectivamente.

La Ley nº 9.618, del 2 de abril de 1998, trasladó dos atribuciones de la extinta Ley de Delegación nº 4, de Sunab al SEAE/MF, en el contexto de la Ley nº 8.884/1994, con en fin de instruir procedimientos, que fueron: i) establecer sistema de información acerca de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios, requiriendo el suministro de cualesquier datos, periódicos o especiales, en poder de personas de derecho público o privado; y ii) proceder al examen de inventarios, documentos y escritos de cualesquier empresas o personas que se dediquen a las actividades previstas en ella.

En 2000, la Medida Provisional nº 2.055, del 11 de agosto de 2000, se volvió en la Ley nº 10.149, del 21 de diciembre de 2000, que introdujo innovaciones en la represión de las conductas anticompetitivas, cambiando y añadiendo disposiciones a la Ley nº 8.884/1994. Entre las innovaciones estaban mayores poderes de investigación; multas; creación de acuerdos de clemencia;<sup>26</sup> aplicabilidad de compromisos de cese de prácticas; y mayor sigilo en las denuncias.

---

26. Art. 35-B. La Unión, a través de la SDE, podrá celebrar un acuerdo de clemencia con la extinción de la acción punitiva de la administración pública o la reducción de uno a dos tercios de la sanción aplicable, de conformidad con el presente artículo, con personas físicas y jurídicas que sean autoras de infracción al orden económico, siempre que colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo y que de esa colaboración resulte: I – la identificación de los demás coautores de la infracción; y II – la obtención de informaciones y documentos que acrediten la infracción notificada o bajo investigación. § 1º Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a las empresas o personas físicas que hayan estado al frente de la conducta considerada infractora. § 2º El acuerdo de que trata el *caput* de este artículo solo podrá celebrarse si se cumplen, acumulativamente, los siguientes requisitos: I – la empresa o persona física sea la primera en calificarse con respecto a la infracción informada o bajo investigación; II – la empresa o persona física cese completamente su participación en la infracción informada o bajo

Antes de la promulgación de la Ley nº 10.149, los poderes de investigación eran limitados, ya que se restringían a la solicitud de informaciones por escrito, audiencia de testigos, convocatoria por la SEAE de los representantes legales de empresas para informar

---

investigación a partir de la fecha de proposición del acuerdo; III – la SDE no disponga de pruebas suficientes para asegurar la condena de la empresa o persona física en el momento de la proposición del acuerdo; y IV – la empresa o persona física confiese su participación en el ilícito y coopere plena y permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo, a su cargo, siempre que se solicite, a todos los actos procesales, hasta su cierre. § 3º El acuerdo de clemencia firmado con la Unión, a través de la SDE, estipulará las condiciones necesarias para asegurar la efectividad de la colaboración y el resultado útil del proceso. § 4º La celebración de un acuerdo de clemencia no está sujeta a la aprobación del ACDE, sino que le corresponde, sin embargo, en el momento del juicio del proceso administrativo, verificado el cumplimiento del acuerdo: I – decretar la extinción de la acción punitiva de la administración pública en favor del infractor, en los casos en que la propuesta de acuerdo haya sido presentada a la SDE sin que ésta tuviera conocimiento previo de la infracción denunciada; o II – en las demás hipótesis, reducir de uno a dos tercios las penas aplicables, observado lo dispuesto en el art. 27 de esta ley, debiendo, además, considerar, en la gradación de la pena, la efectividad de la colaboración prestada y la buena fe del infractor en el cumplimiento del acuerdo de clemencia. § 5º En la hipótesis del inciso II del párrafo anterior, la pena sobre la cual incidirá el factor reductor no será superior a la menor de las penas aplicadas a los demás coautores de la infracción, respecto a los porcentajes fijados para la aplicación de las multas de que trata el art. 23 de esta ley. § 6º Los efectos del acuerdo de clemencia se extenderán a los directivos y administradores de la empresa habilitada, implicados en la infracción, siempre que firmen el respectivo instrumento junto con la empresa, respetando las condiciones impuestas en los incisos II a IV del § 2º de este artículo. § 7º La empresa o persona física que no haya obtenido, en el curso de una investigación o de un procedimiento administrativo, la habilitación para celebrar el acuerdo del que trata este artículo, podrá celebrar con la SDE, hasta la remisión del proceso al juicio, acuerdo de clemencia relativo a otra infracción de la que no tenga conocimiento previo la Secretaría. § 8º En la hipótesis del párrafo anterior, el infractor se beneficiará de la reducción de un tercio de la pena que le sea aplicable en aquel proceso, sin perjuicio de la obtención de los beneficios de que trata el inciso I del § 4º de este artículo en relación con la nueva infracción denunciada. § 9º Se considerará confidencial la propuesta de acuerdo de que trata este artículo, salvo en interés de las investigaciones y del procedimiento administrativo. § 10 No importa en confesión en cuanto a la materia de hecho, ni reconocimiento de ilicitud de la conducta analizada, la propuesta de acuerdo de clemencia rechazada por el Secretario de la SDE, de la cual no se hará cualquier divulgación. § 11 La aplicación de lo dispuesto en este artículo observará la reglamentación que será editada por el Ministro de Estado de Justicia.

sobre aumentos injustificados de precios o imposición de precios excesivos, examen de inventarios, documentos y escritos. Es decir, en la práctica, gran parte de las investigaciones eran realizadas con base en informaciones solicitadas por escrito a los agentes económicos probables infractores.

Este escenario se alteró con la autorización dada a la SDE y a la SEAE para hacer inspecciones en el sitio, con un preaviso mínimo de 24 horas, conforme lo previsto en el § 2º del art. 35 de la nueva ley, así como para solicitar, a través del Abocacía General de la Unión, la emisión de una orden de búsqueda e incautación de “objetos, papeles de cualquier naturaleza, así como libros comerciales, ordenadores y archivos magnéticos de empresas o personas físicas”.

Así pues, este aumento del poder de investigación ha sido fundamental para que las autoridades de defensa de la competencia<sup>27</sup> — SDE y SEAE — pudieran obtener pruebas de la existencia de prácticas anticompetitivas para las cuales las simples evidencias económicas y los hechos públicamente divulgados, que normalmente eran insuficientes, no lograban comprobar los indicios de las prácticas cometidas.

Por lo tanto, se verifica que los principales instrumentos legales que forman parte de la evolución de la legislación brasileña anti-trust son: Ley nº 4.137/1962, parcialmente derogada por la Ley nº 8.158/1991, que todavía convivió con ella hasta 1994, cuando ambas fueron consolidadas por la Ley nº 8.884/1994, que aún trajo

---

27. Las dos nuevas multas creadas en el § 5º art. 26 y el art. 26-A de la nueva ley, anteriormente aplicadas solo por el CADE, en su §3º, pasaron a ser aplicadas también por la SDE y SEAE, siempre que éstas fueran autoras de las solicitudes de informaciones no atendidas.

catorce innovaciones en aquella época, la Ley nº 10.149/2000,<sup>28</sup> que permitió mayor poder de investigación de los órganos de competencia, insertada por la propia Ley nº 8.884/1994 y actual Ley de la Competencia nº 12.529/2011.

## 4. PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE COMPETENCIA Nº 12.529/2011

### 4.1 Introducción

La Ley nº 8.884/1994 estuvo vigente desde junio de 1994 hasta mayo de 2012, es decir, por más de dieciséis años en nuestro ordenamiento jurídico y, después de al menos una década de debates, fue sancionada la Ley nº 12.529,<sup>29</sup> el 30 de noviembre de 2001, reestructurando el Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Sin embargo, ésta solo entró en vigor el 29 de mayo de 2012, una vez que cumplió un *vacatio legis* de 180 días.

Podemos comprobar que los principales cambios que se tomaron en cuenta fueron: el nuevo diseño organizacional del SBDC (creación del “nuevo Cade”); la creación del sistema de subsunción de notificación previa y los nuevos criterios de notificación de actos

28. Ley que incluye mayores poderes de investigación; multas; creación de acuerdos de clemencia; aplicabilidad de los compromisos de cese de práctica; y un mayor secreto en las denuncias.

29. Esa nueva ley ha sido fruto de dos Proyectos de Ley (PLs): nº 3.937/2004, de la Cámara de Diputados, y 5.877/2005, del P.EX. A partir de 2007, esos dos PLs han sido examinados por una Comisión Especial en la Cámara de los Diputados, una vez que pasaron a formar parte integrante del llamado Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Un sustituto consolidando las dos propuestas fue aprobado en la Comisión Especial y enviado para su aprobación en el Pleno de la Cámara en diciembre de 2008. Posteriormente fue enviado al Senado a principios de 2009 y finalmente aprobado en noviembre de 2011.

de concentración; los cambios en los conceptos de control de conductas anticompetitivas y las sanciones penales provenientes de ellas.

No obstante, la actuación del Cade permaneció en la nueva ley a configurarse de dos formas: *de modo represivo*,<sup>30</sup> después de la competencia del hecho, con base en el art. 36, por medio de los procedimientos administrativos establecidos para prevención, apuración y represión de infracciones al orden económico previstos en el art. 48; y *de modo preventivo*,<sup>31</sup> antes de que ocurran los hechos, sobre la base de los arts. 88 y 90, en los casos de concentración económica (fusiones, escisiones, *joint venture*, adquisiciones y contratos de suministros a largo plazo, entre otros).

Se puede decir que hubo una reestructuración institucional del Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), consolidando el antiguo Cade, en el “nuevo Cade”. En ese nuevo diseño institucional, el Cade pasó a ser el Tribunal Administrativo de Defen-

30. Art. 36. Constituyen infracción del orden económico, independientemente de culpa, los actos bajo cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no sean alcanzados: I – limitar, falsear o de cualquier manera perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa; II – dominar el mercado de bienes o servicios; III – aumentar arbitrariamente los beneficios; y IV – ejercer de forma abusiva posición dominante. § 1º La conquista de mercado resultante de proceso natural fundado en la mayor eficiencia de agente económico *en relación a sus competidores no caracteriza el ilícito previsto en el inciso II del caput de este artículo*. § 2º Se presumirá la posición dominante *cuando una empresa o grupo de empresas sea capaz de modificar unilateral o coordinadamente las condiciones del mercado o cuando controle el 20 % (veinte por ciento) o más del mercado relevante, y ese porcentaje puede ser modificado por el CADE para sectores específicos de la economía*. § 3º Las siguientes conductas, además de otras, en la medida en que configuren hipótesis prevista en el caput de este artículo y sus incisos, caracterizan infracción del orden económico.

31. Art. 90. A los efectos del art. 88 de esta ley, se realiza un acto de concentración cuando: I – 2 (dos) o más empresas anteriormente independientes se fusionan; II – 1 (una) o más empresas adquieren, directa o indirectamente, por compra o intercambio de acciones, participaciones, valores o valores convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por vía contractual o por cualquier otro medio o forma, el control o partes de una u otras empresas; III – 1 (una) o más empresas incorporan otra u otras empresas; o IV – 2 (dos) o más empresas celebran contrato asociativo, consorcio o *joint venture*.

sa Económica, incluso incorporando una parte de la Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), más precisamente Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), que se convirtió en su Superintendencia General. Así, el nuevo Cade (Tribunal + Superintendencia) pasó a componer, en conjunto con la SEAE, el nuevo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). También se creó el Departamento de Estudos Econômicos (DEE) dentro del Cade, que sirve tanto a la Superintendencia como al Tribunal y que responde a las crecientes demandas más sofisticadas en los análisis económicos en defensa de la competencia. Siendo así, la nueva estructura del Cade incluye los siguientes órganos: (i) el Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) la Superintendencia General; y (iii) el Departamento de Estudos Econômicos (DEE), además del apoyo de la Procuradoria Federal (ProCade) y del Ministerio Público Federal.

En la ley actual se produjo, por lo tanto, una fusión de actividades que se desarrollaban en tres órganos diferentes, Cade/SEAE/SDE, y que, desde entonces, comenzaron a concebirse dentro del nuevo órgano, que se convirtió responsable de la investigación y toma de decisiones tanto en actos de concentración económica, fusiones, adquisiciones etc. como en conductas anticompetitivas. En efecto, el Cade heredó las tareas que anteriormente desempeñaban la SEAE y la SDE, a pesar de la actuación de la Superintendencia General, que se constituyó en una especie de “filtro” para el avance de los trabajos del Tribunal.

Según las enseñanzas de Elizabeth Farina,<sup>32</sup> ex presidente de Cade, y Fabiana Tito, ex coordinadora general de SED, uno de los cambios más importantes en los procedimientos de análisis de fusiones es el

---

32. Artículo publicado en 2012 en el Boletín latinoamericano de competencia, por Elizabeth Farina y Fabiana Tito con el título de Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência.

que establece que al superintendente general le toque la responsabilidad de oponerse al acto ante el Tribunal, teniendo también el poder de aprobar la fusión monocráticamente. Sin embargo, se ha puesto adrede un límite a los poderes del Superintendente, ya que a cualquier consejero le cabe el derecho de avocar, sea cual fuere la fusión en análisis por la Superintendencia. Así, se ha creado una especie de sistema de pesos y contrapesos, pero sin perder de vista la celeridad de la aprobación de actos de concentración que no tengan probabilidad de generar algún impacto negativo sobre la competencia y el bienestar del consumidor.

En el caso del análisis de conductas potencialmente anticompetitivas, para Cesar Matos,<sup>33</sup> ex consejero del Cade:

[...] en una primera etapa, se analizan como “investigaciones administrativas” — pero pasando a una segunda etapa de “procesos administrativos” (Pas), cuando estén presentes los indicios más sólidos, que merezcan un análisis más profundo. En esta segunda etapa, cuando se conviertan en PAs, con o sin indicación final de la Superintendencia para la condena de los representados, deben ser evaluados por el Tribunal, mientras que los IAs que no pasen a la segunda etapa serán archivados por el propio Superintendente.

Por lo tanto, los casos más difíciles, en los que se discute la intervención del Estado, jamás se deciden monocráticamente, requiriendo discusión y votación en el Tribunal. Mientras que, para aquellos casos considerados menos complejos, la rápida decisión monocrática del Superintendente es la más adecuada, evitándose así el doble análisis, que quita celeridad de las decisiones. Por otra parte, esto no impide que los miembros del Tribunal entiendan de manera distin-

---

33. Artículo publicado en 2012 por César Matos con el título de *Evolução institucional da defesa da concorrência no Brasil: a reforma do Cade*.



ta, avocando el proceso y profundizando el análisis. Esto permitirá al Tribunal juzgar los casos que sean realmente relevantes desde el punto de vista de la competencia.

En esta nueva estructura, al tenor de César Matos:

[...] también se redefinieron las atribuciones de la Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEA/MF) para centrar sus esfuerzos en la defensa de la competencia en el sector público. Con la entrada en vigor de la actual ley, se constató la existencia de un importante conjunto de problemas de competencia derivados de la creación de barreras a la entrada artificial en el mercado, principalmente como consecuencia de regulaciones anti-competitivas dictadas por el propio Estado, sin que, no obstante, se justificara su razonabilidad económica o social. Esto se debió, en gran parte, a la labor de las propias agencias reguladoras en los últimos dieciséis años, es decir, desde su creación en los diversos sectores de la economía brasileña. Con base en la nueva ley, en su artículo 19,<sup>34</sup> tiene sentido que exista un órgano especializado con

---

34. Art. 19. Compete a la Secretaria de Acompanhamento Econômico *promover la competencia en órganos de gobierno y ante la sociedad, correspondiéndole, especialmente*, lo siguiente: **I** – opinar, en los aspectos referentes a la promoción de la competencia, sobre propuestas de modificaciones de actos normativos de interés general de los agentes económicos o usuarios de los servicios prestados sometidos a consulta pública por las agencias reguladoras y, cuando lo estime pertinente, sobre las solicitudes de revisión de tarifas y las minutas; **II** – opinar, cuando lo considere pertinente, sobre minutas de actos normativos elaborados por cualquier entidad pública o privada sometidos a la consulta pública, en los aspectos referentes a la promoción de la competencia; **III** – opinar, cuando lo considere pertinente, sobre proposiciones legislativas en trámite en el Congreso Nacional, en los aspectos referentes a la promoción de la competencia; **IV** – elaborar estudios evaluando la situación competitiva de sectores específicos de la actividad económica nacional, de oficio o cuando lo soliciten el CADE, la Cámara de Comercio Exterior o el Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor del Ministério da Fazenda u órgano que le suceda; **V** – elaborar estudios sectoriales que sirvan de insumo para la participación del Ministério da Fazenda en la formulación de políticas

la tarea, también dentro del propio Estado, de contrarrestar este tipo de ineficiencia económica.

Cabe destacar la nueva actuación del Ministério Público Federal (MPF)<sup>35</sup> en la defensa de la competencia, ya que se alteró, en la ley actual, la forma de tramitación de los Actos de Concentraciones (ACs), con el fin de desobrigarlo. Así, la participación del MPF deja de ser obligatoria, evitándose duplicación de trabajo con la Procuraduría del Cade. Sin embargo, esto no impide en modo alguno su participación en los ACs; si éste considera que debe participar en el caso concreto, podrá hacerlo, ya que constituye prerrogativa intrínseca de dicho órgano por tratarse de intereses difusos de la sociedad, como ya se ha visto. En cuanto a los casos de conductas potencialmente anticompetitivas, la nueva ley “garantizó que el MPF mantuviera su posición destacada en las investigaciones y en la aplicación del programa de clemencia, en el que el órgano ha participado, de forma muy eficaz y proactiva, en varios de los casos ya analizados” hasta la fecha.

Con el advenimiento de la Ley nº 12.529/2011, que acumula una rica jurisprudencia formada a lo largo de los últimos dieciséis años

---

públicas sectoriales en los foros en que este Ministerio tiene asiento; VI – proponer la revisión de leyes, reglamentos y otros actos normativos de la administración pública federal, estadual, municipal y del Distrito Federal que afecten o puedan afectar la competencia en los diversos sectores económicos del país; VII – manifestarse, de oficio o cuando solicitada, en relación con el impacto competitivo de las medidas objeto de debate en los foros de negociación relativos a las actividades de modificación de las tarifas, el acceso a los mercados y la defensa comercial, excepto las competencias de los órganos interesados; VIII – remitir al órgano competente representación para que éste, a su criterio, adopte las medidas legales aplicables, siempre que sea identificado acto normativo que tenga carácter anticompetitivo.

35. Art. 20. *El Procurador General de la República, tras oír al Consejo Superior, designará a un miembro del Ministerio Público Federal para que, en calidad de tal, emita un dictamen en los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones administrativas por infracciones al orden económico, por carta o a petición del Consejero Ponente.*

de actuación de la Ley nº 8.884/1994, el CADE tendrá mayor independencia técnica del Gobierno Federal, lo que consecuentemente se reflejará en los ambientes empresariales. Por esta razón, vale destacar el cambio en los mandatos del presidente y de los consejeros para cuatro años, sin reelección, evitando, así, intervenciones políticas en represalia por decisiones sensibles tomadas por el Tribunal en el mandato anterior, así como preservando la independencia entre las investigaciones realizadas por la Superintendencia General y el Tribunal, lo está garantizado por el mandato del superintendente (dos años, con una reelección permitida) y también por la forma en que se gestionará el presupuesto de la agencia, es decir, el propio superintendente será el ordenador de los gastos de su Superintendencia (unidad de gestión de recursos independientes), mientras el presidente del CADE será el ordenador de los gastos del órgano en su conjunto. Esto se explica por el hecho de que la Superintendencia, cuando esté en una investigación de búsquedas e incautaciones en agente económico, consiga disminuir la posibilidad de fuga de esa investigación, así como por el hecho de que los documentos a ser perquiridos no desaparezcan.

#### **4.2 La creación del sistema de subsunción de notificación previa y los nuevos criterios de notificación de concentración**

Brasil era una de las pocas jurisdicciones del mundo que todavía adoptaba un sistema de notificación posterior a la fusión, ya que la Ley 8.884/1994 permitía subsumir el acto a las autoridades de competencia con antelación o dentro de los quince días siguientes a su realización. Con la nueva ley, las empresas están obligadas a notificar previamente al CADE su interés en realizar una concentración (art. 88), cuya realización permanezca condicionada a la aprobación del CADE, debiendo preservarse las condiciones de competencia en-

tre las empresas involucradas hasta la decisión final sobre la operación. Es decir, la aprobación del Cade suspende la eficacia del acto y la ausencia de aquella implica la nulidad de los actos practicados. El incumplimiento de este dispositivo por las empresas involucradas acarreará, además, multas pecuniarias y la posibilidad de deshacer la operación. Con eso, se cambia sensiblemente la manera como los negocios se realizarán en Brasil.

La realización de la operación o de cualquier acto con este efecto se conoce en la Jurisprudencia mundial como *gun jumping*.<sup>36</sup> El resultado de esta práctica implica multas para los agentes económicos, así como la posible anulación de la operación. Ciertamente, la evaluación de casos concretos resultantes de ese tipo de operación comercial creará la jurisprudencia brasileña en la materia.

La Ley nº 12.529/2011 modificó sustancialmente los criterios y valores de notificación obligatoria, posibilitando la reducción cuantitativa de los casos a examinarse. Así, pasa a ocurrir en primer lugar la alteración del concepto de acto de concentración a fin de aclarar cuando éste realmente se verifique, o sea, tenga los requisitos necesarios a la subsunción. Como consecuencia, el número de transacciones sometidas al análisis del Cade se restringirá. En este nuevo concepto, los actos de concentración son “aquellos que consisten en fusión, adquisición o suscripción de contrato asociativo, consorcio o *joint venture*, o, también, la adquisición del control o

---

36. *Primera sanción por gun jumping de la Ley 12.529/2011*. El Cade aprobó por unanimidad, el 28 de agosto de 2013, un Acuerdo en Control de Concentraciones (ACC) propuesto por la OGX, en que la compañía asumió la consumación prematura de un negocio con Petrobras antes de la aprobación del órgano antitrust. La petrolera del Grupo EBX se comprometió a pagar 3 millones de reales, en diez cuotas, al Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça. La presunta infracción podría dar lugar a la anulación de la transacción, a la imposición de una multa y a la posible incoación de un procedimiento administrativo. De acuerdo con la legislación, la multa impuesta por el Cade a las empresas implicadas podrá variar entre 60 mil reales y 60 millones de reales.

de partes de una o más empresas anteriormente independientes, según la redacción del artículo 90”.<sup>37</sup>

Cabe hacer una reserva: quedan excluidos del concepto de contrato asociativo, consorcio o *joint venture* aquellos que tengan por objeto la participación de las empresas involucradas en licitaciones.<sup>38</sup> Según la comprensión Natália Villas Bôas Zanelatto y Gabriela Abreu:

Como consecuencia de este nuevo concepto introducido por la Ley nº 12.529/11,<sup>39</sup> se puede citar el contrato de decisión como ejemplo de acto que no más es un acto de concentración. Este, bajo la óptica de la ley anterior (Ley nº 8.884/94), ha sido objeto de discordancia entre la Secretaria de Direito Econômico (SDE) y la Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); la primera entendía por la necesidad de someter tales contratos al análisis de las autoridades antitrust, mientras la segunda pensaba que no se caracterizaba como acto de concentración económica.

En cuanto a los nuevos criterios de notificación obligatoria, también hubo un cambio importante. Bajo la nueva ley, debe notificarse una transacción de conformidad con el art. 88, es decir:

- 
37. Art. 90. A los efectos del art. 88 de esta ley, se produce un acto de concentración cuando: (i) se fusionen dos o más empresas anteriormente independientes; (ii) una o más empresas adquieran, directa o indirectamente, por compra o canje de acciones, cuotas, títulos o valores convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otro medio o forma, el control o partes de otra u otras empresas; (iii) una o más empresas constituyan otra u otras empresas; y (iv) dos o más empresas celebren un contrato asociativo, consorcio o *joint venture*, salvo que tenga por objeto servir a una empresa determinada y con plazo fijo.
38. Párrafo único. No se considerarán actos de concentración, a los efectos del dispuesto en el art. 88 de esta ley, los descritos en el inciso IV del *caput*, cuando estén destinados a las licitaciones promovidas por la administración pública directa e indirecta y a los contratos derivados de ellas.
39. Artículo publicado en 2012 por Natália Villas Bôas Zanelatto y Gabriela Abreu con el título de *As principais alterações no âmbito do Direito da Concorrência*.

Serán sometidos al Cade por las partes involucradas en la operación los actos de concentración económica en que, acumulativamente: por lo menos uno de los grupos involucrados haya registrado, en el último balance, facturación bruta anual o volumen de negocios en Brasil en el año anterior a la operación el equivalente o superior a R\$ 400 millones y “al menos otro grupo involucrado en la operación haya registrado, en el último balance, facturación bruta anual o volumen de negocios total en el país, en el año anterior a la operación, equivalente o superior a R\$ 30 millones.

Los valores de facturación antes mencionados, sin embargo, ya han sido actualizados y modificados, a petición del Cade, por la Portaria Ministerial<sup>40</sup> del Ministério da Justiça e da Fazenda. Esto indica, claramente, que el Cade examinará solamente las operaciones de gran porte económico.

El Cade también podrá solicitar examen de fusiones por debajo del límite de facturación, dentro de un año de la fecha del cierre del negocio, lo que evita que operaciones de alcance local (mercados relevantes locales) puedan ofrecer perjuicios al bienestar de los con-

---

40. GABINETE DEL MINISTRO – PORTARIA INTERMINISTERIAL N<sup>o</sup> Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica del Consejo Administrativo de Defensa Económica – Cade, los importes contenidos en el art. 88, I y II, de la Ley n<sup>o</sup> 12.529, de 30 de noviembre de 2011. EL MINISTRO DE ESTADO DE JUSTICIA Y EL MINISTRO DE ESTADO DE FINANZAS, en uso de las atribuciones que les confiere el § 1<sup>o</sup> del art. 88 de la Ley n<sup>o</sup> 12.529, de 30 de noviembre de 2011, resuelven: Art. 1<sup>o</sup> A los efectos de la obligatoriedad de presentación de los actos de concentración para análisis por el Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, según previsto en el art. 88 de la Ley n<sup>o</sup> 12.529, de 30 de noviembre de 2011, los ingresos mínimos de facturación bruta anual o volumen de negocios en el país serán: I – R\$ 750.000.000,00 (setecientos cincuenta millones de reales) para la hipótesis prevista en el inciso I del art. 88 de la Ley n<sup>o</sup> 12.529, de 2011; y II – 75.000.00,00 (setenta y cinco millones de reales) para la hipótesis prevista en el inciso II del art. 88 de la Ley n<sup>o</sup> 12.529, de 2011. Art. 2<sup>o</sup> La presente Ordenanza entrará en vigor en la fecha de su promulgación. JOSÉ EDUARDO CARDOZO, Ministro de Justicia/GUIDO MANTEGA Ministro de Hacienda.

sumidores locales. Una vez más, la ley ha establecido un sistema de controles y contrapesos para que el órgano no dejara pasar indemnes operaciones que, por no cumplir los requisitos necesarios de sumisión, trajeran problemas de conductas anticompetitivas en el futuro.

La nueva ley quitó el criterio anterior del 20% de participación en al menos un mercado de referencia afectado por la operación, que era recuestado. Según enseñanzas de Elizabeth Farina<sup>41</sup> y Fabiana Tito:

De esta forma, como se sabe, la definición de mercado relevante podría involucrar largas polémicas entre las partes y la autoridad. La eliminación de este dispositivo mejora la seguridad jurídica de las reglas de notificación obligatoria y disminuye el riesgo de los negocios en el país.

La jurisprudencia del CADE, hasta hace poco, según César Matos:

[...] entendía que el valor de la facturación debía abarcar no solo los ingresos de la empresa o grupo en el país, sino también los del exterior. Esto amplió bastante el conjunto de operaciones de multinacionales que, pese a que no produzcan en el país, tenían que notificar. Recientemente, se alteró ese entendimiento, adoptándose el criterio de facturación en el país, lo que se ve explícitamente contemplado en la ley actual.

Por lo tanto, según Natalia Villas Bôas y Gabriela Abreu:

[...] la inteligencia combinada de los artículos 88 y 90 de la nueva ley permitirá sin duda mayor rapidez y seguridad jurídica debido al

---

41. Artigo publicado en 2012 em el *Boletim latino-americano de concorrência*, por Elizabeth Farina y Fabiana Tito con el título de *Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência*.

menor número de actos que se someterán a la autoridad antitrust. Éstas podrán concentrar sus esfuerzos en las operaciones que efectivamente tendrán mayor impacto en el mercado y, en consecuencia, en la competencia.

### 4.3 Las alteraciones de los conceptos del control de conductas anticompetitivas y sanciones penales derivadas de ellas

En varias leyes de competencia de todo el mundo, la conducta con mayor potencial para dañar la competencia es la colusión entre agentes destinada a frustrar la competencia, conocida como cártel. Bajo la égida de la Ley nº 8.884/1994, redactada en la época en que se produjo el primer cártel<sup>42</sup> conocido, el CADE no tenía poderes de investigación, y el cártel se investigaba bajo petición de pruebas a las propias partes infractoras, del conocimiento de esa práctica, y también que sus clientes que pudieran haber pagado por estas prácticas confirmaran y entregaran las pruebas de que necesitaba la autoridad para, después de seguir el proceso, tener éxito y sancionar Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Brasileño de Defensa de la Competencia (SPDC) careció de los instrumentos necesarios para frenar estas prácticas.

Desde 2000, el SBDC se ha vuelto mucho más proactivo en la investigación, averiguación y condena de los cárteles. Por lo tanto, hubo una mejora en el desempeño debido a los siguientes factores, que fueron: las nuevas prerrogativas de SDE y SEAE en la búsqueda

---

42. El primer cartel condenado después de la Ley nº 8.884/1994 fue el del acero plan común en 1999, detectado de forma totalmente casual: las empresas, acostumbradas dentro del paradigma anterior a discutir conjuntamente sus reajustes con el gobierno fueron SEAE, SDE y Cade y informaron su intención de realizar reajustes de precios paralelamente, lo que ocurrió, y que ocurrirían con intervalos de, como máximo, una semana entre las reprogramaciones.



da e incautación de documentos en empresas sospechosas y la introducción del programa de clemencia, ambas previstas en la Ley nº 10.149/2000.

En Estados Unidos y Unión Europea, el Acuerdo de Clemencia es uno de los principales instrumentos de identificación y condena de un cártel con resultados positivos. El propósito de la clemencia es básicamente volver inestables a los cárteles estimulando el comportamiento no cooperativo de los agentes entre sí.

Según información de la Federal Trade Commission (FTC), Excelentísimo señor ex-ministro de la Justicia, Paulo de Tarso Ribeiro:

[...] hasta 1993 las multas por prácticas de cártel en Estados Unidos eran del orden de 10 millones de dólares; a partir de esa época se introdujo el instituto del acuerdo de clemencia en prácticas anti-competitivas, y el monto recaudado ascendió a unos 200 millones de dólares en 2000.

Es decir, solamente después de la adopción de esta tipificación penal es que las autoridades estadounidenses lograron éxito en el combate a los cárteles.

En el contexto de la Ley nº 12.529/2011, el programa de clemencia, en su artículo 86,<sup>43</sup> trajo una innovación significativa. En palabras de César Matos:

---

43. En su artículo 86 dispone que el “Cade, por intermedio de la Superintendencia General, podrá celebrar acuerdo de clemencia, con la extinción de la acción punitiva de la administración pública o la reducción de 1 (uno) a 2/3 (dos tercios) de la pena aplicable [...] con personas físicas y jurídicas que sean autoras de infracción al orden económico, siempre que colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo y que de esa colaboración resulte: I – la identificación de los demás involucrados en la infracción; y II – la obtención de informaciones y documentos que comprueben la infracción noticiada o bajo investigación”.

[...] en primer lugar, en la antigua ley, los líderes del cártel podrían formar parte de un acuerdo de clemencia. La idea central en aquel momento era de que el líder del acuerdo no podría ser sancionado menos que los demás, incluso como forma de señalar la voluntad de la autoridad de no mitigar las sanciones para los que coordinaban el acuerdo.” “Sin embargo, hay algunos problemas con este abordaje. En primer lugar, a menudo es difícil deducir quién es el líder. En segundo lugar, es posible que quien sea considerado el líder sea aquél que disponga de más informaciones para la autoridad.” La nueva ley amplía los efectos del programa de clemencia a delitos relacionados, como, por ejemplo, la manipulación de licitaciones públicas. Estas mejoras crean más incentivos a la adhesión al programa, incrementando la política de lucha contra los cárteles.

De esta manera, el desprecio de estos potenciales indulgentes puede marcar toda la diferencia con respecto a la condena del cártel. “La principal preocupación es fomentar la denuncia y, por consiguiente, ampliar la eficacia del control de Cade en la defensa de la competencia en beneficio del funcionamiento equilibrado del mercado.”

Y, aún:<sup>44</sup>

---

44. Uno de los puntos destacados en el Relatório dos Pares da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) es que una ley accesoria a la Ley nº 8.884/1994, la Ley nº 8.137/1990, define como crímenes contra el orden económico un conjunto excesivo de conductas. Dada la aplicación de la regla de la razón en que el potencial anticompetitivo de cada conducta no puede ser evaluado apartado del contexto económico en que se inserta, queda claro que tal generalización no es apropiada, porque puede estar obligando a un número de prácticas que, al final del día, sean saludables desde el punto de vista del mercado. Así pues, la nueva ley ha desnaturalizado penalmente varias de estas conductas, manteniendo únicamente los casos de los cárteles, para los que difícilmente se configuran eficiencias compensatorias que impliquen un efecto neto positivo de la conducta. Ese cambio se constituyó en medida saneadora importante.

[...] extender los efectos del acuerdo de clemencia a las empresas del mismo grupo, de hecho o de derecho, y a los empleados implicados en la infracción garantiza a la parte clemente que no será sancionada a través de empresas de su grupo o empleados, reduciendo la incertidumbre del denunciante sobre el alcance de la clemencia. El único problema aquí es que, dentro de la empresa, entre los ejecutivos que ayudaron a coordinar el cártel, así como entre las empresas participantes, debe mantenerse el incentivo de ser el primero en denunciar. Si un director comercial, por ejemplo, sabe que también estará incluido en los beneficios de la clemencia firmada por la empresa, naturalmente tendrá menos incentivos para presentar la denuncia antes la propia empresa.

Pese a la sanción penal para conductas anticompetitivas impuesta por la nueva ley, otro importante cambio ocurrió en los casos de cártel, que serán sancionados con pena de reclusión de dos a cinco años, además de la imposición de multa, eliminada la posibilidad de transacción penal. Como ya se ha mencionado, la conducta con mayor potencial de daño a la competencia es el cártel y, por ello, debe punirse con mayor rigor, mientras en la antigua ley también se imponían sanciones penales a las conductas unilaterales de las empresas.

Según el entendimiento de César Matos:

La Ley nº 15.529/11, por lo tanto, desdibujó criminalmente varias de esas conductas, manteniendo solo los casos para los cuales difícilmente se configuran eficiencias compensatorias que impliquen efecto neto positivo de la conducta. Ese cambio se constituyó, por lo tanto, en medida arregladora relevante.

---

OCDE – informe sobre la Reforma Regulatoria, *Brasil fortaleciendo a Governança para o Crescimento*, París, Casa Civil de la Presidencia de la República, 2008.

En cuanto a las multas aplicadas a las prácticas anticompetitivas en la Ley 8.884/1994, según las enseñanzas de Elizabeth Farina y Fabiana Tito:

[...] el importe de las sanciones podrá variar entre el 1% y el 30% de la facturación en bruto anual de la empresa”. La Ley nº 12.529/11 cambió los niveles de las multas [...] y adoptó una nueva base de cálculo: en lugar de la “facturación en bruto en su último ejercicio, excluidos los impuestos”, la multa se calculará en relación con la facturación en bruto de la empresa, grupo o conglomerado en el “área de actividad” empresarial donde se produjo la infracción. El cambio también se refiere a una reducción de los porcentajes impuestos. En el caso de la empresa, el nuevo intervalo oscila *entre el 0,1% y el 20% de la facturación en bruto en el área de actividad* (énfasis añadido). La consecuencia es una reducción global de las multas, tanto por los límites porcentuales más bajos como por el hecho de que no se aplican al importe total de la facturación, sino a la parte obtenida en el “área de actividad”.

## CONSIDERACIONES FINALES

El proceso de liberación, desregulación y modernización de la economía brasileña que dio origen, a partir de los años 1990, a la creación de las agencias reguladoras y, especialmente, a los sistemas legales de defensa de la competencia desarrolló, a lo largo de estos años, nuevos conceptos de protección al mercado y al consumidor a través de la evolución legislativa necesaria para el logro de los cambios en el medio empresarial derivados de la desestatización de la economía.

La evolución histórica de la legislación, que tuvo como embrión la inspiración en el derecho norteamericano, específicamente en el

Sherman Act (1890) y el Clayton Act (1913), y la visita de un grupo de abogados y especialistas brasileños, en 1937, a las organizaciones norteamericanas para comprobarlo *in loco*, además de su experiencia sobre el tema, en aquel momento acumulada a lo largo de cuarenta años, culminaron en importantes cambios constitucionales en 1988 con la introducción del concepto de derecho económico y de la intervención del Estado en el establecimiento de principios generales del orden económico que equiparaban la libre iniciativa, la libre competencia y la función social de la propiedad como medio de justicia social.

Las legislaciones infraconstitucionales que siguieron, con el objetivo de instrumentalizar tales políticas, se fueron perfeccionando sucesivamente hasta llegar a la actual Ley nº 12.529/2011, resultado de la experiencia establecida por el funcionamiento del CADE desde su primera versión como Comissão de Defesa Econômica (CDE), creada en 1942.

Así, la Ley nº 12.529/2011 modificó sustancialmente algunos procedimientos, promovió la rapidez de los exámenes, la claridad de los actos, con su universalidad al crear un sistema que reúne todos los actos, como el fortalecimiento del aparato reglamentario de protección. Se pueden enumerar dichos cambios:

- a) Estructuración institucional del Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (BCPS), consolidando el antiguo Cade en el “nuevo Cade”. En este nuevo diseño, el Cade comprende tres órganos: (i) el Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) la Superintendencia General y (iii) el Departamento de Estudios Económicos (DEE); además del apoyo de la Procuraduría Federal (ProCade) y del Ministerio Público Federal y se convierte en el Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que ha incorporado parte de la Secretaría

- de Derecho Económico (SDE/MJ) del Ministerio de Justicia, más precisamente el Departamento de Protección y Defensa Económica (DPDE), que, a su vez, se convierte en su Superintendencia General. Este diseño permite transparencia y agilidad en los procesos, ya que concentra todo el procedimiento en un único sistema.
- b) Notificación previa del acto de concentración, ya que la Ley n° 8.884/1994 permitía que el acto pudiera someterse a las autoridades de la competencia con anterioridad o en un plazo de 15 días a partir de su realización. Con la nueva ley, las empresas están obligadas a notificar previamente al Cade el interés en realizar un acto de concentración (art. 88), cuya realización está condicionada a la aprobación del Cade, debiendo preservarse las condiciones de competencia entre las empresas involucradas hasta la decisión final sobre la operación.
  - c) Cambio en el concepto del acto de concentración con el fin de aclarar cuándo se produce realmente dicho acto, es decir, si tiene los requisitos necesarios para la subsunción, restringidos a los relativos a la fusión; adquisición o celebración de contrato de asociación; consorcio o *joint venture*; la adquisición de control o partes de una o más empresas previamente independientes. A los nuevos criterios se añadieron nuevos valores de notificación obligatoria, lo que posibilitó la reducción cuantitativa de los casos que iban a ser examinados.
  - d) Innovación en el programa de clemencia en el art. 86, que ofreció la posibilidad de incluir los beneficios de la delación premiada al líder del cártel, promoviendo el incentivo necesario para dilucidar el acto y extendiendo los efectos del programa de clemencia para crímenes conexos, como, por ejemplo fraude de licitación pública, generando más incentivos a la adhesión al programa e incrementando la política de combate a cárteles.

Por último, considerándose esta evolución en la reciente Ley de Defensa de la Competencia, se espera que el Tribunal logre no sólo proteger el mercado, sino también promover y respetar las necesidades del desarrollo económico como dato indispensable para la justicia social.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE SOUZA, A. Washington Peluso. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. Editora São Paulo: LTr, 1999.
- FORGIONI, P.A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- MALARD, N.T. (1997) *Concentração de Empresas e Concorrência* — Tese de Mestrado — UNB, Brasília.
- SANTA CRUZ, R. L. (1998) *Prevenção antitruste no Brasil*. Tese de doutorado — IEI/UFRJ, Rio de Janeiro.
- SEBBA, Pedro Ivo Ramalho. Organizador. *Regulação e Agências Reguladoras, Governança e Análise de Impacto Regulatório*, ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, BSB, 2009.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.





## COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR

*Patricia Alvear Peña<sup>1</sup>*

### INTRODUCCIÓN

El derecho económico<sup>2</sup> reconoce y legitima los derechos económicos como el de propiedad privada, libre contratación y reparación de daños,<sup>3</sup> entre otros, siendo el contrato la herramienta por la que generalmente se viabilizan los procesos económicos e producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios.<sup>4</sup>

El derecho, como constructo cultural, cambia respondiendo a necesidades políticas, sociales, culturales y económicas de cada sociedad y momento histórico. El derecho civil y el comercial, en su evolución, ha mutado acorde a los diferentes modelos económicos, sociales, políticos y culturales históricamente determinados.<sup>5</sup> En

1. Doctora en Jurisprudencia, Derecho Comercial y de Corrección Económica.
2. Ghersi, Carlos, *Cuantificación Económica: Valor de la vida humana*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, Argentina, os. 5 a 9.
3. *Ibid.* 12.
4. *Ibid.* 12.
5. Sustenta esta tesis, la evidencia histórica sobre el derecho de propiedad que ha sido regulado de diferente manera en el modelo económico, esclavista, feudalista, capitalista, socialista y social de mercado, entre otros.

función de éstos modelos, se reconocen y legitiman, aunque de diferentes formas y maneras, los derechos económicos como la propiedad, libre contratación, libre circulación, transferencia, entre otros. La garantía, uso y explotación de éstos derechos, por las dinámicas económicas, sociales y culturales presentes en un mundo altamente tecnificado, globalizado y consumista, como el nuestro, son restringidos por normas de corrección económica que ponen límites al ejercicio uso y goce de éstos derechos como parte de la responsabilidad estatal de promulgación de la nueva “generación de derechos”,<sup>6</sup> e como herramienta normativa de mantenimiento, consolidación y apuntalamiento de un modelo económico concreto, que impone límite a abusos de los más diversos operadores económicos. En Ecuador, estas normas de corrección responden a lo que se denomina modelo social y solidario.<sup>7</sup>

Los derechos de propiedad; contratación; o el de libre empresa son reconocidos, legitimados y regulados en la Constitución y diversos cuerpos normativos secundarios. Son derechos relativos, pues su

---

6. Ghersi, Carlos, **Cuantificación Económica**,... ob. Cit., estratifica los derechos desde los de primera hasta la quinta generación, últimos donde sitúa al derecho del consumidor, al que planteo el supuesto de que a ellos, se deben sumarse otros derechos como los de defensa de la competencia y los competencia desleal, que junto con los de defensa del consumidor, aunque de diferente manera y forma de activación hacen regulación del tráfico económico en protección del modelo económico y de sus operadores: consumidores y competidores. Nótese también que el fundamento de protección del derecho de la competencia y de competencia desleal, es entre otros también el consumidor. Ver Cabanella de las Cuevas Guillermo, **Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 154.

7. Artículo 283: El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

reconocimiento y protección jurídica se encuentran sujetos al cumplimiento de funciones sociales, económicas, ambientales y del bien común.<sup>8</sup> Su protección se otorga en el marco del cumplimiento de estos fines y encuentran limitados al orden público y a principios generales como no abusar y no dañar.

La restricción de éstos derechos económicos se encuentra materializada en normas de corrección económica que no tienen por finalidad fundamental el reconocimiento de éstos derechos, sino su corrección y establecimiento de límites en su ejercicio, a través de normas tales como la defensa de la competencia; la competencia desleal y las de defensa del consumidor, entre otras. Estas normas de corrección deben ser entendidas como herramientas jurídicas vinculadas y conexas, pues, en su conjunto, aunque de diferente forma, buscan la corrección del tráfico económico y la protección de intereses diversos: el sistema competitivo mismo como el modelo económico, último, que es de orden público; y la de los operadores económicos (competidores y consumidores).

De entre éstas normas de corrección económica en América del Sur, las de defensa del consumidor han alcanzado mayor conocimiento, difusión y desarrollo. Le siguen las de defensa de la competencia. Las de competencia desleal o de lealtad comercial no han corrido con la misma suerte, pues falta visibilizar su importancia como herramienta jurídica autónoma y corrector del tráfico económico, la que, por su desarrollo y trascendencia en países como España, por ejemplo, han alcanzado autonomía disciplinar siendo una importante herramienta de protección de operadores económicos y de control concurrencial.

---

8. Alvear, Patricia, y Gómez de la Torre Blanca, Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, apuntes para su construcción, Universidad Internacional SEK, V&G, 2012, Quito, Ecuador, p. 28 a 33.

En consideración a lo expuesto, reflexionando sobre las funciones; fines; bienes jurídicos tutelares; activación jurídica y acciones de cada una de estas ramas autónomas del derecho, se profundiza en la inquietud de analizar como supuesto sujeto a debate, que a la categoría conceptual derecho económico propuesta por el profesor argentino Carlos Ghersi, le sigue el derecho de corrección económica, último que corresponde a una clase de derechos, pues no pretenden la legitimación de derechos ya reconocidos como el de propiedad en sus diversas formas, el de libre empresa, el de libre contratación, el de transferencia, entre otros, sino establecen los límites en el ejercicio, uso y goce de estos derechos, restringiéndolos e corrigiéndolos, como herramientas de regulación del tráfico económico en protección del sistema económico y de sus operadores.

La eficacia y racionalidad de éste tipo de normas, dependerá de la debida tipificación de los supuestos de ilicitud y de la implementación de eficientes herramientas procesales que permitan, por un lado, activar el cese inmediato de las acciones ilícitas y la reparación de los daños causados por costos sociales o individuales que se ocasionen; y, por otro lado, la intervención administrativa punitiva y penal de refuerzo debidamente reglada para lograr la inhibición de conductas abusivas en el ejercicio de éstos derechos.

## 1. DIFERENTES CATEGORÍAS CONCEPTUALES

En coherencia con lo expuesto, se realizará un acercamiento breve a las categorías conceptuales: Análisis Económico del Derecho; Derecho Económico y Derecho de Corrección Económica, las que, como veremos, si bien tienen en común las palabras derecho y economía, abarcan temas y objetos diferentes.

## 1.1 Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>9</sup>

Puede definirse como el uso de la teoría económica aplicada a las normas e instituciones jurídicas para establecer y analizar su racionalidad y eficiencia. Es “la aplicación de herramientas de teoría económica, en especial de microeconomía para examinar la formación, estructura, procesos y el impacto económico de la ley y sus instituciones legales”.<sup>10</sup> Por tanto, no es una disciplina del derecho como de primera vista se puede pensar.

Cabanella de las Cuevas, en su obra *Derecho de la Competencia Tomo I*,<sup>11</sup> manifiesta que el AED:

[...] no puede válidamente establecer metas sociales o establecer la conveniencia o corrección de una conducta. Se limita a exponer las consecuencias de las prácticas jurídicas. Tan sólo una vez que se plantean como datos las metas y valores de una sociedad o de algunos de sus miembros, puede el análisis económico del Derecho determinar si ciertas conductas jurídicas coadyuvan al logro de tales metas o valores, o lo impiden.<sup>12</sup>

El AE es una herramienta de estudio e investigación aplicable a las áreas del derecho y es diferente del derecho económico como una disciplina del derecho. Ha sido abordado por diferentes escuelas, como la de Chicago, la italiana, la francesa, americana, inglesa, española, ale-

9. Rincón, Alexander; *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho Integrados*. Medellín Colombia, 2013, pgs. 81 a 116, señala que el AED, ha sido desarrollado por varias escuelas económicas como la Clásica de Chicago; la de Elección Pública; la Escuela Institucional; la Escuela Neo institucional, entre otras.

10. *Ibid.*

11. Cabanella de las Cuevas Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2005, p. 154.

12. *Ibid.*, p. 154.

mana, brasileña, entre otras,<sup>13</sup> que tienen sus matices especiales, pero todas coinciden en que no es disciplina o interdisciplina de derecho y economía, sino una herramienta de estudio aplicada al derecho.<sup>14</sup>

El léxico jurídico, podríamos decir que el AED tiene como VERBO RECTOR la *eficiencia y racionalidad*, porque analiza la eficacia, eficiencia y racionalidad de todas las normas e instituciones jurídicas, versus los fines que prosiguen, Busca la maximización entre el ilícito, la sanción y la eficiencia sin dejar la equidad.<sup>15</sup>

## 1.2 Derecho Económico (DE)

Es el conjunto de normas que reconocen y legitiman las relaciones patrimoniales en vinculación con el modelo económico. Su objeto es la “ordenación de conductas y funciones”<sup>16</sup> estableciendo un régimen patrimonial de bienes dentro de un determinado modelo económico, social y cultural. Su función fundamental es el reconocimiento y legitimación de los derechos económicos de orden público como privado, entre los que se sitúan la propiedad,<sup>17</sup> la transferencia y el contrato.<sup>18</sup> Su objeto es amplio, “supera el clásico derecho civil y comercial heredado del proceso napoleónico, el que no resultan aptos al momento para regir la vida

13. Ghersi, Carlos, material de cátedra entregado en el curso del doctorado intensivo de derecho de la UBA, en julio de 2014.

14. Eduardo Stordeus (h), *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, ps 1 y 2, señala que AED, es una herramienta de la economía, que antes que ser un desarrollo inter disciplinario, constituye centralmente la teoría de precios aplicada al sistema legal.

15. Gonzalez Nieves, Isabel, *Estudios de Derecho y Economía*. Heliasta Buenos Aires, Argentina 2005, ps 7 y 8.

16. *Ibid.*

17. El derecho de propiedad incluye derechos materiales como inmateriales; derechos de propiedad intelectual y libre empresa.

18. Krause, Martín, E. *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2011, ps. 19 a 21.

social y cultural actual”.<sup>19</sup> En el ámbito ecuatoriano, autores como José Vicente Troya, manifiestan que el “talón de Aquiles”<sup>20</sup> de esta disciplina es su amplitud, pues abarca temas muy amplios y diversos, como lo Financiero, Laboral, Societario, Fiscal, Bancario, Ambiental, Comercio Exterior, entre otros. Sin embargo de lo señalado, existe coincidencia en que es una disciplina del derecho y, en su diferencia con el AED.

### 1.3 Derecho de corrección económica (DCE)

A diferencia del Derecho Económico, son solo ciertas normas jurídicas o disciplinas del derecho que determinan “la corrección de conductas”<sup>21</sup> poniendo límites a las actividades y actuaciones de operadores económicos en el tráfico económico. Su función fundamental no es el reconocimiento de los derechos, sino el establecimiento de límites en su ejercicio, uso y goce. Las normas de corrección económica son herramientas jurídicas que apuntalan un determinado modelo económico, buscando proteger intereses privados de los diversos operadores económicos (competidos y consumidores), pero también y fundamentalmente el sistema competitivo, que es de orden público. Entre ellas se ubican el derecho de la competencia, la competencia desleal y el derecho del consumidor.

En conclusión, estas tres categorías conceptuales vinculan los términos economía y derecho, pero técnicamente tienen objetos y ámbitos materiales diferentes que pueden graficarse de la siguiente manera:

---

19. *Ibid.*

20. Troya, José Vicente y otros, Estudios de Derecho Económico, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito Ecuador, 1998, p 18.

21. El Término “corrección de una conducta” tomo de la obra de Guillermo Cabanella de las Cuevas, Derecho Antimonopólico... ob. cit, p. 154, cuando referir el análisis económico de la defensa de la competencia, pero dándole el contenido y contextualización apropiada al desarrollo de una categoría conceptual específica que he identificado bajo el nombre de derecho de corrección económica.

Categoría conceptual	Verbo rector	Objeto
AED	EFICIENCIA/ RACIONALIDAD	Herramienta económica aplicada al derechos y sus instituciones
DE	RECONOCIMIENTO/ LEGITIMACIÓN	Disciplina del derecho. Reconoce y legitima derechos económicos y patrimoniales tanto públicos como privados (propiedad, contratos, transferencias) acorde a un modelo económico determinado.
DCE	CORRECCIÓN	Nueva disciplina del derecho, fortalecida con la aparición de los Estados modernos a partir de la 2da Guerra Mundial. Pone límites al uso, goce y ejercicio de derechos económicos (propiedad, libre empresa, libre competencia, consumidor), buscando el mantenimiento del sistema y protección de intereses diversos de operadores económicos.

### Dísticos:

1. *Análisis Económico del Derecho*
2. Herramienta científica que relaciona el derecho y la economía: permite analizar si en cada institución se cumplen las finalidades de la economía y el derecho
3. Circulación de bienes y servicios en la sociedad
4. Fenómeno de la contratación
5. Fenómeno de la reparación
6. *Derecho Económico*
7. Regulación de la actividad económica
  - privada
  - pública
8. Plan y lineamientos de política pública



9. Derecho económico público: ley de entidades financieras. Registro de exportaciones e importaciones. Tendencia a regionalizarse (Mercosur Naft, CEE) y globalizarse.
10. Derecho Económico privado: Regulación del Código Civil del concepto de domicilio y desmembraciones, etcétera.
11. *Derecho de Corrección Económica*
12. Corrección de conductas de operadores económicos en el mercado.
13. Pone límites al ejercicio, uso y goce de derechos económicos: propiedad, libre empresa, libre contratación, libre competencia y consumidor.
14. Busca protección de intereses diversos
15. *Públicos*: Mantenimiento
16. Sistema Económico
17. *Privados*: Intereses diversos de operadores económicos
18. Corrige e controla mercado, mediante intervención estatal especialmente a través de leyes tales como:
19. *Defensa de la competencia*
20. *Competencia desleal*
21. *Consumidor*
22. Planes e lineamientos de políticas públicas de control y de incentivo. (Por vía de incentivo, hace corrección, a través de leyes como economía popular y solidaria [modelo social y solidario].)

## 2. DERECHO DE CORRECCIÓN ECONÓMICA Y ABUSO DEL DERECHO

Los derechos constitucionales económicos de propiedad privada, libre contratación o libre empresa son, por su naturaleza, derechos relativos, no absolutos. Su ejercicio, uso y goce están sujetos al cumpli-

miento de funciones y límites legales. Su ejercicio no puede ser abusivo ni, al colisionar con otros derechos, puede causar daño grave, desproporcionado, anormal ni excesivo.<sup>22</sup>

A su vez, el abuso del derecho es la situación dañosa causada por el ejercicio disfuncional de un derecho sea por el ejercicio excesivo o contrario a los límites normales impuestos por principios como la buena fe, la moral y las buenas costumbres o porque dicho ejercicio contraría el espíritu o la finalidad de la ley, causando daño,<sup>23</sup> y por ello no puede ser protegido por un sistema jurídico ni amparado por ley.<sup>24</sup>

La teoría del abuso de derecho<sup>25</sup> se nace como tal “en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídicos-culturales del Código de Napoleón, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos, de manera particular el de propiedad...”.<sup>26</sup> Su desarrollo en el mundo contemporáneo se consolida cuando se asume un “cambio en el método de interpretación de los textos legales, se alejaron de la exégesis y acogieron una interpretación basada en principios, finalidades y valores...”.<sup>27</sup>

22. Cobas Manuel y otros, Derecho Civil Parte General. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2007, p. 146 y 147.

23. *Ibid*, p. 148.

24. *Ibid*, p. 147 y 150.

25. Josserand Luis, Del abuso del derecho y otros ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 5 citado por Rengifo García, Ernesto en Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009, ps. 39 y 40. Según Josserand, las nociones del abuso del derecho, está presente ya en textos del romano Gayo.

26. *Ibid*, p. 45. Rengifo García, manifiesta: “Por formalismo legal se debe entender la pretensión decimonónica de que la ley contiene todas las soluciones posibles a los problemas que originan en la vida práctica, o mejor, en el ámbito de las relaciones privadas, y, en consecuencia, se hace innecesaria la ponderación racional del juez. De este modo que su labor consistiría sólo en subsumir un caso propio de la vida privada dentro de la solución normativa previamente fijada por el legislador.” Cita que la primera sentencia francesa data de mayo de 1855, dictada por la Corte de Colmar y la de Compiègne de 1913, como relevantes en el proceso de construcción del abuso del derecho, siguiendo la referencia de Atienza que lo acoge.

27. *Ibid*, p. 29.

El abuso del derecho, si bien nace del derecho civil, ha llegado a otras áreas del derecho como al de corrección económica,<sup>28</sup> con figuras como el *abuso de posición dominante*, en el derecho de la competencia;<sup>29</sup> las cláusulas abusivas en la defensa del consumidor con prohibición de y la prohibición de deslealtad y abuso de otros operadores económicos en la competencia desleal.

La prohibición general de no abusar del derecho tiene aplicación contra cualquier operados económico, que, estado dentro de la permisión legal, es decir sobre la prohibición, se sobrepasa en el ejercicio del derecho protegido y esta actuación conlleve al riesgo de causar afectación, daño o aprovechamiento indebido de otros agentes económicos o de la competitividad.<sup>30</sup>

En este ámbito, los ordenamientos jurídicos pretenden no sólo el reconocimiento de los derechos económicos, sino la corrección del tráfico económico, a través de diferentes normas de carácter prohibitivo de abuso, que son complementarias unas a otras. Este conjunto de normas debe entenderse como *una unidad funcional*, respetando sus obvias diferencias en la protección de los bienes jurídicos tutelares y su activación.<sup>31</sup>

28. *Ibid*, p. 29, La figura del abuso del derecho, es una creación de nuestro derecho civil, “que ha trascendido ésta área para encontrar también aplicación en otras disciplinas normativas como el derecho comercial, el derecho administrativo, el derecho de la competencia económica, e incluso ha llegado en su discusión e incorporación al terreno de los derechos fundamentales”.

29. En el ámbito del derecho de la competencia la activación jurídica, a diferencia del derecho civil, se da no solo frente al daño injustamente causado por un operador abusivo, sino antes el riesgo o posibilidad del daño.

30. Ver Velandia, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá, Externado de Colombia, 2008, p. 299 y 300. Criterio que recoge la tradición doctrinaria de activación preventiva en ésta área con la que comparto.

31. Ver Viera González, Vicente, Vicente Mambrilla Rivera y otros. Distribución comercial y derecho de la competencia. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

## 2.1 Defensa de la Competencia en la Legislación Ecuatoriana

La Defensa de la Competencia es Regulada internamente en Ecuador por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, “LORCPM”, y a nivel comunitario por las Decisiones 608 y 616 de la CAN.<sup>32</sup>

La Decisión 608 regula el abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. No regula las concentraciones económicas, ni las ayudas públicas. La Decisión 616 determinó “*Entrada en vigencia de la decisión 608 para la República del Ecuador*”. Mediante Decreto Ejecutivo 1614 publicado en el Registro Oficial Número 558 del 27 de marzo de 2009, Ecuador, constituyó el primer instrumento normativo interno que permitió aplicar procesalmente las normas sustantivas de la Decisión 608.

Con la LORCPM, se dictaron las normas ecuatorianas de regulación y control del poder de mercado, reformándose además en forma errada la normativa interna de competencia desleal, afectando la autonomía de ésta última, sin considerar sus diferencias con la defensa de la competencia, confundiendo la naturaleza jurídica, los bienes jurídicos tutelares y las acciones propias de una u otra institución jurídica.

Los tipos de ilicitud anticompetitiva reguladas en la LORPM son:

1. Concentraciones Económicas;
2. Abuso de Posición de Dominio;
3. Prácticas Colusorias Prohibidas; y
4. Ayudas Públicas.

---

<sup>32</sup>. La Decisión 608, fue dictada el 29 de marzo de 2005. Contiene las normas específicas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

### 2.1.1 Concentraciones económicas y el poder de mercado

Ecuador, siguiendo la línea del derecho europeo, no sanciona per sé las concentraciones económicas, sino tanto en cuanto éstas pueden limitar, distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y produzca o pueda producir efectos estructurales, mediante la modificación de la identidad de los propietarios de las empresas que operan en un determinado sector, el número de estas o la independencia de sus respectivas administraciones, entre otros.

La LORCPM entiende por operaciones de concentración económica:

[...] al cambio toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) la fusión entre empresas u operadores económicos; b) la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante; c) la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma; d) la vinculación mediante administración común; e) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico (art. 14).

Se las restringe y sanciona cuando éstas puedan limitar, distorsionar o afectar la libre competencia.

Las concentraciones económicas pueden darse mediante operaciones en sección horizontal o vertical. Están sujetas al control y regulación, incluso luego de su aprobación por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (art. 15). Deben cumplir el requisito de notificación (art. 16) cuando el volumen de negocios supere los márgenes determinados por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, o cuando se realice una concentración horizontal que incremente la cuota del nuevo operador en forma superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio. La notificación de concentraciones es voluntaria cuando no existen éstos supuestos de obligatoriedad.

La calificación de concentraciones en la LORCPM sigue el criterio de calificación previa, la que no debe entenderse como impedimento para que la Superintendencia del Control del Poder de Mercado pueda intervenir al operador económico en cualquier momento, incluso una vez operada la concentración, cuando sus actuaciones limiten, distorsionen o afecten al sistema competitivo.

Presentada la solicitud de concentración, la Autoridad de Competencia deberá calificarla o negarla en forma motivada dentro de un plazo no mayor de 60 días calendario. Caso contrario, la operación se tendrá por autorizada tácitamente (art. 21 de la LORCPM) por silencio administrativo positivo.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, correctivas o de cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las

sanciones que que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

Los actos de calificación o negación de concentración emitidos por la Autoridad de Competencia pueden impugnarse en instancia contenciosa administrativa, conforme el artículo 24 de la LORCPM.

### 2.1.2 Del abuso del derecho al abuso del poder de mercado

Las características del abuso del derecho llegan al derecho de competencia, específicamente al abuso del poder de mercado, por sus aplicaciones concretas, derivadas de su condición de principio general del derecho, *que se expande en las mismas condiciones que otros principios como la buena fe, la apariencia, la simulación, el fraude a ley, la responsabilidad civil, la imprevisión, el móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto, entre otros*;<sup>33</sup> adquiriendo un *valor integrador*<sup>34</sup> del ordenamiento jurídico, corrigiendo la disfuncionalidad en el ejercicio del derecho (teoría funcional y del uso normal),<sup>35</sup> y sirviendo de elemento interpretativo, delimitador y productor<sup>36</sup> de alta importancia en el tráfico económico y en el ejercicio, uso y goce de los derechos.

Para Josserand, “cada derecho tiene un espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso de su derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”.<sup>37</sup> Esta posición, a pesar de las críticas de varios juristas, como Planiol,<sup>38</sup> Mazued y An-

33. Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. Cit., ps. 31 a 37.

34. Hinojosa, citado por Rengifo García, Ernesto, Del Abuso del... ob. cit. p. 33.

35. *Ibid*, p. 43.

36. *Ibid*, p. 33.

37. Josserand, citado por Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, p. 47.

38. Rengifo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, ps. 47 y 49. Según el autor, Planiol, refutó esta teoría, señalando que el derecho cesa, cuando el abuso comienza; y que puede haber abuso en la conducta humana, pero no en cuanto ejercen su derecho sino cuando lo rebasan.

dré,<sup>39</sup> entre otros, en el mundo jurídico contemporáneo, es reconocido cada vez más como una institución jurídica propia, como un elemento de interpretación vital frente a la aplicación mecánica, disfuncional y abusiva del derecho, basada en el principio general de no abusar y respetar al otro, tanto que se ha incorporado dentro de diversas legislaciones latinoamericanas como la argentina, colombiana, peruana y ecuatoriana, entre otras.

Para Atienza, el abuso del derecho es un “ilícito atípico”, como lo son el fraude a la ley y la desviación del poder, que dan lugar a principios interpretativos dirigidos a los operadores como al juez para que resuelva de manera que se eviten, en lo posible, las launas axiológicas que estas figuras tratan de remediar. Es, para este autor, un mecanismo de salvaguarda de la coherencia valorativa de las decisiones judiciales.<sup>40</sup>

El abuso del derecho conlleva a una responsabilidad frente a terceros y a la consiguiente reparación de los daños causados por actos que tengan la intención de dañar (dolo civil) o que sean derivados de la simple negligencia (cuasidelito civil).

La teoría abuso del derecho consta incorporada en la legislación ecuatoriana, en los artículos 26 y 130, numeral 13, del Código Orgánico de la Función Judicial, como en el artículo innumerado posterior al 36 del Código Civil. Su aplicación como principio general del derecho propio trascienden transversalmente todo el sistema jurídico y puede ser alegada frente a actuaciones de abuso en el ejercicio de acciones judiciales, frente a cláusulas contractuales lesivas y abusivas

---

39. *Ibid*, p. 48. Para Manued y André, el abuso del derecho, no es una fuente de responsabilidad distinta a la culpa y por tanto a éste no se aplica el abuso como principio general sino el de responsabilidad. El abuso puede consistir en la intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual, y si resulta de una simple imprudencia o negligencia, estamos frente a la culpa cuasidelictual.

40. *Ibid*, p. 59 a 60.



en el derecho del consumo, en el derecho comercial, en el régimen de la competencia desleal, las prácticas restrictivas de la competencia, en los contratos de sociedad, en las cláusulas compromisorias y de adhesión.<sup>41</sup> Su función correctora e integradora permite moralizar y regular la actividad empresarial y contractual de la más variada índole, como el ejercicio ilegítimo de derechos subjetivos y adjetivos.<sup>42</sup>

Renginfo García señala:

[...] el abuso de posición dominante es una variable o modalidad del clásico abuso del derecho y es específicamente un abuso del derecho de libre empresa, del derecho de competir en el mercado o, en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio. En otras palabras, el prius histórico, lógico y conceptual de la figura de posición de dominante es el abuso del derecho, a tal punto que se ha señalado que aquella en últimas resulta una moderna vestidura lingüística aplicada en el área del derecho de la competencia.<sup>43</sup>

Una vez identificada la vinculación del clásico abuso del derecho frente al abuso de posición dominante, veremos que este ilícito anticompetitivo, tanto en la normativa comunitaria como ecuatoriana, no sancionan la posición de dominio “per se”, sino *el abuso de esa posición*.

Para la determinación de la existencia de éste ilícito es requisito indispensable establecer en forma previa si el agente económico in-

41. Renginfo García, Ernesto, Del abuso del... ob. cit, caps. II al IV. Analiza las diferentes exteriorizaciones del abuso del derecho, en diversas instituciones del derecho, evidenciando la trascendencia de ésta teoría en el mundo actual.

42. Ver Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una aproximación a las cláusulas abusivas, Colección Precedentes Jurisprudenciales, Universidad de Rosario, Legis, Bogotá, Colombia, 2013. Esta obra analiza, los principios fundamentales en materia de cláusulas abusivas; su concepto; características; e identificación en el derecho comercial, del consumo y civil, así como sus efectos.

43. *Ibid*, p. 369.

vestigado o denunciado tiene dominancia en el mercado relevante y si sobre la base de este poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a “la eficiencia económica o al bienestar general” (art. 9, LORCPM).

El artículo 5 de la LORCPM establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará en cada caso el mercado relevante, teniendo como base al menos el mercado de productos o servicios, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participen en dicho mercado. Refiere la calidad de equiparables de los competidores considerando la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

El volumen de negocios (art. 6 de la LORCPM) se establece en base a la cuantía resultante de las ventas de productos o servicios de uno o más operadores económicos, durante el último ejercicio económico que corresponda a las actividades ordinarias, previa deducción del impuesto al valor agregado y otros al consumidor final directamente relacionados con el negocio.

El estudio del mercado relevante determinará el porcentaje de participación en la sección de mercado donde opera el agente económico y si tiene o no dominancia. Sólo una vez que se demuestre el supuesto de posición relevante, que por sí no atenta contra la competencia, para que se configure el ilícito de abuso de poder de mercado, deberá además probarse el acto abusivo e ilícito.

El abuso de posición de dominio se estructura en dos partes. La primera detalla en forma ejemplificativa la exteriorización de los actos de abuso de posición de dominio; y la segunda contiene una cláusula general prohibitiva de no abusar — que, como hemos visto, tiene si exégesis en el clásico abuso de derecho —, prohibiendo cualquier

manifestación o exteriorización de explotación y abuso, incluyéndose todas aquellas conductas que pueden ser consideradas como restrictivas, monopólicas o en definitiva prohibidas. La enumeración de las exteriorizaciones de abuso, tanto en la Decisión 608 (art. 8), como en la LORCPM (art. 9), son ejemplificadas y no excluyentes de otras conductas prohibidas. Constituyen una figura amplia, que garantiza la prohibición de cualquier práctica de abuso de posición de dominio en el mercado, inclusive aquellas que constituyen abuso del derecho, fraude a la ley y/o utilización de medios judiciales.<sup>44</sup> El abuso de posición de dominio, en cualquier forma o exteriorización está prohibido.

Se activa la acción en vía administrativa cuando ésta pueda afectar, restringir o dañar la libre concurrencia, por denuncia o por investigación iniciada de oficio. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede establecer medidas preventivas como el cese de la conducta (artículo 62), archivar la denuncia o sancionar al operador que abusa de su poder de mercado. Los recursos en sede administrativas son el de reposición (art. 66), apelación (art. 67) y revisión (art. 68). Las resoluciones administrativas pueden ser impugnadas mediante acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción o subjetivo según el art. 69 de la LORCPM.

Debe aclararse que el procedimiento y la sanción que impone la Superintendencia de Control del Poder de Mercado son de carácter administrativo punitivo, y por ésta vía se puede solicitar las medidas

---

44. Alvear, Patricia y Gómez de la Torre, Blanca, *Derecho de Corrección...* ob. cit. ps. 44 a 49. Ver Resolución MIPRO-001.2011, publicada en Edición Especial del Registro Oficial Nro. 199 del 13 de Octubre de 2011, pág. 30. Refiere que la Secretaría General A.I. de la CAN, sobre la amplitud de la cláusula general prohibitiva contenida en el referido artículo 8, confirmó que está incluía los casos de “abuso de derecho”; “fraude a la ley” y/o “utilización de medios judiciales” que constituyan una posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado de bienes o servicios, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, estarán en el ámbito de acción de la Decisión 608.

preventivas de cese, pero no las de reparación de acción de daños y perjuicios a la que tiene derecho el operador abusado, ni la acción penal, conforme lo señalan los artículos 71 y 72 de la LORCPM.

En el caso señalado en el artículo 71. La prescripción de acción civil está fijada en 5 años contados desde la emisión de la resolución sancionatoria emitida por la Superintendencia. Sin embargo, nada refiere sobre la independencia de éstas acciones y el derecho de los particulares de ejercer por cuerda separada las acciones civiles que se deriven por las acciones anticompetitivas, como si hace al tratar, por ejemplo, la competencia desleal a partir del artículo 25 de la LORCPM.

Respecto de las acciones privadas derivadas de las acciones anticompetitivas, Indrid, Ortiz Barreto<sup>45</sup> analiza los diferentes efectos civiles que por ellas se derivan y establece que los mismos dependen del modelo jurídico que regula la competencia, abogando por la concurrencia de los sistemas procesales el privado y el público,<sup>46</sup> basándose en la interrelación de las acciones judiciales (que facilite las acciones de los particulares y la reparación de daño)<sup>47</sup> y las administrativas de las autoridades de competencia (de cese y sanción), que permita la defensa del derecho privado y del público, en forma equilibrada y paralela.

Señala que el *private enforcement*<sup>48</sup> prioriza la intervención judicial que tiene por “objetivo principal el conseguir una oportuna y adecuada protección de los intereses de los particulares que han sido afectados personal y patrimonialmente por la conducta colusoria o

---

45. Ortiz Baquero, Ingrid, La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Monografía Nro. 5, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2011, ps. 52 a 64.

46. *Ibid*, p. 58.

47. *Ibid*, p. 62.

48. *Ibid*, p. 55.

abusiva, buscando la reparación del daño en forma primera”,<sup>49</sup> para luego pasar al análisis del sistema de protección pública, que, en vía administrativa y punitiva, por sí sola, descuidando la acción oportuna de protección a los particulares que se lo hace en forma subsidiaria.

La reflexión de la tratadista española nos obliga a reparar en la independencia de las acciones civiles como efectos privados derivados de actos anticompetitivos y en su diferencia con las acciones administrativas y las penales, las que no son excluyentes unas de otras.

### 2.1.3 La LOCPM y el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica frente a la dependencia económica como deslealtad

La LORCPM trata el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica como una modalidad del abuso de poder de mercado. Consiste en la explotación abusiva de un operador económico que, en el lado de la oferta o de la demanda, es abusado por otro que tenga poder y relevancia en el mercado, al punto tal que su poder comercial frente al sujeto pasivo del ilícito pueda incidir en la toma de decisiones comerciales del sujeto pasivo del abuso, con el consiguiente costo individual y social, que ésta ilicitud acarrea.

Según el artículo 10 de la LORCPM, este tipo de abuso opera por:

- *Ruptura* de una relación comercial, aunque sea parcial, sin que haya existido preaviso con cuando menos 30 días, salvo incumplimientos graves de las condiciones pactadas o por fuerza mayor.
- *Amenazas* de ruptura de las relaciones comerciales; afectación de precios, condiciones de pago, modalidades de venta,

49. *Ibid*, p. 54 y 55.

pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial.

- *Uso del poder de mercado* para mantener la posición de dependencia económica que genere ventajas adicionales que no se obtendrían o concederían a compradores o proveedores similares.
- *Imposición directa o indirecta de precios* u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

La regulación sobre situación de dependencia económica limita el radio de protección y los criterios delimitares de este ilícito solo a actuaciones abusivas que sean realizadas por operadores con poder de mercado. En cambio, cuando éste ilícito se tipifica como un supuesto de deslealtad, se amplía la protección a más número de operadores económicos abusados, como el margen de inhibición de éstas conductas abusivas y desleales.

En este sentido, la legislación española, en 1996,<sup>50</sup> incluyó a la “situación de dependencia económica como un supuesto de competencia desleal, regulándola como “la explotación de una situación de dependencia económica proyectada sobre las pequeñas y grandes empresas y, en especial, en relaciones comerciales de éstas”.<sup>51</sup> Posteriormente, mediante reforma de 1999, esta primera definición, que se reducía solo a “las empresas clientes de un operador económico... por la alarmante y progresiva generalización de este tipo de prácticas en las relaciones entre proveedores y distribuidores, y siguiendo el modelo francés”,<sup>52</sup> se ligó al supuesto de “discriminación al consumidor”.<sup>53</sup>

50. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

51. Massaguer Fuentes, J., Comentarios... citado en Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

52. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

53. *Ibid*, p. 649.

Con esta puntualización, vemos que la situación de dependencia económica en las relaciones comerciales no puede sancionarse como acto anticompetitivo, sino puede y debe ser sancionada como ilicitud de deslealtad, cuando ésta es abusiva y pueda afectar o afecte a uno o varios operadores económicos,<sup>54</sup> con el consiguiente coste individual y social que pudiere acarrear.

Según Massaguer, citado por Barona, *éste ilícito como deslealtad* puede darse de cuatro formas:

a) dependencia debida a la selección de productos o servicios; b) dependencia debida a la organización empresarial; c) dependencia debida a una situación de escasez, que se daría cuando una empresa cliente necesita de los suministros de un fabricante; y d) dependencia debida al poder relativo de la demanda.<sup>55</sup>

Sea cual fuere su exteriorización, se reputa ilícita cuando produce una explotación de la situación de dependencia económica que pueda generar o genere un beneficio al explotador y un perjuicio al explotado.

Los presupuestos materiales de esta conducta en el supuesto de deslealtad son objetivos y subjetivos. Los segundos son el sujeto pasivo y el activo del ilícito, mientras que los primeros son: “la acción de explotación, la situación de dependencia económica y la situación de superioridad económica en el mercado”.<sup>56</sup>

Respecto de la *situación de superioridad económica*, debe entenderse como el poder que tenga el agente activo del ilícito, al punto tal que pueda generar dependencia económica sobre otro operador. Sin embargo, debe precisarse que el ilícito de deslealtad en general no se sanciona en función del poder del mercado del agente activo del

<sup>54</sup>. Cabe señalar en este punto, que el derecho de competencia desleal, como el de competencia, a diferencia del derecho civil, se activa incluso en forma preventiva, es decir, frente al riesgo o peligro del daño.

<sup>55</sup>. *Ibid.* p. 661.

<sup>56</sup>. Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. ps. 661 a 666.

ilícito, ni de la afectación económica que la deslealtad pueda traer o traiga al sistema estructural del mercado, sino por la deshonestidad y abuso mismo del acto desleal, sin importar la magnitud económica que este acto tenga a nivel estructural del sistema.

La superioridad de dependencia económica, en este contexto, debe establecerse en relación al universo del sujeto pasivo del ilícito de deslealtad, no frente al sujeto activo del abuso, ni a su volumen en el mercado, pues lo que es vital y altos volúmenes de compra o venta para el primero, no necesariamente lo es para el segundo. El sentido de la deslealtad es sancionar todos los actos desleales de comercio, sin importar su incidencia, esto es, aquellos actos que, para la libre competencia, no tienen significancia económica a nivel estructural. No hacerlo es incurrir en el error de confundir la naturaleza misma de la protección de la competencia desleal y la defensa de la competencia.

El bien jurídico a tutelar, a través de la situación de dependencia económica como supuesto de lealtad, es la protección particular de los operadores económicos más débiles, abusados comercialmente “o de menor protección frente a determinadas empresas”,<sup>57</sup> que, por su situación de poder frente al abusado, pueden exigir comportamientos o condiciones que, bajo reglas de lealtad o en el libre mercado, no serían ofrecidas”.<sup>58</sup>

En conclusión, el abuso de dependencia económica erradamente en Ecuador se regula como ilícito anticompetitivo y no como supuesto de deslealtad. Esta imprecisión normativa limita los supuestos de este ilícito solo a aquellos actos de abuso de dependencia económica cometidos por grandes operadores económicos, excluyendo del supuesto de ilegalidad aquellos actos de dependencia económica cometido por operadores económicos que, sin tener relevancia en el mercado, incurrir en esta conducta desleal en perjuicio de terceros.

---

57. *Ibid.* p. 655.

58. *Ibid.* p. 655.



### 2.1.4 Acuerdos y prácticas restrictivas

Los acuerdos o prácticas restrictivas están regulados en el artículo 7 de la Decisión 608 y la sección tercera de la LORCPM. Éste ilícito tiene supuestos de exteriorización ejemplificativos y una cláusula general prohibitiva que prohíbe realizar prácticas o acuerdos expresos o tácitos entre operadores económicos en sección horizontal o vertical que tengan el propósito o efecto, esto es, que pueden o lleguen a distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y la libre competencia.

En materia competencial, los acuerdos se consideran en sentido amplio y no restringido.<sup>59</sup> Incluyen todas aquellas actuaciones de operadores económicos que pueden distorsionar o afectar la eficiencia estructural del mercado, a los operadores económicos, especialmente a los consumidores, ya sea mediante actuaciones dadas entre operadores privados o entre éstos y el sector público.

La amplitud de la cláusula prohibitiva contra las prácticas restrictivas es una de sus características, como lo es la activación preventiva que caracteriza al derecho de la competencia. Por ello, la Autoridad de Competencia puede sancionar ilícitos, incluso ante el riesgo o posibilidad del daño efectivo a la estructura del mercado, el interés general u el derecho especialmente de los consumidores, superando así el criterio de daño causado según el derecho civil.

Los acuerdos y prácticas restrictivas realizadas tanto en sección horizontal como vertical por principio general pueden ser sancionadas, aplicando en el primer caso la regla per sé y, en el segundo, la regla de la razón. Sin embargo, esta prohibición admite excepciones cuando los acuerdos contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico sin que sea necesaria autorización pre-

---

<sup>59</sup> Resolución Nro. MIPRO-002-2011, proceso de investigación nº. SCC-DC-0013-201.

via, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones señaladas en el artículo 12 de la LORCPM, que son: a) permitir participar a los consumidores y usuarios en forma equitativa de sus ventajas; b) no imponer restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) no posibilite eliminar la competencia respecto de una parte de los productos o servicios contemplados.

Las actuaciones administrativas emitidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pueden ser impugnadas por medio de recursos administrativos horizontales y verticales, conforme la LORCPM y judiciales ante los jueces contenciosos administrativos. Las acciones civiles y penales derivadas de éstos ilícitos corresponden tramitarse por cuerda separada.

La LORCPM no suspende la vigencia y los efectos de la Decisión 608, por lo que la aplicación del derecho comunitario en los casos de abuso del poder de mercado como en el de acuerdos y prácticas restrictivas, además deberán, en instancia judicial, someterse a la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, que tienen aplicación directa por parte de los jueces nacionales.

### 2.1.5 Acción del estado y ayudas públicas

La acción pública en Ecuador, por principio general, es lícita incluso en los casos de establecimiento de restricciones a la competencia fijadas por razones de interés social y público, o cuando se establecen en beneficio de los consumidores. Es procedente la acción pública establecida en pro del desarrollo de sectores y proyectos estratégicos, la prestación de servicios públicos, el desarrollo tecnológico u industrial de la economía nacional e las acciones afirmativas en favor de la economía popular y solidaria.

Se declaran legítimas las ayudas públicas destinadas a personas o grupos de atención prioritaria, las que, de acuerdo a la ley, requieren de

acciones afirmativas, las que permiten la reparación de daños ocasionados por fenómenos naturales o de carácter excepcional, cuando compensen desventajas económicas de las regiones del país, cuando el caso así lo amerite o cuando exista grave situación de desempleo o subempleo; la soberanía alimentaria y el apoyo a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria o de economía popular y solidaria (arts. 28 y 29).

Esta disposición evidencia que la corrección económica se da por el ajuste de conductas abusivas, como por la vía del incentivo y establecimiento de acciones afirmativas como las constituidas en pro de los emprendimientos y unidades de producción de la economía popular y solidaria.

Por lo expuesto, la ayuda pública es considerada como excepción ilegítima solo cuando esta no esté contemplada en los supuestos de los artículos 28 y 29 de la LORCPM, que, a más, pueden afectar la eficiencia en el mercado o perjudicar a los consumidores injustificadamente y que no tengan relación con la implementación de políticas públicas y el interés general o el modelo económico constitucionalmente definido.

Por tanto, las ayudas serían ilícitas solo cuando las mismas no responden a la necesidad territorial y estatal de desarrollar y proteger a determinado sector y cuando desvirtúan la competencia de sus pares en el mercado al beneficiar a ciertos operadores destinatarios de las ayudas frente al resto de sus competidores y sin la debida motivación y justificación.

### 2.1.6 Bienes jurídicos tutelares del derecho de competencia

El derecho de competencia ecuatoriano sigue el modelo de intereses públicos,<sup>60</sup> tutela fundamentalmente el sistema competitivo, que es

60. Ortiz, Blanco Ingrid, “La aplicación privada del derecho de competencia”, Editorial la Ley, Madrid, España, 2011. p. 51 y 52.

de orden público y preponderantemente el interés general de los consumidores. Su activación procede sólo cuando la actuación de los operadores económicos puede afectar, distorsionar o impedir la libre competencia, quedando fuera de su competencia aquellos actos que, aunque presenten las mismas exteriorizaciones, no llegan a afectar o afecten la eficiencia económica.

### 2.1.7 La aplicación privada del derecho de la competencia en Ecuador

Los ilícitos anticompetitivos pueden derivar en tres tipos de acciones:

- a) *administrativas*, ventilados ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, impugnables en jurisdicción contenciosa. Esta acción es evidentemente punitiva y correctiva. Dentro de la acción administrativa se encuentran los compromisos de cese establecidos en el capítulo VII a partir de los artículos 89 al 93 de la LORCPM;
- b) *civiles*, tramitados ante los jueces ordinarios, quienes deben conocer sobre la reparación de los derechos de los particulares afectados por actos anticompetitivos, como los daños y perjuicios ocasionados a los operadores económicos afectados por el ilícito de competencia en los términos del artículo 71 de la LORCPM; y
- c) *penales*, cuando los supuestos anticompetitivos pueden constituir supuestos de ilícitos penales y deben ser remitidos a la Fiscalía, conforme lo establece al artículo 72 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

De las tres, la aplicación privada del derecho de competencia se mide en relación a los efectos civiles devenidos por el cometimiento de las infracciones anticompetitivas, especialmente las de nulidad contrac-

tual y las de responsabilidad civil,<sup>61</sup> los que, dependiendo del sistema jurídico de regulación de actos competitivos, norma el derecho subjetivo y el adjetivo que fija el ejercicio de las acciones privadas por la infracción de las normas de competencia.<sup>62</sup>

Ingrid S. Ortiz Baquero señala que existen dos sistemas de regulación de defensa de la competencia. El primero, el *private enforcement*,<sup>63</sup> que prioriza la protección de los derechos de los particulares afectados por los actos anticompetitivos, mediante acciones judiciales, siendo las acciones administrativas de último ratio. En el segundo, el *modelo público*,<sup>64</sup> se atiende fundamentalmente “ a la protección

61. *Ibid*, p. 40.

62. *Ibid*, ps, 38 y 39. La autora señala “las diferencias trazadas entre el \*modelo público\* y el sistema del *private enforcement* responden a diversos criterios, entre otros, la naturaleza jurídica de la autoridad que tienen competencias para aplicar dicha normativa, los intereses que con carácter prioritario atienden dichas autoridades, las finalidades con las que ellas desarrollan sus funciones y, desde luego, los procedimientos y las potestades de las que disponen. Así, en efecto, desde una perspectiva estrictamente teórica” establece varias diferencias entre los dos sistemas.

63. *Ibid*, p. 40. El *private enforcement*, corresponde al modelo norteamericano, donde “la competencia para la aplicación de las normas antitrust corresponde a los jueces, quienes intervienen motivados por las acciones de los particulares, que invocan la infracción de esta normativa como fundamento de sus pretensiones o excepciones. La finalidad esencial del sistema de *private enforcement* — pero no la única — es la protección de los derechos de los particulares que han resultado afectados por la conducta anticompetitiva, por ello, las declaraciones de los jueces se desenvuelven en el ámbito privado y, concretamente, en la declaración de nulidad absoluta del contrato y/o responsabilidad civil de los infractores”.

64. *Ibid*, ps. 38 y 39. La autora explica, “En el \*modelo público\*, las normas de libre competencia son aplicadas por autoridades administrativas (del orden nacional, local y/o sectorial) o por órganos jurisdiccionales que tienen la condición de autoridades de competencia. El desarrollo de las funciones a cargo de estas autoridades (tales como promover las investigaciones, avalar acuerdos, aprobar compromisos, conocer de las solicitudes de clemencia etc.) es la vía esencial de aplicación de esta normativa. Los fines principales que se persiguen a través de la aplicación pública, son la protección del interés general (protección del orden público económico) y el restablecimiento de las condiciones de libre competencia a favor de los distintos operadores del mercado y, particularmente, de los consumidores. Y por último para cumplir estos fines, las autoridades de competencia pueden imponer sanciones de orden administrativo (prohibición de conductas, imposición de comportamientos y de medidas estructurales y sanciones de carácter pecuniario) y/o

del interés general (protección del orden público económico) y el restablecimiento de las condiciones de libre competencia a favor de los distintos operadores de mercado y, particularmente, de los consumidores”,<sup>65</sup> incluso cuando no exista riesgo de daño o daño causado a otros operadores en cautela del interés general.<sup>66</sup>

Por tanto, “dependiendo del bien jurídico tutelar protegido y del objetivo que se persigue con la aplicación de las normas de libre competencia (protección del interés público o protección de los intereses privados), la doctrina defiende uno u otro modelo”.<sup>67</sup>

Bajo el sistema de *private enforcement*, es un objetivo prioritario la intervención judicial iniciada por petición privada para conseguir una oportuna y adecuada protección de los intereses de los particulares que han sido afectados personal y patrimonialmente por conductas anticompetitivas.<sup>68</sup> En el *modelo público*, la intervención de la Autoridad Administrativa de Competencia se inicia para la determinación del ilícito anticompetitivo en procura de la protección del interés público y del restablecimiento de las condiciones de libre concurrencia, imponiendo sanciones de orden administrativo, pero no de responsabilidad ni de reparación frente a los particulares afectados por esta ilicitud. Lo que acarrea una ineficacia en la implementación de correctivos que miren tanto a la protección de los intereses públicos como a los privados, y a una doble función de inhibición de conductas de ilicitud anticompetencial.

En este contexto, Ortiz Blanco señala que el “desarrollo aislado de uno solo de los dos modelos de aplicación de las normas de

---

de orden penal, si en el ordenamiento jurídico correspondiente el ilícito antitrust constituye a su vez un delito”.

65. *Ibid*, ps. 38 y 39.

66. *Ibid*, ps. 54 a 56.

67. *Ibid*, ps. 54 y 55.

68. *Ibid*, ps. 52 a 54.

competencia dejaría de lado la protección de los intereses cobijados por el otro”<sup>69</sup> y “alteraría las ventajas que pueden obtenerse de la complementariedad de las acciones que desarrollan las distintas autoridades judiciales como administrativas competentes en la materia”,<sup>70</sup> siendo, por tanto, a su criterio, la mejor alternativa desarrollar y fortalecer un sistema mixto, donde convivan las acciones de los jueces con los que son desplegadas por las entidades de competencia.<sup>71</sup>

Por ello, aboga por la implementación del sistema mixto,<sup>72</sup> siguiendo el criterio de la Comunidad Europea, que incorporó recientemente el sistema *private enforcement*,<sup>73</sup> tratando con ello de brindar protección concurrente y oportuna del operador económico afectado por la infracción de normas de competencia mediante diversas acciones de cese, nulidad y reparación en instancia judicial; así como la protección del interés y orden público fundamentalmente, mediante acciones administrativas de las autoridades de competencia.<sup>74</sup>

En este contexto, Ecuador sigue el *modelo público*, priorizando la acción administrativa sancionadora antes que la reparatoria y la protección preponderante de los consumidores, aunque tiene la capacidad del establecimiento del cese o corrección de medidas. El artículo de la LORCPM señala que el operador que haya sufrido daños por la comisión de actos y conductas sancionados por la LORCPM podrá hacerlas valer conforma las normas del derecho civil, reclamando los daños y perjuicios en el plazo de 5 años desde la emisión del acto sancionatorio de competencia.

69. *Ibid*, p. 58.

70. *Ibid*, p. 58.

71. *Ibid*, p. 58 a 64.

72. *Ibid*, ps. 40 y 41.

73. *Ibid*, p. 60.

74. *Ibid*, ps. 58 a 64.

Esta norma, incluso en el modelo público, resulta insuficiente para efectos de entender y canalizar la independencia de las acciones civiles con las administrativas y la aplicación privada en protección de los derechos de los operadores afectados por ilícitos anticompetitivos para la reparación del daño. Su limitada redacción pretende limitar el inicio de la acción civil a la resolución, lo que significaría un retraso innecesario en el ejercicio del derecho de reparación y la protección de intereses privados, volviendo, así, ineficiente y contraproducente la espera; afectando los derechos de los operadores abusados; desmotivando el autocontrol; la autocomposición entre operadores económicos y el mejoramiento en el sistema competitivo ante el riesgo de los costos de reparación oportunos.

Por lo expuesto, debe valorarse la complementariedad de los bienes jurídicos a tutelarse ofrecidos en el sistema mixto. Sin embargo y hasta que esto tenga un feliz y oportuno desarrollo, cabe recordar que, en nuestro sistema de derecho civil, el inicio de las acciones de nulidad contractual y responsabilidad civil no requiere de perjudicialidad. Por ello, la aplicación privada del derecho de competencia, revertido en los efectos civiles derivados de la infracción de este tipo de normas, puede analizarse a la luz de los principios generales del derecho e instituciones jurídicas como el *abuso del derecho*, *la buena fe contractual*, *la responsabilidad civil* y *el derecho de daños*, para que, sin perjuicio de las acciones administrativas que se ventilen y conozcan en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se prosigan las acciones civiles derivadas de los ilícitos anticompetitivos, pues es claro que el incumplimiento de las normas de libre competencia son fuente de sanción administrativa y/o penal, dependiendo del caso, pero también de responsabilidad civil, “en donde quién causa daño debe repararlo”.<sup>75</sup>

---

75. *Ibid*, p. 159.



## 2.2 Regulación contra la competencia desleal

A diferencia de las normas de competencia, la competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla del *minimis*, o si el volumen de ventas podría o no afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está incurso dentro de los criterios delimitadores de deslealtad en los diferentes modelos que lo regulan para que se activen las acciones.

La competencia desleal, en su desarrollo, presenta tres momentos de evolución, que son:

1. modelo del período paleoliberal;
2. modelo profesional o corporativo; y
3. modelo social.

*El primero* aparece en la segunda mitad del siglo XVIII. Responde a necesidades derivadas de la revolución industrial y la ideología liberal decimonómica para proteger derechos de propiedad industrial de los empresarios por el daño efectivamente realizado con dolo o culpa, estableciéndose la culpabilidad para estimar las pretensiones ejercidas frente a la deslealtad.<sup>76</sup>

*El segundo* surge de la revisión del Convenio de París, en la Haya (noviembre de 1925), con una cláusula general prohibitiva contra la deslealtad, fijando como límite de contrariedad la desviación de los “usos en materia comercial e industrial”<sup>77</sup> (usos y costumbres mercan-

76. García Menéndez, Sebastián Alfredo, *Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor*, Lexis Nexis Argentina S.A., I.S.B.N. 987-1187-36-0 Buenos Aires Argentina 2004. Capítulo I, páginas 10 y 11.

77. *Ibid*, ps. 13 a 15.

tiles), medida en función de la violación o no de la buena fe subjetiva. Su protección se finca en los intereses particulares de los competidores afectados o posiblemente afectados por la deslealtad, superando la exigencia de demostración de la “culpa y dolo” del empresario desleal, pues, en este momento, “se concibe que no es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor”.<sup>78</sup>

La acción de cesación o prohibición de la deslealtad se plantea ante el riesgo de afectación de los derechos de los competidor, superando con ello la limitación que supone la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual debido a su “vinculación directa al elemento del daño”, “(es decir, la necesidad de que exista un daño concreto para que pueda activarse la protección legal)”.<sup>79</sup>

El bien jurídico tutelar sigue siendo el derecho privado del competidor o empresario frente al desvío desleal o daño en su clientela. De ésta protección deviene el nombre de modelo profesional o corporativista.<sup>80</sup>

En este modelo, la competencia desleal se regula es escuetamente como un acápite de la propiedad intelectual. Se la confunde como parte de ella y no se establece claramente sus diferencias conceptuales ni la función tutelar diferenciada que tiene.

*El en modelo social*, el criterio delimitador es la buena fe objetiva. Conserva la activación preventiva frente al daño. Desplaza el término empresario por el de operador económico y amplía su protección jurídica a competidores como a consumidores, vinculando

---

78. *Ibid*, ps. 13 a 15.

79. *Ibid*, ps. 13, 15.

80. *Ibid*, p. 14.

su protección al sistema competitivo y la actuación correcta dentro de él. Sanciona todo acto deshonesto de mercado, sin importar su magnitud y afectación económica. Tutela derechos privados y particulares de los operadores del tráfico económico y subyacentemente el interés general de corrección del tráfico económico.

En este momento, la competencia deslealtad tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad; la segunda se activa sólo ante la violación de los derechos de propiedad intelectual; la tercera se acciona sólo frente a la violación de los derechos privados de los consumidores, con una activación directa y pro operaria a favor del consumidor; y la cuarta se finca sólo en los casos de deslealtad agravados,<sup>81</sup> cuyo efecto económico en el mercado relevante supera los umbrales económicos (medidos a través de la regla del *minimis*) y cuando acto concurrencial pueda afectar estructuralmente al modelo económico. Se distancian por su diferente ámbito material, bienes jurídicos tutelares, contenido, alcance y acciones.

---

81. Esta conexión, no significa sumisión de la competencia desleal a las normas de competencia. Significa sólo que cierta clase de actos desleales, serán juzgados desde la égida de la defensa de la competencia, cuando tengan una “especial gravedad” que pueda provocar una perturbación en el mercado por su incidencia económica y afecten su eficiencia, como el interés de los consumidores, que son de orden público. Por excepción, los actos desleales, que per sé protegen intereses privados, caen dentro del campo de la defensa de la competencia, solo cuando: a) El acto pueda ser calificado como desleal; b) El acto dañe de manera sensible el normal desenvolvimiento del mercado; y c) La alteración producida en el mercado afecte gravemente el interés público, la libre competencia y el orden público económico. Ver García Menéndez, Sebastián Alfredo, citado por Alvear, Patricia, en Capítulo II, Competencia Desleal, en la obra: Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, Apuntes para su construcción, Quito Ecuador, 2012.

En el modelo social, los actos<sup>82</sup> os desleales pueden clasificarse considerando dos variables: *el origen del ilícito desleal y los intereses afectados*.<sup>83</sup>

*Por el origen*, pueden dividirse en actos desleales derivados de la violación de los derechos de propiedad intelectual y actos desleales derivados de la violación de otros derechos diferentes a los de propiedad intelectual (esta clasificación no excluye que el acto pueda, a su vez, ser también simple o agravado en función de si afectación.

*Por los intereses afectados*,<sup>84</sup> pueden ser: actos desleales simples y actos desleales agravados.

*Los actos desleales que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual* son sancionados en forma directa por normas de propiedad intelectual. EN este caso, ambas disciplinas (propiedad intelectual y competencia desleal) deben ser aplicadas complementariamente, es decir, activándose primero el derecho de propiedad intelectual sobre el de competencia desleal.<sup>85</sup> Sólo si estos actos pueden afectar la estructura del sistema competitivo y

---

82. *García Menéndez, Sebastián Alfredo, Competencia Desleal,...* ob. cit., ps. 72 y ss. Refiere diversas clasificaciones. Según este autor son superficiales la “Clasificación de Hefermehl”; y la “de Ghidini o de los perfiles funcionales de los actos concurrenciales”. Son incompletos, a su criterio La “Clasificación según los intereses afectados de Emmerich y Menedez, y “la clasificación de Roubier-Ascarelli, aunque de la primera resalta el esfuerzo de sistematización y adecuación a los postulados del Estado social de derecho y del modelo social de la competencia desleal por la agrupación de los actos desleales en función de los intereses afectados ya sea del consumidor, el competidor o el sistema mismo de mercado. García, divide los actos desleales en: actos de desorganización del competidor, actos contra la competencia en el mercado, actos de violación de las reglas generales del mercado, y actos de desorganización del competidor; clasificación que al igual que las dos últimas, en mi opinión, no determinan un criterio fuerte y contundente que los diferencie y delimite claramente en función de su activación jurídica.

83. Alvear, Patricia, Gómez de la Torre, Blanca, *Derecho de Corrección Económica...* ob. cit. p. 97.

84. *Ibid.* p. 97.

85. *García Menéndez, Sebastián Alfredo Competencia Desleal,...* ob. cit. ps. 33 y 34.

los derechos tutelados por la defensa de la competencia, una vez protegido el derecho del particular afectado por la deslealtad, corresponde remitir a la Autoridad de competencia para conocimiento, investigación y sanción del ilícito competencial que podría ser concurrente, pero no excluyente.

*Los actos desleales derivados de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual.* La deslealtad, por la variedad de maneras y formas en las que se presenta, abarca todo comportamiento o práctica incorrecta o abusiva de mercado, cualquiera que fuere su forma de manifestación y que objetivamente perjudique o pueda perjudicar a los concurrentes a él.

Este grupo incluye de manera ejemplificada, entre otros supuestos de deslealtad, la discriminación al consumidor *la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la venta a pérdida, la publicidad desleal, la inducción a la compra de la clientela mediante falsedades y comisiones de una presentación que induce a error, la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de verdades sobre las características de las prestaciones que se ofrecen, la venta con obsequios, primas, regalos o supuestos análogos*; las conductas *comerciales agresivas*, entre otros, que constituyen supuestos concretos y ejemplificativos de deslealtad que van más allá de la afectación de los derechos monopólicos que protegen la propiedad intelectual.<sup>86</sup>

*Los actos desleales simples.* Son aquellos que, por su mínima o insignificante incidencia económica en el mercado relevante, no pueden incidir en la eficiencia estructural del mercado, ni en el interés de los

---

86. En este grupo debe incluirse el abuso de dependencia económica como supuesto de competencia desleal y no como un acto anticompetitivo, como lo hace Ecuador, que deja en la impunidad los actos de abuso de dependencia económica cometidos por operadores, cuya actividad afecta solo intereses de particulares y que por su magnitud no superen la regla del mínimis.

consumidores. Solo afectan o pueden afectar intereses particulares de los operadores económicos. Tienen un coste individual y no social.

*Los Actos Desleales Agravados.* Son los que al margen de su exteriorización o instrumentación, por su gravedad económica, pueden afectar o afectan derechos de orden público como el sistema competitivo y el interés general de los consumidores. Supera la afectación de derechos privados de particulares. Tiene un costo y daño individual y social. Solo los actos desleales agravados deben ser remitidos a la Autoridad de Competencia, *manteniendo la activación dual de los derechos.*

La competencia desleal en el modelo social, prohíbe toda forma de deslealtad y tipifica las exteriorizaciones consideradas en esta clasificación, para mejorar la activación de las acciones en cada caso. Sanciona la deslealtad, sin importar su origen o afectación. Por ello, no debe limitarse a la prohibición de la publicidad desleal, abusiva o engañosa o a la defensa del consumidor (como lo hace la legislación argentina); a los actos de violación de derechos de propiedad intelectual (Decisión 486 de la CAN); o a los agravados que afectan el sistema competitivo (como la hace la LORCPM). Debe, fundamentarse en una cláusula general prohibitiva de deslealtad, y exteriorizaciones ejemplificativas de supuestos de deslealtad, donde debe incluirse el ilícito de dependencia económica, que por su afectación pueden ser simple o agravado.

### 2.2.1 La competencia desleal en Ecuador

Es regulada en la LORCPM y en la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, última que no supera el modelo corporativista de deslealtad. La LORCPM, en cambio, a partir de octubre de 2011, la regla en la Sección 5 del capítulo II de la “LORCPM”, y la sección 3 del Capítulo II de su Reglamento de Aplicación, rompiendo la armo-

nía con la legislación comunitaria y subsumiéndola errada y desafortunadamente dentro de las normas de competencia.

La “LORCPM” como su Reglamento, mezclan y confunden las acciones de activación propias de la competencia desleal con las de competencia. Desconocen que estas dos disciplinas tienen complementariedad *sólo frente a los actos desleales agravados* y que son diferentes por su objeto, intereses jurídicos tutelares, ámbito de aplicación y mecanismos de protección del derecho afectado. Tampoco diferencian ni clasifican los actos desleales en función de su origen y afectación. Desconocen el principio fundamental sobre la que se asienta la competencia desleal, que es la tipificación y sanción de la DESLEALTAD PER SE, sin considerar su incidencia concurrential. No regulan *los actos desleales simples* que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual y, desactivan la acción preventiva de aquellos derivados de la violación de la propiedad intelectual,<sup>87</sup> dejando en indefensión por esta vía, a los operadores económicos víctimas de actos desleales abusivos cuya incidencia económica es inexistente o mínima estructuralmente hablando.

Por lo expuesto, las normas de deslealtad, deben ajustarse al modelo social. Ampliar su protección a todos los operadores económicos afectados por la deslealtad, mediante supuestos como el de dependencia económica, en extensión de la institución jurídica abuso del derecho, y verificar sus mecanismos procesales de protección contra la desleal.

---

87. La desactivación, opera procesalmente, cuando la denuncia de deslealtad, presentado ante autoridad de propiedad intelectual, debe remitirse en consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para que éste dictamine, si el acto denunciado es o no de aquellos que corresponden a su competencia o a la Autoridad de propiedad intelectual, otorgándole el carácter de vinculante. Si considera que la denuncia debe conocer la autoridad de propiedad intelectual, ésta la tramita, desconociéndose así la inmediatez de este tipo de actuaciones, como la acción de medidas preventivas o previas al proceso de conocimiento, propia del derecho de propiedad intelectual. Caso contrario lo conoce la Superintendencia- Este mecanismo debería regularse a la inversa.

### 2.2.2 Análisis de la Decisión 486 de la CAN

El derecho derivado en la legislación ecuatoriana, obliga a la interpretación prejudicial de las normas que tienen conexión con la norma comunitaria. Es el caso de la Decisión 486 de la CAN, que regula la competencia desleal acorde al modelo corporativista, fijando como eje delimitador de la deslealtad *la contradicción a los usos y costumbres mercantiles* (criterio subjetivo) y, carecen de un sistema autónomo de protección especial contra la deslealtad, como se lo hace en el modelo social.

Sin embargo de las falencias de la Decisión 486 de la CAN, ésta por vía de derecho derivado y como norma supranacional, está en vigencia en Ecuador, tanto para los asuntos de propiedad intelectual cuanto para competencia desleal.

Por lo expuesto, las inconsistencias que mantiene la ley interna con la comunitaria, que es de obligatorio cumplimiento para el juez nacional tanto en los criterios delimitadores de la deslealtad; los bienes jurídicos tutelares; sus mecanismos de activación; y, la falta de regulación específica de la competencia desleal, seguro traerá más de un problema e incluso indefensión al momento de la interpretación prejudicial de la norma comunitaria.

El error de la legislación ecuatoriana, de subsumir la competencia desleal como parte del derecho de competencia, y desactivar la protección dual que debe darse en la competencia desleal, no es menor, como no lo es el hecho de confundir los actos desleales simples con *los desleales agravados*, único supuesto, que deben ser afrontados en forma complementaria con la Autoridad de Competencia.

En consecuencia, la norma interna ecuatoriana, no sólo que no consideró la evolución misma y autonomía disciplinar de la institución jurídica competencia desleal, sino además no reparó en la dicotomía que puede darse al momento de la interpretación prejudicial de las normas de competencia desleal, establecida en la Decisión 486 de la



CAN, del que se distancia la ley interna ecuatoriana que pretende asumir el modelo social, sin llegar a hacerlo.

### 2.2.3 Acciones y procedimientos derivados de los actos de competencia desleal

En Ecuador, hasta la promulgación de la LORCPM, se reguló la competencia desleal dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, estableciendo como acciones contra ella, las medidas preventivas o cautelares, las acciones de tutela administrativa y el inicio de acciones ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que de acuerdo a la disposición transitoria décima de ésta ley, es el órgano competente para conocer de asuntos de propiedad intelectual, dentro de los cuales se encontraban los actos de competencia desleal.

La LORCPM, y su Reglamento de Aplicación, por la confusión de las normas de competencia desleal con las de competencia, si bien establecen las acciones y procedimientos fundamentalmente administrativos contra las actuaciones desleales juzgan y sancionan los actos desleales agravados, y los que nacen de la violación de los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, lo hacen desde la visión del interés público y no del privado, que es propio de la competencia desleal.

Con ello, desactivaron la protección jurídica de los actos de competencia desleal que no llegaren a los umbrales o límites considerados para ser sancionados como actos de afectación macro y sujetos a la investigación de la Autoridad de Competencia. Así como las de carácter preventivo de aquellos actos desleales vinculados a la violación de los derechos de propiedad intelectual, por cuanto, procesalmente, una vez presentada la acción de competencia desleal en el IEPI, éste debe remitir en consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la que emitirá una opinión vinculante, sobre si ésta debe ser conocido por el IEPI, o por la Superintendencia, desvaneciendo

su activación preventiva, las medidas cautelares y la protección que se le dio en la ley de propiedad intelectual.

De allí, la necesidad de reformular la normativa contra la deslealtad y promulgar una ley autónoma, que, respetando su especialidad, permita investigar, juzgar y sancionar de forma adecuada la deslealtad con los criterios propios de ésta disciplina que dista de la óptica dada en la LORCPM, y su Reglamento de aplicación.

#### 2.2.4 Derecho de daños en los supuestos de deslealtad

La deslealtad, puede acarrear la reparación de daños causados a terceros. En este caso, es aplicable el principio de responsabilidad civil devenida de obligaciones contractuales y extracontractuales, de las que emana la obligación indemnizatoria<sup>88</sup> y de reparación al agraviado, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere existir en virtud del ilícito.

En el ámbito del derecho de corrección económica, esto implica, la reparación del costo particular y del social, por los costos de transacción que pueda darse por los actos de deslealtad, donde la reparación frente a éste ilícito, debe operar por reposición de la externalidad negativa que causa afectación o daño a un operador económico, sin importar el dolo o culpa del agraviador e indistintamente de la afectación económica que pueda darse o se dé a la sección de mercado en que se desenvuelve el operador económico afectado.

La LORCPM en el artículo 25, señala que el acto de competencia desleal, se asume como un cuasidelito civil, mientras que en el artículo 71 de la LORCPM deja a salvo las acciones civiles una vez emitida la resolución sancionatoria por parte de la Autoridad administrativa de Competencia. Por ello, corresponde volver al derecho civil que regula entre otros el cuasidelito civil, en virtud del cual y, sin que medie

---

<sup>88</sup>. Stordeuar, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción...* ob. cit. p. 203.

perjudicialidad, por la sola negligencia del sujeto activo del cuasidelito civil, cabe en vía ordinaria pretender la indemnización de los daños y perjuicios y daño moral ocasionado; y, en la verbal sumaria (posterior sumaria en el Código Orgánico General de Procesos), la cuantificación de ésta reparación.

Por lo expuesto, al no existir en Ecuador, un cuerpo jurídico que regule específicamente la aplicación privada del derecho contra la competencia desleal en la forma referida, debe buscarse la protección de los derechos de los particulares, en la vía del derecho civil señaladas en este artículo en el punto 2.1.6. de este trabajo, con las obvias diferencias en la activación misma del derecho.

## CONCLUSION

A lo largo del presente artículo, se ha propuesto el análisis de la categoría conceptual derecho de corrección económica, a partir de la cual, se analiza la extensión de la institución del abuso del derecho al derecho de corrección económica, y las instituciones jurídicas defensa de la competencia y competencia desleal.

En este contexto, partiendo de las definiciones conceptuales del derecho de competencia y el de competencia desleal, como de sus importantes diferencias, se fundamenta la necesidad de considerar seriamente la reforma de la LORCPM, especialmente en lo atinente a la regulación contra la competencia desleal, para dotarle a esta herramienta jurídica, de una necesaria autonomía disciplinar, aportando a la superación de falencias normativas presentadas en la ley ecuatoriana, que erradamente subsume a la competencia desleal dentro de la defensa de la competencia.

Respecto de las acciones privadas del derecho de competencia y de la competencia desleal, este artículo repasa los bienes jurídicos tu-

telares que deben primar en cada caso. Llegando a la conclusión de que es importante construir mecanismos jurídicos más eficientes de reparación por el costo individual y social que puedan acarrear y acarrear tanto los actos anticompetitivos como los de deslealtad, mediante la concurrencia de procedimientos judiciales y administrativos, que viabilicen más eficientemente las acciones en protección de intereses diversos tanto públicos como privados, con inmediatez y celeridad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAQUERO, Ingrid S. Ortiz, *La aplicación privada del derecho de competencia. Los efectos derivados de la infracción de las normas de competencia*, Editorial Edita, 2011, Madrid, España.
- BERCOVITZ, Alberto, *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid — España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.
- COBAS, Manuel y otros, *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.
- DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- GARCÍA, Ernesto Rengifo, “Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante”, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009.
- GHERSI, Carlos, *Cuantificación Económica, Valor de la vida humana*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, Argentina.
- GHERSI, Carlos, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*, 3ª edición, analizada y ampliada, Astrea, 2006, Buenos Aires, Argentina.
- GONZÁLEZ, Vicente Viera; RIVERA, Vicente Mambrilla; y otros. *Distribución comercial y derecho de la competencia*. Madrid, Editorial La Ley, 2011.
- KRAUSE, Martin E., *Economía, Instituciones y Políticas Públicas, La Ley*, primera edición, 2011, Buenos Aires, Argentina.
- MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo García, “Competencia desleal, Actos de desorganización del competidor”, LexisNexis Argentina S.A., 2004.

- NIEVES, Isabel Gonzalez, *Estudios de Derecho y Economía*. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- PEÑA, Patricia Alvear; DE LA TORRE, Blanca Gomez, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, apuntes para su construcción*, primera edición. Sek, Quito Ecuador, 2012.
- RINCÓN, Alexander, *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Medellín Colombia, 2013.
- RODRÍGUEZ-CANO, Alberto Bercovitz, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial ARANZADI, 2ª edición, España, 2001. *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2001.
- STORNEU, (h) Guillermo, *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción*, AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina 2011.
- TROYA, José Vicente y otros, *Estudios de Derecho Económico, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 1998*.
- VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá, Externado de Colombia, 2008.
- VILAR, Silvia Barona, *Competencia Desleal, Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Tomo I, Consideraciones Generales y objeto del proceso civil, Tirant o Blanch Tratados*, 2008, Valencia, España.
- YONG, Camilo Andres Rodríguez, *Una aproximación a las cláusulas abusiva*, Universidad Del Rosario, Legis, Bogotá, Colombia, 2013.

### Leyes

- Código Civil, Libro IV.
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP.
- Decisión 608, 616 y 486.
- Defensa del Consumidor, Ley nº 24.240; Defensa de la Competencia, Ley nº 25.156; Lealtad Comercial, Ley nº 22.82, Decretos y Resoluciones Complementarias, Ediciones del País, 15ta. Reimpresión, agosto de 2013. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Ediciones Legales. Sistema Informático Legal. Area Comercial.
- Ley de defensa de la competencia.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento General de Aplicación.
- Regulación contra la Competencia Desleal española.



# EL NUEVO CÓDIGO ARGENTINO, EL DERECHO COMERCIAL Y LA EMPRESA

*Raúl Aníbal Etcheverry<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo se presenta en el marco de una visión argentina, que nos parece que es una novedad en el derecho comercial del siglo XXI. Ello es así, porque suprime la noción y el estatuto del comerciante, suprime los actos de comercio, pero tampoco regula la empresa y su estatuto, como lo hace el Brasil en su Código Civil que, sin dar un concepto de persona jurídica, en el artículo 40, las presenta y establece

- 
1. Professor Emérito com dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y de Doctor calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad Castilla La Mancha, España. Miembro fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA) y de la Academia de Derecho de Perú. Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría en Derecho Empresario en la Universidad Nacional del Nordeste. Arbitro internacional del CIADI, CCI y CEMA. Es autor de más de veinte libros y de más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país o del extranjero. Investigador categoría 1 de la Universidad de Buenos Aires.

ciertas distinciones entre el derecho público y el privado (la enumera en el artículo 44: las asociaciones, las sociedades, las fundaciones, las organizaciones religiosas, los partidos políticos, todas las cuales son libres de organización). La doctrina se ha ocupado de establecer principios para su organización.<sup>2</sup> Todo ello dando las gracias al presidente de ambas comisiones que ha organizado estas magníficas Jornadas, para analizar el derecho de Latinoamérica, nuestro derecho, el profesor José Gabriel Assis de Almeida.

Hay una nueva realidad en el Derecho Mercantil y es la vuelta a su tronco, uniéndose con el derecho civil en un nuevo cuerpo de derecho privado.

Yendo al tema jurídico, interesa explicar aquí, que aquel vuelo independiente que iniciara el Derecho Mercantil en la Europa continental del año 1000, ha llegado a su fin, volviéndose a fundir con su tronco, el derecho privado.

El derecho es un sistema de pautar conductas humanas, para posibilitar una mayor armonía en la vida en sociedad. La evolución del Derecho es como la de otra ciencia cercana, la Historia: no se puede parcelar ni sectorizar.

En los mismos momentos de tiempo ocurre muchas cosas históricas juntas; del mismo modo, el derecho no es lineal, no se presenta de a pocos cambios; tampoco aparecen uno detrás del otro. Todo va junto, en un devenir simultáneo.

Así como a fines de la Edad Media pasan muchas cosas a los hombres en Europa y Medio Oriente, el derecho de esa época y de ahí en adelante, surge a borbotones y no se pueden distinguir “etapas” de evolución del Derecho, ni respecto al tiempo, ni atingente a los lugares en que los hechos suceden.

---

2. Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery, em su libro “Código Civil comentado”, ed. Revista dos Tribunais, 2006, 4ta. Edición, páginas 204 y siguientes.



Hacia el año 1000, el comercio comienza a moverse en Europa de una manera intensa, en diferentes sitios; esto coincide con la salida de muchas regiones del régimen feudal y la creación de pequeñas empresas personales de comerciantes; aparecen los mercados, más amplios o más restringidos.

Heers<sup>3</sup>, señala que el comercio evolucionó a partir del año 1000 en forma espectacular, muchas veces; el comercio favoreció el uso de la moneda y el desarrollo de nuevas actividades; antes del año 1000 Venecia — al principio un conjunto de aldeas-refugio de pescadores — creó fortunas con la explotación de salinas y la organización de viajes triangulares con objetivos comerciales hacia Oriente.

Las ciudades italianas comenzaron a controlar el nuevo tráfico de mercancías orientales y especias procedentes de las costas de Siria, Egipto o Constantinopla. Venecia, Pisa y Génova fueron algunas de las ciudades centrales del comercio en la región, superando la actividad de oriente.

Junto al intenso intercambio comercial se celebraban las ferias, en la época en que la actividad mercantil de los alemanes, flamencos y franceses estaba en crecimiento constante. Junto a ello, se inicia la economía monetaria. Dice Heers,<sup>4</sup> citando a H. Pirenne, que los mercaderes con centro en la Europa del año 1000, eran “hombres nuevos”, porque se independizan de la sociedad feudal, en busca de trabajo independiente, o de rápidas fortunas, liberándose de las tareas de la tierra y de toda obligación. Mucha población se perdió entonces en las guerras, el hambre y otras consecuencias de la superpoblación: mendigos, vagabundos, peregrinos.

Se forma entonces, una nueva mentalidad propia y muy particular: la del mercader. Muchos se lanzan a la aventura, desafiando el

---

3. Heers, Jacques, “Historia de la Edad Media”, Editorial Labor AS, Barcelona 1984, 3ra. Edición corregida, páginas 133 y siguientes.

4. Obra citada, páginas 137 y siguientes.

azar de los caminos, buscando un rápido enriquecimiento; pero no todos los comerciantes eran vagabundos y errantes: el trabajo duro, la lucha contra la pobreza y el deseo de superación fue el patrimonio de una gran cantidad de hombres y mujeres que buscaron ese nuevo aire libre de las ciudades.

Los comerciantes, luego de la explosión de una múltiple actividad mercantil, pretenden constituir su propio derecho y formar sus propios tribunales de justicia para resolver sus asuntos. Se agrupaban en gildas, cofradías o hansas cuya fuerza se fundamentaba en el respeto absoluto de un juramento colectivo. El mercader se situó fuera de los cuadros y mentalidades tradicionales de la sociedad feudal y agraria.

Los historiadores pretenden mostrarnos la realidad y nos transmiten como, poco a poco, se va creando un nuevo mundo y una nueva clase social, los burgueses, independizados de la organización feudal, aunque al comienzo de este desarrollo, había ciudades antiguas y ciudades totalmente nuevas, en donde se mezclaban los mercaderes y los líderes feudales, algunos de cuyos miembros vivían en grandes castillos edificados en medio de sus dominios; no hay que olvidar en esta época, a la comunidad eclesiástica, munida entonces de un verdadero poder material.

No hubo en esa época, una radical oposición entre el mundo rural y el mundo burgués, ni separación neta entre ciudades viejas y nuevas. Los mercaderes fundaron muchas veces ciudades completamente nuevas, y vivieron también en periferias que fueron progresando como suburbios, volviéndose cada vez más importantes.<sup>5</sup>

---

5. Cfr. Mitre, Emilio, "Historia de La Edad Media em occidente", especialmente Capítulo 17 La madurez de la sociedade feudal", Ediciones Cátedra AS, Madrid 1995, páginas 194 y siguientes.

## 1. EL COMERCIANTE

El comerciante aparece antes y durante el año mil en Europa central, Asia Menor, como una figura caracterizada por la vida que vive y los actos que realiza.

Al lado de los comerciantes, se reconoce la existencia de muchos que se dedican al labrado de la tierra ajena, insertándose de buen o mal grado en el régimen feudal; otros colaboran o participan del sistema eclesiástico.

Hay un tercer sector que serán artesanos, es decir, los que poseen una cierta habilidad para crear pequeños bienes, casi artistas, que luego se van a unir a los comerciantes en corporaciones. Estos, fueron un sector numeroso de personas en esa etapa, que no se dedican al préstamo a interés- un medio de vida que surge en la época- sino a revender las mercaderías que adquieren a un precio en dinero, a cambio de una paga superior al valor de compra, cuando hacen la reventa.

Los comerciantes, por su número, cantidad y poder, nacen espontáneamente del pueblo que tiene solamente aquellos destinos indicados como modo de vida disponible hacia fines de la Edad Media. Muchos con suertes varias. Algunos tienen que mudar de modo de vida, pero otros hacen fortunas con el intercambio o el transporte de mercaderías de la misma zona o desde otro lugar adonde van a buscarlas.

La población restante, tiene como alternativas, el desempleo, las enfermedades y la pobreza grave; o migrar hacia otras regiones, amenazados por las pestes o las hambrunas.

El comerciante es profesional, en el sentido de que hace del intercambio de mercaderías su especialidad; y de su habilidad al comprar o vender, un arte personal. Y esa profesión es su modo de vida, el origen de su poder social.

El comerciante es creativo: en el desenvolvimiento de su trabajo, se crean las grandes instituciones del derecho comercial: los bancos,

las expediciones marítimas para el comercio, los préstamos, las letras de cambio, vales y pagarés, las sociedades comerciales, la organización de empresas, los usos y prácticas mercantiles, las costumbres, las asociaciones profesionales, los modos de resolver las crisis en las empresas y muchas otras.

A partir del comerciante y de su conducta visualizamos la existencia de actos nuevos para el derecho: los actos de comercio. Todo ello será superado a través de los años, en los cuales el derecho comercial se funde con el civil, en el viejo tronco del derecho privado. Este periplo ha concluido en la Argentina, con su nuevo Código Civil y Comercial.

## 2. UN PRINCIPIO CLAVE DEL DERECHO: LA BUENA FE

En la mayoría de los derechos de Occidente, se cultiva, respeta y propicia, el obrar siempre, con una conducta de buena fe.

El comerciante debe tener buena conducta y buena fe, porque las relaciones que crea en el intercambio que practica lo obligan a cumplir su palabra, especialmente teniendo en cuenta que la mayoría de las operaciones que realiza se basan en la confianza, teniendo muy presente que su éxito se basa en la repetición exitosa de sus operaciones y en la apariencia que genera su actuación social, que, a su vez, remite a la confianza.

No siendo los actos de comercio conductas basadas y sostenidas por largos escritos solemnes manifestaciones o vinculadas a una serie compleja de actos concretos, la buena fe y el cumplimiento de la palabra empeñada resultan elementos esenciales para la perduración de su tarea y su éxito personal. Y aseguran resolver muchas cuestiones en el período de tiempo más corto posible.

El principio de buena fe es propio ahora, del derecho continental europeo, el derecho latinoamericano y del derecho anglosajón. Ha

sido de especial tratamiento en nuestro derecho en esta última reforma, utilizándose tales standars reiteradamente para todo el derecho privado, civil y comercial, extensible a todas las ramas del derecho.

Los derechos aludidos en el párrafo anterior, sin dudas, se van acercando e interpenetrando lenta pero sostenidamente; como hemos dicho hace años, el movimiento existe las instituciones se van aceptando en todos los sistemas, poco a poco.<sup>6</sup>

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina (CCCN), vigente desde el 1 de agosto de 2015, el principio de buena fe es permanentemente citado en el texto legal.

Aluden a él, los artículos 9 (ejercicio de los derechos), 729 (deudor y acreedor), 961 (celebración, interpretación y ejecución del contrato), 991 (tratativas preliminares) y 1061 (interpretación del contrato) como los más significativos. El artículo 9 es la base no sólo referida al campo contractual sino la que alude, a modo de regla general, a todo el ejercicio de los derechos en este Código. Dice: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”; en ese Capítulo 3, se explicita, juntos a la buena fe, la expresión que señala que la ley no ampara el abuso de los derechos (artículo 10): es tal dice la ley nueva vigente- el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización; el artículo 11 del CCCN, prevé también la aplicación de estas normas para el caso de abuso de una posición

6. Cfr. Morissette, Ives-Marie, “Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law», en *Revue internationale de droit compare*, Société de législation comparée, Julio-septiembre 2013, n° 3, p. 13 y ss. Etcheverry, Raúl Aníbal “El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes”. *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1992.

dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

### 3. EL ORDEN LEGAL, LAS PERSONAS Y EL LENGUAJE JURÍDICO

Existen en las ciencias, varios lenguajes. El derecho, es un conjunto de relaciones sistémicas que reglan conductas humanas y la vida en convivencia, estableciendo modos y reglas jurídicas para esas conductas; y un resultado de prohibiciones, aprobación, recompensas, castigos o, a veces, respuestas neutras.

El derecho es un conjunto de sistemas de algún modo vinculados, en lo que se llama en forma global, el “orden normativo”.

El derecho es lenguaje; es “un” lenguaje. La urgencia por interpretarlo tiene su origen en que el orden legal es obligatorio y a la vez, es un indicador de una disciplina de conductas. Afecta a todos los habitantes y ciudadanos de una Nación, nos atañe a todos. Tiene consecuencias; no es lo mismo realizar un acto que otro y tales consecuencias pueden ser neutras, de efectos benéficos o de efectos negativos.

De este modo, el derecho sugiere o pauta conductas humanas e indica qué le es lícito hacer a los hombres y mujeres en nuestra sociedad.

Las palabras en el derecho no pueden tener un significado sacramental: son normas de conducta explicadas o implícitas en la ley. Un orden que “conviene” seguir, para no tener consecuencias ingratas o situaciones variada intensidad negativa. Por ello, es obligatorio entender qué se expresa en cada norma, porque el orden legal señalará consecuencias de su observancia o de su inobservancia.

Las reglas jurídicas contienen definiciones, que muchas veces no coinciden con el habla común. Estas precisiones, así como el análisis

de palabras, frases o estructuras, merecen aclaraciones y estudios para ir fijando y entendiendo el orden que nos rige.

Un grupo de personas humanas<sup>7</sup> que trabajen juntos, en un mismo sitio y con cierta vinculación, sea su actividad profesional o no, tendrá que tener en cuenta además de muchas otras disposiciones legales, para dar un ejemplo doméstico, el conjunto de dictámenes jurídicos de la AFIP (administración estatal de impuestos) para saber si su propia organización es considerada jurídicamente una “empresa”; y si lo es o no, tendrá una consecuencia importante, que será pagar más o menos impuestos.<sup>8</sup>

Las conductas son calificadas por la ley; por ejemplo, si quienes colaboran con un profesional, trabajan como trabajadores autónomos o en una relación dependiente, el derecho dará diversos efectos a una u otra relación.

Los hechos, actos, contratos y otras relaciones jurídicas ocurren en un espacio de tiempo y de lugar.

Respecto del lugar, hay diversos escenarios para el obrar colectivo: la familia, los mercados, las reuniones personales o los encuentros colectivos.

En la esfera personal, un hecho, un acto, contrato, suceden en un espacio de tiempo y lugar, cuyas circunstancias son complejas y variables.

## 4. LA EMPRESA

Iniciar una nueva actividad empresarial es visto en Europa no sólo como el ejercicio de un derecho, el ejercicio de la libertad, sino

7. Así las califica en nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina en su Libro Primero, Parte General, Título I Capítulo 1, artículos 19 y siguientes. No define a la persona humana, porque es algo absolutamente obvio. Desde la concepción, todos somos personas humanas.

8. CSJN, Caso “Paracha” del 2 de septiembre de 2014, en el cual se establecieron diversas apreciaciones sobre la actividad comercial la empresa de profesionales ante la ley fiscal.

como un bien social. Y este es el modelo que debemos seguir en estas tierras.

De ahí que los poderes públicos no sólo no deben poner trabas a este derecho garantizado por algunos textos constitucionales (como el de España)<sup>9</sup> sino que es preciso que se lo fomente y apoye por parte de gobiernos y administraciones.

En un trabajo de Jorge Jiménez Leube, doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid se subraya estos conceptos y la distinción entre buena administración, buen gobierno y buena legislación.<sup>10</sup>

Antiguamente, los clásicos señalaban que el derecho comercial era “la disciplina reguladora de los actos de comercio”;<sup>11</sup> luego el funcionamiento y la individualización se encontró en la producción de actos en masa<sup>12</sup> postura que ya había insinuado Ascarelli.

La definición del derecho comercial fue más genérica y amplia en Ferri que se refirió a la “actividad intermediaria” y a la “organización” (en su *Manuale di Diritto CoMmerciale*, de 1976).

El jurista brasileño Tomazette<sup>13</sup> opina que la empresa no es un sujeto de derecho sino una organización dirigida a teneros para satisfacer necesidades; no es el simple intercambio de bienes; tampoco es objeto de derecho.

Un recuerdo entrañable: al año siguiente de aprobarse el Código Civil italiano, Alberto Asquini hablaba de los “perfiles de la empre-

---

9. En la Argentina, sólo se regula y alienta, el derecho a trabajar y ejercer cualquier industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional).

10. Jiménez Leube, Jorge “Buen gobierno y emprendimiento empresarial em España: el problema de la “legislación motorizada”, en *Vis iuris*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 1, nº 1 enero-junio de 2014, Colombia 2014, páginas 13 y siguientes.

11. Carvalho de Mendonça, J. X. “Tratado de direito comercial brasileiro”, Actualizado por Ricardo Negrao, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1, p. 24.

12. Garrigues, J, “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1, p. 21.

13. Tomazette, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas AS, São Paulo, 2008, vol I, página 20 y ss.



sa” aludiendo a concepto económico poliédrico de empresa. Asquini partía de la definición del empresario en el Código Civil de 1942, explicitada de este modo: Art. 2082: el empresario es quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de intercambiar o producir bienes y servicios.

Es claro que la empresa tampoco puede identificarse con la totalidad del Derecho Mercantil, como no lo puede hacer el derecho de las relaciones económicas, o de la economía o el de la organización del Estado.

Tampoco el derecho del mercado constituye la totalidad de nuestra materia;<sup>14</sup> una parte de ella sí lo toma en diferentes aspectos.

Esto parece lógico, pero la importancia de la empresa en nuestra disciplina ha determinado que muchos juristas hayan pensado en que esa noción, ese concepto, era abarcativo de todo el derecho comercial.

Ello no ha sido así, claramente.

La empresa es una noción no jurídica, que pertenece al ámbito de la realidad social y económica; no es posible que sea encuadrada en un solo concepto legal; ni opera en una sola rama del derecho; hay una empresa visible en el Derecho Comercial, otra perceptible para desarrollos colectivos civiles, otra para el Derecho del Trabajo, otra para el Derecho Fiscal, una más para el Derecho Administrativo y así podemos seguir.

No hay dudas que hay un derecho constitucional a formar una empresa, es decir, a crear un instrumento, una organización, para trabajar.<sup>15</sup> Esta idea obra junto al derecho de asociarse, que en nuestra opinión es un derecho de origen constitucional en Argentina,

14. Embrid Irujo, J. M., “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica”, en *Foro de derecho mercantil*, enero — marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013, p. 50.

15. Ver el interesante trabajo al respecto, que desarrolla CAO, Christian Alberto, en “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.

pero que en España, Perú y Brasil resulta mucho más explícito y directo.

En Argentina, el derecho asegurado por el artículo 14 de la Constitución Nacional, es el trabajar y el de ejercer toda industria lícita.

El derecho, en todo el mundo, intentó captar la figura de la empresa. No ha podido lograr incorporar a las normas y sistemas jurídicos una noción tan versátil y proteica en forma unitaria precisa y apta para ser aplicada a todas las ramas del derecho, pese a los esfuerzos de grandes doctrinarios como Zavala Rodríguez, en Argentina y Torres y Torres Lara en Perú; y buenos Códigos, como los de Honduras, Perú, Colombia y otros.

Para nosotros siempre ha sido claro, que la empresa es una noción que se verifica en el campo económico, sociológico y humano. Pero no es transportable al mundo de los conceptos y sistemas jurídicos, por su polivalencia y su multifacética expresión en el campo del quehacer humano.<sup>16</sup>

No obstante, se alude a la empresa y se la enlaza a resultados jurídicos, partiéndose de distintos focos. Y se habla de “empresa pyme” (pequeña y mediana empresa), de “responsabilidad social empresaria”, de “empresas B” y otras expresiones que hacen ver como la realidad se inserta en el derecho.

Tampoco la empresa es una actividad, tal como lo entiende una parte de la doctrina italiana y de otros países; ha dicho bien Garrigues, que sostener que la empresa es actividad, implica volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores lo que crea a la empresa como cosa distinta de esa actividad; por otro lado, la actividad es generada por la empresa, pero no es la empresa misma.

---

16. Etcheverry, R. A., en “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 504; Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, p. 866 ys.

La empresa es para Garrigues, la organización de la actividad y demás, un conjunto de elementos de naturaleza variada, todos disciplinados por el empresario; la actividad del empresario no puede separarse de su persona<sup>17</sup> a la cual también ha de referirse su responsabilidad jurídica frente a sus actos, actividad, hacer y no hacer.

Si la empresa, es citada más de una vez en el artículo 8 del Código de Comercio argentino que se acaba de derogar, podemos advertir que se trata de una noción que habría que aplicar en ocasiones a la industria, otras al derecho tributario, otras para derecho laboral y alguna más para el sistema civil y referida a algunas operaciones mercantiles.

Pero hay mucho más: los Códigos de los países de América Latina y algunas leyes o decretos, tratan de distintas maneras a la empresa<sup>18</sup> y en general, se alude a distintas realidades de la empresa en sus diversas aplicaciones fácticas y jurídicas (*vg.* Empresa familiar, empresa cooperativa, responsabilidad social empresaria, empresa social, empresas B).

## 5. LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN

El primitivo concepto de empresa, como en nuestro Código de Comercio, fue el referido a una clase de “acto de comercio”<sup>19</sup> originado en ideas del primer Código de Comercio francés (empresas de fábrica, de comisiones, de transportes, hasta extenderse a actividades de servicios tales como la banca, empresas de seguros y agrícolas) y sus antecedentes en el derecho anterior, codificado o proveniente de las costumbres.

17. Hemos citado al maestro Garrigues, en el “Código de Comercio”, citado, t. I, p. 874.

18. Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, op. cit., p. 896 y s.

19. Galgano, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, p. 1 y s.

Dice Galgano que ese concepto se refería en esa generación de normas y Códigos, al comercio exclusivamente, excluyéndose a la industria; y por supuesto, agregamos, a algo que vino más tarde: los servicios.

Vinculado a todo ello, aparece la definición de comerciante para encuadrar a los sujetos que se dedican a cierta actividad; luego vendría el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial, es decir, al verdadero derecho de la producción y más tarde, de la producción en masa. Allí nace la noción de empresario y la intervención normativa del Estado como regulador del mercado, la recta aplicación del derecho de la competencia y todo un régimen completo de defensa del consumidor;<sup>20</sup> que finalmente ha terminado por alterar y producir un cambio en todo el sistema jurídico vinculado al mercado y a los negocios y contratos.

En el Código Civil italiano (unificándose Derecho Civil y Comercial) que se aprueba en 1942, la empresa se desarrolla con instituciones que traslucen un derecho de la producción; en ese ordenamiento no se alude directamente a la empresa sino al empresario.

La empresa también sufrió una evolución; las nuevas ideas socialistas y nacional-socialistas, aunque parten desde y hacia objetivos distintos, vinculan a la empresa con la actividad económica y pretenden ser “el nuevo derecho de la economía”. También ciertos autores que son partidarios de la economía liberal o de la economía de mercado, aluden a la empresa.

Hoy, el pensamiento moderno es que la empresa pierda en parte su vinculación con el concepto del inversor capitalista que busca la utilidad permanente de los bienes de la empresa e intermediar en el mercado de consumo y acrecentar su propio patrimonio; se desea

---

20. Chuliá, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edición del autor, Valencia 1982, p. 179.

“humanizar” a la empresa y que ella y el empresario que la ha creado, pasen a tener un perfil social y se proyecten hacia la comunidad que integran, disminuyendo — pero no suprimiendo — su actividad meramente lucrativa.

No parece útil registrar las impresiones de Ghersi y Weingarten sobre la organización de la empresa, que resumimos.

Esa “organización” tiene una diversidad de aspectos, tales como el económico, jurídico, social, psicológico y otros.

En el sistema económico, esta organización comienza por la idea que genera el emprendedor y luego se produce la obtención de un capital (dinerario; marca; otros bienes). La empresa se construye a partir de compra o alquiler de inmuebles; contratación de trabajadores empleados, expertos y profesionales; se busca la provisión de insumos; a estas actividades, el derecho le brinda “formas” jurídicas e instrumentos para su dinamización y operación en el mercado: los actos jurídicos y los contratos, junto a las relaciones jurídicas serán las actividades con valor jurídico, que realizan las personas en el mercado.

A partir de esta simple idea, una empresa, sintéticamente, es la conformación dinámica de un capital (trabajo-insumos-tecnología) destinados a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios (fases de la economía empresarial).

En cuanto a la “finalidad de la empresa” (sin perjuicio en sí mismo de la producción y comercialización de bienes y servicios) sin duda existente en cualquier sistema económico (privado, estatal o mixto) resulta imprescindible que se desarrolle en base a la generación de excedentes (diferencia entre costo total y precio de mercado); sin perjuicio de que cada sistema diferencie luego la forma de la “distribución y/o redistribución de esos excedentes” (sistemas capitalistas privados y sistemas de capitalismo de Estado).

En la Argentina, rige el sistema de economía capitalista de acumulación privada lo cual implica que las empresas privadas pueden

apropiarse de parte del excedente (tasa de ganancia o beneficio) y ello sin perjuicio de la apropiación que hace el Estado (impuestos y otros gravámenes) que a muchos juristas hora les parece excesiva.

Sin duda, la empresa comercial, industrial o de servicios privada, conforme a su misma existencia, tiene como objetivo la maximización constantemente de la tasa de beneficio. Los fundamentos que se dan para sostener esta realidad son innumerables y abarcan desde el riesgo del capital en sí mismo, hasta los procesos nacionales y globales de depreciación y desvalorización de la o las monedas, la organización económica mundial y regional y la necesidad del intercambio.

La “posibilidad de maximización de la ganancia” es real y tangible, lo cual constituye intuitiva y científicamente una “situación autogenerante de riesgos para la empresa y simultáneamente la creación de riesgo al trabajador/consumidor”. Por otros medios, también se asumen y generan riesgos, especialmente para la producción: baja calidad de insumos, mano de obra no califica o en situación ilegal y para el consumo (por ejemplo, incorporación de cláusulas o prácticas abusivas).

Gherzi, que concluye que las empresas en su “conjunción” con el sistema de economía capitalista de acumulación privada, por su accionar asumen un riesgo en el mercado y se constituyen en sí mismas en un “riesgo” para los trabajadores/consumidores<sup>21</sup> y también para el ambiente y la seguridad social.

Para nosotros, la empresa es la organización de un esquema, un dispositivo, un sistema operativo de organización, de un negocio ideado primero y que luego debe tener un desarrollo en el tiempo. La empresa no solo se maneja con su creador o creadores si son más de uno, sino con equipos de dirección y trabajo, que, siguiendo la ac-

---

21. Gherzi, C. A. y Weingarten, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 53 lugar en que ellos desarrollan estos conceptos.

tividad creada y generada por el empresario, colaboran con él, cada uno con su expertise.<sup>22</sup>

Toda empre actúa en el mercado; es decir, el espacio ideal proyectado a un territorio donde se producen e intercambian bienes y servicios. La empresa siempre implica organización y para proyectarla a sus múltiples manifestaciones, se ha incluido en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no solo el desarrollo del sistema de personas jurídicas, sino variantes, como las del “contrato asociativo”, un reciente fenómeno empresario de la organización jurídica integral operativa.<sup>23</sup>

En Brasil, Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade de Nery, ven dificultades para encontrar un concepto jurídico de empresa. En el Código Civil, si está definido el empresario, tal como sucede en el derecho italiano.

Tomazette por su lado, en su obra citada, ha perfilado la figura del derecho empresarial, diciendo:

A partir do conceito de empresa é que se define o âmbito do chamado direito empresarial, isto é, a partir dessa noção é possível determinar quais estão sujeitos ou não ao direito empresarial. O âmbito do direito empresarial não é mais definido pelos atos de comércio isolados, ou pela qualidade isolada do comerciante, mas pela “atividade econômica organizada sob a forma de empresa e exercida pelo empresário.

Sigue:

22. Juste Mencía, J., “Factor de comercio, gerente de empresa, diretor general”, Real Colegio de España, Bolonia, 2002, passim.

23. Cfr. Cracogna, D., “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, Buenos Aires, 2013, p. 413 y s.

De imediato, vale ressaltar que o estudo não se limita à atividade empresarial, mas abrange também os atos que são praticados normalmente por aqueles que exercem a atividade empresarial. O direito empresarial regula os direitos e interesses daqueles que exercem atividades de produção e circulação de bens e serviços com finalidade econômica.

Com efeito, os atos que são praticados pelos exercentes da atividade empresarial também são praticados por outras pessoas em outras atividades, como, por exemplo, a emissão de títulos de crédito. Todavia, o estudo desses atos continua se justificando dentro do direito empresarial, na medida em que são atos que nasceram ligados às necessidades do comércio, hoje da empresa, e se desenvolveram atendendo a essas necessidades. Desse modo, o âmbito do direito empresarial abrange a atividade empresarial e os atos que normalmente são praticados por quem exerce a atividade empresarial.

Por medio de la organización, se establece un dispositivo que “actúa” en el mercado, es decir, es sujeto con relevancia y poder jurídico pasible de producir efectos, activos y pasivos, generar actos y ser parte de contratos y de toda clase de operaciones.

Las empresas de objetos similares compiten en el mercado, lo cual es muy positivo si esa competencia es leal, porque se generan más, mejores y más baratos bienes y servicios. Es la organización política, social y económica llamada modernamente economía de mercado, que debe contener necesariamente un sistema que asegure y controle la competencia libre pero leal.

Esa competencia<sup>24</sup> beneficia mucho a los usuarios y consumidores porque podrán contar con bienes y servicios de calidad creciente y a menor precio.

---

24. Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, p. 907 y ap. B.



Las empresas pueden ser individuales, es decir, las que opera una sola persona física individual, la cual es la única propietaria y beneficiaria de todos los bienes y única responsable por todo el riesgo en los negocios.

Pero hay empresas con más de un dueño personal, es decir, varios dueños: pluralidad de componentes con similar poder jurídico.

Cuando hay pluralidad de propietarios, la organización de la empresa es muy parecida a la unipersonal, pero necesariamente debe adquirir una nueva estructura legal: la responsabilidad — que es una de las columnas vertebrales de todo sistema jurídico — se traslada a varias personas (físicas o jurídicas) que son quienes la dirigen, la organizan y luego se reparten entre sí los resultados según el pacto social.

Además de todo el grupo de socios, que tiene su sistema e impronta de funcionamiento establecido por la ley, habrá un cúmulo de deberes que se disponen no solamente para los socios, los verdaderos empresarios, sino respecto de los que ocupan posiciones relevantes en la organización, a quienes podemos llamar, en general, “administradores”; así, para solo nombrar algunos ejemplos, el deber de administrar, el de buscar el interés social, el deber de diligencia, el de información, el deber de investigar, el de vigilancia, el de control de la organización y de todo el personal ligado a ella, el deber de lealtad, el deber de abstenerse de competir con la sociedad o de aprovecharse del cargo y muchos otros.<sup>25</sup>

Para organizar todo esto, se acudirá a las figuras societarias o asociativas: un socio de una sociedad comercial, es un capitalista que ha invertido, contribuyendo a crear un patrimonio que se conforma como patrimonio común. De ese modo se entra en el mercado, que

---

25. Llebot Majo, J. O., “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996, p. 35 y s.

en las economías de mercado poseen poder igualitario y libre acceso a todo el que quiera trabajar con estas reglas.

## 6. ¿CÓMO ES EL DERECHO COMERCIAL HOY, EN LA ARGENTINA?

El nuevo sistema legal mercantil de la Argentina, a partir de ahora, está unido al civil y solo pocos rasgos permitirían distinguirlo. En primer lugar, debemos aceptar que no habrá más distinción en el texto legal entre el Derecho Comercial y el Derecho Civil.

Hoy, existe un Derecho Privado que podría subdividirse a fines del estudio o de separaciones con fines similares, no ya en Derecho Civil y Derecho Comercial, sino en distintos grupos identificados no por la especialidad o por la categoría histórica; no por la obtención de lucros y la obtención de otros resultados; se divide, si el intérprete quiere o necesita hacerlo, de acuerdo a las institución que está siendo regulada: por ejemplo, derecho referido a la persona física; derecho de la familia; derecho de las obligaciones civiles y comerciales; derecho de los contratos; derecho de otras figuras que no son contratos; los sistemas de organización de personas jurídicas; derechos vinculados a los derecho reales; negocios inmobiliarios; principios del derecho en general, interpretación y aplicación de las leyes.

El derecho de la contabilidad y de los estados contables en Argentina, conserva una alusión vaga a la empresa en su artículo 320, que el legislador ha considerado necesario incorporar: ¿por qué? La empresa no se define, ni siquiera por su pertenencia, como en el pasado, a un género de organización con o sin fines de lucro.

La empresa, y tampoco el mercado, son conceptos íntegramente jurídicos. Si constituyen, estructuras de la realidad sociológica o del orden económico.

Pero a esas estructuras, el derecho las califica o distingue, para dar algunos efectos legales necesarios para su funcionamiento.

Al nuevo Derecho Privado, unido al caducar los elementos que lo distinguían (se suprimen las distinciones de las nociones de comerciante, estatuto del comerciante, actos de comercio, actividad con fines de lucro o actividades sin apropiación de excedentes) se le aplican reglas especiales: una de ellas es atribuir la obligación de elaborar estados contables, a las empresas comerciales o a las organizadas en forma de empresas no mercantiles (empleando este término a la vieja usanza).

El fin de lucro o la organización para obtener lucros no es ya una situación que marque especialmente una diferencia que se pueda considerar remarcable, apta para diversificar a todo un sector legal aplicable con diferentes matices que al resto.

Ya no. No interesa ahora regular, controlar o ceñir al comerciante individual. No importa que se inscriba o no como tal en un registro, no resulta trascendente para la ley, que cumpla previsiones específicas por su actividad. Es más, en fin de lucro, no es tomado como base, en nuestra opinión, del orden mercantil. Propósito de lucro habrá en diversas actividades que no son las típicas del antiguo Derecho Comercial.

Ocupan en centro de la escena otras figuras y otras estructuras legales. Me refiero a las organizaciones jurídicas que por medio de una personalidad jurídica o de alguna otra manera legal, adquirirán derechos y contraerán obligaciones o será sujeto de relaciones jurídicas.

Dice Vanberg:<sup>26</sup>

Tanto en el lenguaje diario, como en el discurso académico, usualmente hablamos de entes colectivos como empresas, asociaciones

26. Vanberg, Viktor J. en "Las organizaciones como sistemas constitucionales", publicado en "Libertas", edición semestral de ESEADE, n° 31, Octubre 1999, Año XVI, Buenos Aires, páginas 153 a 155.

voluntarias, partidos políticos o gobiernos, como si fueran unidades que actúan y toman decisiones, tal como los seres humanos lo hacen. Decimos, por ejemplo, que los gobiernos realizan acciones, que las empresas siguen estrategias, o que las universidades deciden ciertos cursos de acción, como si los gobiernos, empresas o universidades poseyeran una capacidad que normalmente atribuimos a las personas individuales, esto es, la capacidad de elegir y actuar. La cuestión acerca de la importancia que debemos dar a este uso de lenguaje ha sido siempre un tema central en la controversia entre los partidarios y los opositores del principio del individualismo metodológico.

Algunos proponentes del individualismo metodológico han presentado argumentos como si creyeran que su postura metodológica requiriera negar categóricamente que dicho lenguaje puede ser nada más que una metáfora, y que puede ser utilizado solamente como una abreviación conveniente de lo que debería, de otra forma, ser presentado en un lenguaje más engorroso. Tomar ese lenguaje literalmente, como si en verdad existieran “actores colectivos”, es incurrir en la falacia de atribuir existencia real a los conceptos colectivos de nuestro lenguaje. Los opositores al individualismo metodológico, por otro lado, tienden a insistir que dicho lenguaje no es meramente metafórico, y que las entidades colectivas como las empresas o los gobiernos son, en verdad, “actores reales”. Según este punto de vista, es precisamente la incapacidad del individualismo metodológico para tratar este aspecto de la realidad social lo que lo convierte en un principio no apropiado como guía de la teoría social (cita a Etzioni 1974:87, 95 ss).

Vanberg sostiene también, que “los opositores al individualismo metodológico tienen razón al insistir que es más que solamente lenguaje metafórico cuando hablamos de decisiones y acciones de empresas, asociaciones, gobiernos y otras organizaciones. Esto es, que las or-

ganizaciones pueden, en verdad, ser justamente consideradas como unidades actuantes que toman decisiones o, tomando prestado del término de James S. Coleman (1974; 1990), como actores corporativos. Sin embargo, agregaré también, que sería erróneo concluir que debemos “abandonar el individualismo metodológico” (Schmitt y Marwell 1977:176) si queremos considerar a las organizaciones como actores en su propio derecho. Supongo que una adecuada teoría de las organizaciones representa “actores corporativos” en más que un sentido metafórico, y tiene que mostrar cómo este hecho puede ser acomodado en base a la metodología individualista”. Aclara el investigador, que debemos “distinguir cuidadosamente entre dos clases de conceptos colectivos, tal los que se refieren a entidades colectivas organizadas, como empresas, universidades o gobiernos, y aquellas que se refieren meramente a categorías estadísticas o construcciones conceptuales como “los desempleados”, “los intelectuales”, “la clase trabajadora” o “la humanidad”. En contraste con lo anterior, éstos últimos simplemente no existen como unidades organizadas, equipadas con un aparato para la acción concertada”.

Yendo al plano del derecho, se nos presentan colectivos u organizaciones estructurales o sistemas de derecho, que no solo actúan como “personas jurídicas” sino que se presentan en otros sectores del Derecho Privado: por ejemplo, los “contratos asociativos” o los fideicomisos o los fondos comunes de inversión; ellos son organizaciones colectivas que no tienen personalidad jurídica, pero de algún modo aparecen cohesionados en el derecho como una unidad operativa y jurídica.

Terminamos, diciendo que estos temas, recién comienzan a tratarse. Pero ya visualizamos que las organizaciones empresarias son estructuras no íntegramente jurídicas, pues tienen elementos jurídicos junto a otros económicos, de ciencias de la administración, de teoría de la organización y similares.

Antes, el cambio iniciado en el Derecho italiano en 1942, siguieron otros plasmados en el derecho privado que admitió Códigos unificados (Brasil, Perú, Paraguay) y también la empresa es en forma muy interesante tratada en la Constitución en Perú. El cambio argentino, unificando el derecho privado civil y comercial es audaz y pretende ser el camino definitivo, pensando en obligar a los juristas a abandonar la división del derecho privado y a considerarla como una unidad.

Ya hay iniciativas para realizar cambios al Código Civil y Comercial de la Nación, porque se plantea como evidente que necesita ajustes. Pero también es cierto que este será un camino sin retorno, ya que la unificación, que es perfectible y que necesita ajustes, es en la Argentina, un futuro definitivo.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAO, Christian Alberto, “La libertad de empresa y la no discriminación”, Revista *La Ley*, 30 de junio de 2014.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de, “Tratad de direito comercial brasileiro”, Actualizado por Ricardo Negrão, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1.
- CHULIÁ, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edición del autor, Valencia 1982.
- CRACOGNA, Dante, “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, Buenos Aires, 2013.
- IRUJO, J. M. Embid, “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica”, en Foro de derecho mercantil, enero — marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013.
- ETCHEVERRY, R. A., “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987.

- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes”. Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1992.
- GALGANO, F., “La teorie dell’ impresa”, Trattato di Diritto CoMmerciale, vol. II, Cedam, Padova, 1978.
- GARRIGUES, J., “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1.
- GHERSI, C. A.; WEINGARTEN, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- HEERS, Jacques, “Historia de la Edad Media”, Editorial Labor SA, Barcelona 1984, 3ra. Edición.
- LEUBE, Jorge Jiménez, “Buen gobierno y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada”, en *Vis iuris, Universidad Sergio Arboleda*, vol. 1, nº 1 enero-junio de 2014, Colombia 2014.
- MENCÍA, J. Juste, “Factor de comercio, gerente de empresa, director general”, Real Colegio de España, Bolonia 2002, *passim*.
- MAJO, J. O. Llebot, “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996.
- MITRE, Emilio, “Historia de la Edad Media en occidente”, Ediciones Cátedra SA, Madrid 1995.
- MORISSETTE, Ives-Marie, “Les caractéristiques classiquement attribuées á la common law, en *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, Julio-septiembre 2013, nº 3.
- NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, “Código Civil comentado”, ed. Revista dos Tribunais, 2006, 4ta. edición.
- TOMAZATTE, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas SA, Sao Paulo, 2008, vol I.
- VANBERG, Viktor J., “Las organizaciones como sistemas constitucionales”, publicado en “*Libertas*”, edición semestral de ESEADE, nº 31, Octubre 1999, Año XVI, Buenos Aires.





# VISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA ARGENTINA

*Gabriela Pamela Butti<sup>1</sup>*

## 1. LA EMPRESA FAMILIAR FRENTE AL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

### 1.1 La Empresa Familiar. Definición. Valores de la Empresa Familiar.

Como ya se ha sostenido, se considera que hay “Empresa Familiar”, más allá de las diversas definiciones, más o menos estrictas o amplias, cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo.<sup>2</sup>

---

1. Abogada egresada en la Universidad de Buenos Aires. Diploma de honor., docente de la Universidad de Buenos Aires, maestranda en “Derecho Comercial y de los Negocios” (UBA).

2. Serna Gómez, Humberto y Suárez Ortiz, Edgar “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento”, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Pág. XIII y con otros datos Monreal Martínez, Juan y otros “La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial”, Ed. Civitas, Madrid, 2002. Pág. 39.

La empresa familiar tiene los valores de la familia, que es el pilar de la sociedad y los valores de la empresa, que es la que crea riqueza. Asimismo, tiene una enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo y presenta grandes fortalezas que las hace más exitosas que las no familiares cuando están debidamente organizadas.<sup>3</sup>

En lo social las empresas familiares son más consistentes ya que soportan mejor las crisis económicas por su vocación de permanencia, tienden a generar mano de obra intensiva y estable y tienden a realizar inversiones a largo plazo sin la compulsión de ganancias inmediatas<sup>4</sup>. Por su lado, la importancia ética de la empresa familiar es evidente y resulta de los propios valores de la familia: afecto, unión, confianza, protección, educación, transmisión cultural, esfuerzo y solidaridad.

## 1.2 Estadísticas sobre las Empresas Familiares. Situación actual.

La Empresa Familiar posee como tal una enorme trascendencia y un gran reconocimiento en otras latitudes. En efecto, la trascendencia económica de la empresa familiar resulta de su alto grado de participación en las economías de los diversos países. El observatorio de la (PYMI) (Pequeña y Mediana Empresa Industriales) de la Argentina, proporciona datos que refieren que el 71% son empresas familiares, el 90% de ellas dirigen sus ventas al mercado interno y el 10% que resta, al mercado internacional. Hay una considerable concentración regional ya sea de ventas del mercado interno como de exportaciones: el 53% de las ventas internas se concretan en la provincia que se originan. Actualmente, el porcentaje de las ventas externas en nuestro país ha disminuido debido a las políticas de comercio exterior.

---

3. Serna Gómez, Humberto y Suárez Ortiz, Edgar “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento”, cit. Pág. 33.

4. Dodero, Santiago “El secreto de las empresas familiares exitosas”, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2008, Pág 17.

En tal sentido se afirma que los porcentajes de las empresas familiares sobre el total de empresas existentes son los siguientes: Italia 99%; U.S.A. 96%; Suiza 88%; Reino Unido 76%; España 71%; Portugal 70%, Argentina 70% y Colombia 68%, aun cuando las apreciaciones no coinciden entre los autores y las mediciones varían por año.<sup>5</sup>

Es tan importante la empresa familiar dentro de la economía local de un país, que cuando se sabe que un bien o servicio es producido por este tipo de empresas, genera la idea de tradición, confianza y calidad.

Tal es el caso de las empresas familiares que conocemos hoy en día, en Argentina el Grupo Arcos (alimentos), Café Cabrales, Vitamina (textil), Loma Negra (cementera), Molinos Río de La Plata (alimentos).<sup>6</sup> En el ámbito iberoamericano se encuentran importantes desarrollos de doctrina y prácticas contractuales sobre empresas familiares (protocolos) en México y en otros países.

En particular deben destacarse los casos de Colombia y de España, países en donde, además de legislarse un tipo social propicio, se ha regulado sobre la publicidad de los “protocolos de empresa familiar” mediante tres diversas formas de inserción en el registro mercantil.

Por su lado Italia ha legislado el trabajo y la propiedad de los familiares en la “sociedad tácita familiar” (empresa familiar de hecho) y, además, ha reconocido la posibilidad de “pactos de familia” mediante los cuales el empresario transfiere la hacienda, o el titular de partes sociales transfiere éstas, a uno o más descendientes, con consentimiento de su cónyuge y los demás herederos, permitiendo una ordenada sucesión en la empresa familiar, lo que en forma similar han legislado Francia<sup>7</sup> y España.<sup>8</sup>

---

5. Ángel, María Eugenia. Proyecto de Investigación. La importancia de la empresa familiar en el sector industrial- Departamento de ciencias económicas, Universidad de la Matanza. Argentina. Año 2009.

6. Folle, Carlos. Gobierno y sucesión en la empresa familiar latino-americana.

7. En Francia, la normativa está en la ley 2006/728 del 23 de junio de 2006.

8. En España se modificó el art. 1056 del Código Civil estableciéndose una solución similar.

Sin embargo, la empresa familiar, desde su problemática jurídica como tal, es una entidad prácticamente ignorada por la doctrina nacional argentina.

### **1.3 La Empresa Familiar en el Código Civil y Comercial Argentino. Necesidad de regular las cuestiones especiales. Óptica del derecho de familia y sucesorio.**

El Código Civil y Comercial no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad, la falta de planeamiento de la sucesión, ingreso de nuevos socios etc.

Frente a la falta de legislación que atienda a las necesidades propias de las empresas familiares, todo ello crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad de modo de posibilitar su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad, principalmente al pasar a manos de las siguientes generaciones.<sup>9</sup>

El momento más difícil que atraviesa una empresa familiar es cuando el fundador de la empresa desaparece y no se prepara a alguien para su continuidad. Entonces empieza la guerra de los hijos por querer manejar la empresa, muchas veces conociendo o no el manejo de la misma y no están capacitados para continuarla. Estas situaciones son las que pueden poder fin a este tipo de empresas.

En Argentina, el nivel de subsistencia al cambio generacional es el siguiente: El 30% llega a la segunda generación y un 9% llega a la tercera generación. El resto desaparece.

---

9. Favier Dubois (h), E.M. (Director) “El Protocolo de la empresa familiar, elaboración, cláusulas y ejecución” Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

Estos porcentajes mejoran e los países anglosajones y europeos, donde la mayoría cuenta con protocolos de trabajo.<sup>10</sup>

En suma, la familia empresaria debe lograr superar la confusión entre familia y empresa, logra estructurarse, profesionalizarse, crear sus órganos de gobierno empresarial (directorío) y familiar (consejo de familia),<sup>11</sup> articular un plan de sucesión en la gestión y en la propiedad, y suscribir un acuerdo familiar o “protocolo de empresa familiar”,<sup>12</sup> tales progresos en los planos de la gestión y de la familia son los que van a asegurar la continuidad de la empresa, acompañado de un marco legal favorable para su subsistencia, desarrollo y mayor productividad.

## 2. CONCEPTOS RELATIVOS A LA EMPRESA FAMILIAR, DERECHO DE FAMILIA Y SOCIETARIO. CONTENIDO VINCULADO AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN UNIFICADO ARGENTINO

*Esther Noemí Smittenaar<sup>13</sup>*

### 2.1 ¿Qué es una empre familiar?

Es cierto que no existe un concepto unívoco. Sin embargo, cabe destacar que es claro que la empresa familiar presenta al menos dos

10. Ver también la doctrina publicada en la página web del Instituto Argentino de la Empresa Familiar: [www.iadef.org](http://www.iadef.org)

11. Favier Dubois (h), E.M. (Director) Y Graciela Medina “Empresa, Familia. Proyecto de incorporación al Código Civil”, Rev. de derecho de familia y las personas, Editorial La Ley, Buenos Aires, año IV, N° 1 enero-febrero 2012, pág. 4 y sigs.

12. Favier Dubois (h), E.M. (Director) “El Protocolo de la empresa familiar, elaboración, cláusulas y ejecución” Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

13. Abogada egresada en la Universidad de Buenos Aires. Docente en la Universidad de Buenos Aires.

elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa.

O sea que se trata de una empresa, cualquiera sea su forma jurídica, que es de propiedad, conducida o controlada por un grupo familiar que hace de ella su medio de vida. A dichos elementos objetivos podría sumársele uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.

Los autores que se han acercado al concepto de empresa familiar han formulado diversas definiciones que pueden clasificarse en amplia, intermedia y restrictiva.

En su definición más amplia, para que una empresa sea considerada familiar basta con que el control de las decisiones estratégicas recaiga en los miembros de una familia y que exista el deseo explícito de que ese control perdure en el futuro (Poder Político).

En la definición intermedia el fundador y sus descendientes no solo controlan la empresa y las decisiones estratégicas, sino que tienen cierta participación directa en la ejecución de esas estrategias (Poder Político + Gestión).

En tercer lugar, en la definición restrictiva, solo se consideran familiares a aquellas empresas en las que varias generaciones de una determinada dinastía familiar tienen un control y una presencia activa en la gestión y, por lo tanto, la participación de la familia en los diversos niveles de dirección y ejecución es muy intensa (Poder Político + Gestión + Propiedad).<sup>14</sup>

La empresa familiar implica, conceptualmente, la atención de las problemáticas que nacen de la interrelación entre la familia

---

14. Galve Ortiz y Salas Fumás “La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados” (Madrid, Fundación BBVA, p. 23) citado por Pita Grandal, Ana María “Cuestiones Tributarias de la Empresa Familia”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 20.

y la empresa, de sus sinergias y de sus conflictos nacidos de valores diferenciales (solidaridad *vs.* competitividad; igualdad *vs.* rentabilidad).<sup>15</sup>

En una empresa familiar conviven diversos intereses, cada uno de ellos dignos de protección: los de los padres, fundadores, cónyuges, hijos, parientes sanguíneos, parientes políticos, administradores, empleados, accionistas, proveedores, clientes, sus acreedores, y sus sucesores. Tal complejidad de intereses hace que, modernamente, el fenómeno de la empresa familiar sea analizado no ya bajo el esquema de la teoría de los dos círculos “familia-empresa”, sino se ha ensayado para el análisis el concepto de los tres círculos “familia-empresa propiedad”. De todos modos, el mantenimiento de la empresa familiar se vincula con el mantenimiento de la familia y su idea de perdurabilidad.

## 2.2 Fortalezas y debilidades en las empresas familiares

Entre las fortalezas de las empresas de familia, comparativas respecto de empresas no familiares, la doctrina destaca la unidad de objetivos y el mayor compromiso de sus miembros, la confianza recíproca y el intercambio de conocimientos, la flexibilidad en el trabajo, en los tiempos de dedicación y en las exigencias de dinero, el planeamiento a largo plazo de los objetivos, una cultura y una estructura estables, la rapidez en la toma de decisiones y el orgullo y confiabilidad que da pertenecer a ella.<sup>16</sup>

15. “El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia” en co-autoría con Oscar D. Cesaretti en “Jornadas Nacionales de Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Ed. FPIYDCJ y FJM, Bs.As., 2007, p. 405.

16. Cuesta Lopez, Jose Valeriano “Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar”, Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia 2001, p. 29.

Pero lo que son fortalezas, luego de cierta medida, pueden convertirse en debilidades que, por ende, generan conflictos muy difíciles de superar.

Al respecto se han señalado, en primer lugar, debilidades de tipo “familiar”, como la existencia de un modelo monárquico, los conflictos personales entre padres, hijos y hermanos, las repercusiones de la conducta escandalosa de algún miembro y la confusión entre la subordinación familiar y la empresarial.

También se destacan, en segundo término, el plano de las debilidades “empresarias”: la existencia de una caja única para la empresa y para la familia, la falta de uniformidad y claridad en las cuentas particulares, el desempeño inadecuado de familiares empleados, un estilo de gestión patriarcal, una actitud refractaria a la modernización, el temor a las inversiones de no familiares, las tensiones entre empleados de la familia y no familiares, y una tendencia al estancamiento en el crecimiento.

A dichas debilidades se suman, en tercer lugar, otras de carácter “patrimonial”, vinculadas a la transmisión de las acciones y a la retribución del capital, tales como la falta de planificación adecuada en la materia, la concentración de riesgos, una política inequitativa de distribución de dividendos y barreras para la salida de los familiares de la sociedad.

Finalmente, también se señalan, en cuarto término, debilidades en la “forma jurídica”, sea por tener una estructura legal inadecuada para su dimensión, por no separar el patrimonio familiar del empresarial, por haberse transmitido en vida las acciones de los padres a los hijos y, en suma, por no haberse planificado adecuadamente la secesión en el control accionario y en los cargos directivos.<sup>17</sup>

---

17. Cuesta Lopez, Valeriano, Op. Cit. Pág. 61.



## 2.3 Conceptos importantes de la empresa familiar

La empresa familiar está íntimamente enlazada al derecho de familia, que es de orden público, ya que se encuentran relacionados en ésta: el régimen económico material, relaciones patrimoniales que se originan de las uniones de hecho y el derecho de sucesiones.

### a) La familia:

Un concepto jurídico brindado por Eduardo Zannoni, reconocido jurista argentino: “Es el conjunto de personas entre las cuales existe vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual, la procreación y el parentesco”

### b) Vínculo familiar:

El núcleo familiar comprende tres núcleos:<sup>18</sup>

1. Vínculo Biológico: Es el producto de la ley natural es el componente primero de la institución familiar, determina los lazos con respecto a los padres e hijos.
2. Vínculo Jurídico: Constituye el elemento secundario del Vínculo familiar. Requiere la existencia previa del biológico, que puede ser reconocido legalmente. Este vínculo tiende a reglamentar al biológico, así reglamentará a la unión de las parejas, matrimonio o unión de hecho o convivencial.
3. Vínculo Familiar: Es el vínculo que une a los integrantes de la familia, que descienden de un mismo tronco, y están unidos por lazos ya sea de sangre, de afinidad o por adopción.

En el Código Civil y Comercial está regulado en los artículos 529 al 536.

18. Díaz de G, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tipografía editora Argentina. Buenos Aires. Año 1953.

Los vínculos familiares son los más importantes que existen, aunque se rompan uniones conyugales o convivenciales, siempre habrá relación cuando se tiene descendencia, en el caso de las empresas familiares, se debe tratar de preservar el negocio, aunque haya separaciones o conflictos emocionales, pues debe imponer el interés social.

## 2.4 Las normas aplicables a la empresa familiar

La empresa familiar no está regulada como tal en el nuevo Código Civil y Comercial unificado ni en ninguna otra legislación nacional, ni tampoco constituye un tipo social específico en la ley de sociedades comerciales. Por ende, al carecer de regulación especial le son aplicables las normas comunes del derecho privado y del derecho público vinculadas a sus integrantes, estructuras y actividades.

Si bien no hay artículos específicos sobre este tema, hay una serie de nuevas disposiciones que permiten mejorar el marco legal para evitar conflictos, fortalecerlas y darles continuidad.

**Sociedades entre cónyuges:** En el nuevo Código se admite cualquier tipo de sociedad entre cónyuges, no sólo una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada.

El matrimonio puede optar por el régimen de separación de bienes, lo cual impactará en la empresa de uno de ellos. Esto implica que cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales y es responsable por sus deudas.

En el caso de dos socios en concubinato o unión convivencial, el nuevo código establece efectos para casos que superen los dos años de convivencia.

Además, se permite establecer pactos de convivencia sobre algunos bienes adquiridos en conjunto.

**Forma societaria:** Las empresas familiares deberán adecuar su estructura legal. Deberán acomodarse las sociedades de hecho o ci-

viles. Si son sociedades anónimas, tendrán que ver si pueden asumir la forma de una sociedad anónima unipersonal.

Si la estructura de la empresa familiar es reducida y ambos cónyuges son los fundadores, no es necesario tener una sociedad de responsabilidad limitada o anónima, sino que podrá adoptarse el sistema de las sociedades simples.

Se suprimen las sociedades de hecho y las sustituyen sociedades informales en las que el contrato es plenamente oponible entre las partes y aun frente a terceros (esto es una diferencia importante con respecto al régimen anterior).

Además, en las sociedades informales la responsabilidad no es solidaria sino mancomunada (cada socio responde por una porción y no por todo el pasivo).

### 3. LOS CONFLICTOS Y SU PREVENCIÓN A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Noelia Ruiz<sup>19</sup>*

#### 3.1 Los conflictos y la profesionalización de la empresa familiar

Dos aspectos fundamentales para la superación de conflictos y profesionalización de la empresa familiar son:

La instauración de los órganos de gobierno y del protocolo familiar.

Los órganos de gobierno (junta de accionistas, consejo de familia y directorio o consejo de administración) deben mantener reuniones periódicas en las que los roles y los objetivos de cada órgano estén

19. Abogada y docente de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en “Derecho Comercial y de los Negocios” y en “Docencia Universitaria” (UBA). Becaria UBACyT.

perfectamente delimitados, todo ello en miras a evitar uno de los conflictos más comunes de las empresas familiares: los integrantes de la familia se comportan como tales cuando están ejerciendo el mando de la empresa y cuando se encuentran en la intimidad del hogar se comportan como socios.

Es válido poner de resalto que, cuanta mayor claridad haya en las funciones y límites que tienen las personas que componen la empresa, habrá menor posibilidad de conflicto.

### 3.2 Los órganos de gobierno

Deben dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Cómo vamos a gobernar la empresa? ¿Cuántos directores habrá en el directorio? ¿Quién los nombra? ¿Cuáles son los requisitos para ser director? ¿Cada cuánto se reúnen los socios, los directores y los gerentes? ¿Qué información imprescindible deben manejar los socios? ¿Qué derechos tienen los accionistas? ¿Qué obligaciones? ¿Cuáles son las responsabilidades de los directores, de los gerentes, de los socios? ¿Quién organiza la Asamblea Familiar? ¿Quiénes participan? ¿Cuántos consejeros familiares, titulares y suplentes existirán? Etc.

Así las cosas, en gran medida el éxito dependerá de la buena articulación que exista entre el Consejo de Familia y el Consejo de Administración o Directorio y la Junta de Accionista. Es por esta situación que muchas familias empresarias “crean organismos paralelos de buen gobierno para tomar decisiones con más eficacia y para reforzar la exigencia de responsabilidades en la gestión del negocio y en las relaciones familiares. El papel del consejo es dirigir la empresa mediante la creación de estrategias sólidas, controlar los resultados y garantizar que tiene un liderazgo competente.”<sup>20</sup>

---

20. Carlock, Randel S. y Ward, John L. “La excelencia en la empresa familiar”, Ediciones Deuto, Madrid, 2010, p. 217.

El Consejo Administrativo o Directorio, deberá:

- Controlar que la empresa cumpla sus objetivos;
- Participar en la planificación estratégica;
- Propender a la unión de los accionistas que son parte de la familia con el equipo directivo;
- Asesor y apuntalar al alto mando;
- Representar a aquellos accionistas que no son parte de la familia, si es que existieran.

Por otro lado, El Consejo Familiar deberá:

- Revisar y actualizar los protocolos familiares;
- Transmitir la misión, visión y objetivos de la empresa a sus integrantes más jóvenes y empleados;
- Crear permanentemente entre sus miembros el sentimiento de pertenencia;
- Intentar profesionalizar al máximo posible la empresa familiar;
- Mediar en los conflictos familiares.

La Asamblea de Accionistas, compuesta por familiares o extraños, tendrá como rol principal realizar aportes financieros.

### 3.3 El protocolo de empresa familiar

El protocolo es un documento con aspectos legales que tiende a regular las relaciones entre la familia, la empresa y la gobernabilidad, o sea, la gestión diaria, y a profesionalizar a la familia empresaria sobre esos tres ejes.

Es menester poner de resalto que requiere de una etapa previa de reflexión y discusión en la que se plantearán cuáles son los desafíos

empresarios a superar, cuáles pueden ser los conflictos que se presentarán y con base en ello deberán redactar las cláusulas que luego serán el remedio para afrontar situaciones de crisis, ya sean de índole económicas, financieras o personales.

Así, el protocolo tendrá un doble rol, será una herramienta de prevención y de solución. El documento se construye, generalmente, con un Prólogo, donde se define cuál será la misión, visión y objetivos de la Empresa y de la Familia, los valores que tienen y los que se comprometen a desarrollar. Y aunque no existe un “modelo” para confeccionarlo, porque cada familia es única, podemos decir que un Protocolo de Empresa Familiar debería regular al menos las siguientes cuestiones:

- Determinar cuáles serán los órganos de gobierno de la empresa familiar, quiénes lo componen y la periodicidad de las reuniones;
- Establecer el régimen de transmisión de acciones, fijar un sistema de preferencias o ingreso de accionistas ajenos a la familia;
- Planificar la sucesión del fundador o de la persona que ejerza la toma de decisiones;
- Estipular normas de garantías para su cumplimiento;
- Acordar cláusulas de revisión y actualización del protocolo.

Para concluir destaco que su fuerza obligacional no es exclusivamente normativa, ya que no deriva solamente de la presión o coacción prevista contractualmente, sino también de un elemento psicológico: el convencimiento de sus firmantes, al momento de integrar el protocolo, de que existe una imperiosa necesidad de cumplir su contenido en beneficio de la continuidad de la empresa y de la propia familia.

### 3.3.1 Conflictos: Prevenciones que aporta el nuevo Código Civil y Comercial

Si bien nuestro Código Civil y Comercial (que entró en vigencia el 1º de agosto de este año) no regula expresamente a la empresa familiar, contiene una serie de normas que configuran un marco legislativo favorable para prevenir conflictos y facilitar la programación patrimonial y sucesoria en la empresa familiar.

Al respecto, corresponde destacar que:

- a) Aumenta el valor del “Protocolo Familiar” al conferir a sus cláusulas dispositivas pleno efecto entre las partes (familiares que lo firman) y respecto de terceros que las conocieren (otros parientes, empleados) mediante la regulación de los “contratos asociativos” (art. 1442 CCCN)<sup>21</sup>. Vale decir, como se ha expresado al respecto el Dr. Favier Dubois (h), el protocolo debe ser considerado como un “contrato asociativo”, ya que es un instrumento “de colaboración” como “de organización” y también “de participación”, con una clara “comunidad de fin”.

En este mismo sentido, y siguiendo el concepto de “contrato asociativo” que nos ha enseñado en innumerables oportunidades el Prof. Raúl Aníbal Etcheverry, ya sea a través de su doctrina o en las aulas, no cabe duda que el “protocolo familiar” es un contrato asociativo, ya que el mismo tiene vocación plurilateral, tiene como fin crear una organización operativa, un sistema de desarrollo perdurable en el tiempo, y se distingue

---

21. Art. 1442.- “Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho...”

- porque está destinado a satisfacer un fin común, generalmente gestionando un patrimonio también común.
- b) Permite mantener fuera de la propiedad de la empresa familiar a los parientes políticos (yernos y nueras), al admitir la posibilidad de que los hijos se casen bajo un régimen matrimonial de “separación de bienes”, lo que implica que la propiedad sobre la empresa (acciones o cuotas) que los padres entreguen a sus hijos, incluyendo los dividendos, les sigan perteneciendo totalmente a éstos, aun cuando se divorcien (art. 505 CCCN). En él, cada uno de ellos conservará la libre administración y disposición de sus bienes personales.
  - c) Permite dar fuerza legal inmediata al plan de sucesión en la propiedad de la empresa familiar al posibilitar que los herederos formalicen entre sí un “pacto de herencia futura” por el cuál, respetando las legítimas hereditarias, se adjudique la empresa solo a quienes trabajan en ella y los demás bienes a los demás, con las compensaciones monetarias que pudieran corresponder (art. 1010 CCCN).
  - d) También permite planificar mejor la sucesión en la propiedad ya que aumenta el poder fundador para disponer libremente sobre una parte de su herencia, que pasa del 20% al 33%, situación que lo faculta a dar más poder en la empresa a los hijos que están más comprometidos con la labor diaria, generando así una sana competencia (art. 2445 CCCN).
  - e) Como herramienta fundamental para dirimir los conflictos, el Código regula la figura del “arbitraje institucional”, acentuando su fuerza legal, lo que permite que toda empresa familiar haga un pacto por el cual los litigios entre familiares no se desarrollen ante los tribunales del Estado, donde se magnifican y tienen riesgo de hacerse públicas sus cuestiones privadas, sino ante un organismo no oficial, en forma confidencial y con ahorro de tiempo y costos (art. 1649 CCCN).



- f) Finalmente, aún para el caso de que los conflictos no hubieran podido prevenirse, gestionarse debidamente, o ser diferidos a tribunales arbitrales, el Código establece que, en casos de divorcio o sucesión, cuando deban dividirse bienes, la propiedad de la empresa va a ser atribuida preferencialmente por el juez a quienes participaron en su formación o a favor de quienes estén más capacitados para llevarla adelante (arts. 499 y 2380).

## 4. MODIFICACIONES EN EL ASPECTO SOCIETARIO

*Sergio Bregliano<sup>22</sup>*

### 4.1 Innovaciones que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Es necesario comenzar señalando que nuestra legislación civil y comercial, la que se encontraba concentrada en dos códigos de fondo — el Civil, del año 1871, y el Comercial, del año 1862, cada uno de ellos con sus respectivas modificaciones y normativa complementaria — ha sido unificada en un único cuerpo normativo — Ley n° 26.994 —, el que se encuentra vigente desde el día 1º de agosto del corriente año.

Este cuerpo legal, ha receptado la copiosa y extensa jurisprudencia y doctrina nacional, como así también se ha nutrido de la moderna y novedosa legislación extranjera.

Dentro de este nuevo Código, y en atención a la materia que nos ocupa, de neto corte comercial, debe manifestar que se ha aglutinado, en lo atinente a contratación, y particularmente entre los artículos 957 a 1091, las pautas atinentes a su interpretación.

---

22. Abogado, Universidad de Buenos Aires. Docente de Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho, UBA.

De vital importancia resulta señalar que el artículo 958 se manifiesta sobre la libertad que poseen las partes para contratar, señalando expresamente que aquellas son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

El artículo 959, extiende y consolida el efecto vinculante del contrato, que el mismo, válidamente celebrado, es obligatorio para las partes.

Por último, y en ese mismo sentido, el artículo 962 establece que “... las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible...”

Lo expuesto brevemente a renglón que precede, respecto estos tres artículos que integran el conjunto más amplio de normas directamente atinentes a la materia contratos, sirve para anticipar que se encuentra nuevamente de forma plena, y con mayor fuerza que antes, la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en lo que hace al cumplimiento del contrato, en lo que hace al nacimiento y cumplimiento de las obligaciones en los aspectos previo, concomitante y posterior.

Ello, y en lo que nos ocupa, resulta aplicable a la relación de los cónyuges en la esfera del ámbito patrimonial, más puntualmente en lo que hace a aquellas relaciones que se cristalizan en el aspecto societario.

La unificación de los Códigos Civil y Comercial en un único cuerpo de normas, no se ha agotado en sí mismo, sino que de manera directa — anexos — o indirecta — adecuación de normativa complementaria —, ha incidido en la legislación, que de manera conexas y necesaria integra el completo panorama normativo de la República Argentina.

En lo que hace a la materia societaria, se han introducido modificaciones al régimen general previsto por la Ley n° 19.550, ley que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se denominaba de Sociedades Comerciales.<sup>23</sup>

---

23. La Ley de Sociedades Comerciales ha pasado a llamarse, luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, “Ley General de Sociedades”.

Dentro de las principales innovaciones en esta materia, deben señalarse las siguientes:

- (i) Se modifica el concepto de sociedad<sup>24</sup>, el que queda redactado de la siguiente manera: “Artículo 1º. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliga a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando en los beneficios y soportando las pérdidas.”
- (ii) Se establece que en lo que hace a la sociedad unipersonal — novedad en nuestra legislación —, sólo podrá ser constituida como una sociedad anónima.
- (iii) Se modifica el contenido que ha de presentar el instrumento constitutivo de la respectiva sociedad a crearse, el que se encuentra detallado en el nuevo artículo 11 de la Ley.
- (iv) En cuanto al régimen aplicable, el nuevo artículo 22<sup>25</sup> establece que:

El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al

24. El texto del artículo modificado establecía “ARTÍCULO 1º — Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

25. Sobre la regularización, el antiguo artículo 22 manifestaba. — La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta ley. No se disuelve la sociedad irregular o, de hecho, continuando la sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquella; tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios. Cualquiera de los socios podrá requerir la regularización comunicándolo a todos los socios en forma fehaciente. La resolución se adoptará por mayoría de socios, debiendo otorgarse el pertinente instrumento, cumplirse las formalidades del tipo y solicitarse la inscripción registral dentro de los sesenta (60) días de recibida la última comunicación. No lograda la mayoría o no solicitada en término la inscripción, cualquier socio puede provocar la disolución desde la fecha de la resolución social denegatoria o desde el vencimiento del plazo, sin que los demás consocios puedan requerir nuevamente la regularización.

tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

(v) El nuevo artículo 27 expresa “Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.”

La modificación que antecede, es la que más interesa a nuestro análisis. El anterior artículo establecía:

[...] los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Cuando uno de los cónyuges adquiriera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo.

Si los esposos llegasen a ir contra lo preceptuado por este artículo, la sanción que ello acarreaba era la de nulidad.

Conforme la modificación que se ha señalado, resulta claro que lo que ha buscado el legislador, al momento de reformar este punto crucial del derecho societario, ha sido el de ampliar de forma benéfica el espectro de sociedades que pueden constituir ambos cónyuges en conjunto, incluso aquellas, que se encuentran en la Sección IV de la Ley.<sup>26</sup> Ello, en atención asimismo a las modificaciones de índole civil que sin duda confluyen en el entramado de una sociedad.

El fin del artículo anterior, reflejada la voluntad del legislador destinada a acotar la responsabilidad de los cónyuges entre sí, estable-

---

26. En la SECCION IV se encuentran aquellas sociedades no constituidas regularmente.

ciendo un criterio delimitado, donde aquella no resultase solidaria, y donde cada uno de ellos, en relación a las deudas contraídas dentro del seno de la empresa, respondiese por sus obligaciones, sin que ello importase afectar el patrimonio general del otro, el que no necesariamente debía reflejarse íntegramente con los bienes y fondos que los cónyuges integrasen a la sociedad.

A fin de clarificar la anterior postura normativa, resulta menester indicar que lo que la ley no permitía — por eso el carácter prohibitivo en cuanto al alcance de la constitución de sociedades más allá de las dos que habilitaba, cuyo incumplimiento sancionaba con la nulidad — era que los actos realizados por uno de los cónyuges afectase el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 5º de la Ley nº 11.357 cual señalaba que “los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que el administre responden por las deudas de las mujer.”

Entonces, lo que se buscaba por medio de la prohibición del articulado derogado, era que los cónyuges no se sometiesen a un régimen societario de responsabilidad solidaria ilimitada que afectase el régimen de responsabilidad de orden legal señalado.

El nuevo régimen, claramente quiebra esta prohibición, en base a las modificaciones que en materia civil se han introducido, donde se permite a los cónyuges realizar acuerdos previos válidos, en relación a como han de administrar y disponer sus bienes, tanto los que traen a la relación matrimonial, como aquellos que adquieren durante la vigencia de ésta.

Al abordar esta temática, el artículo 429 del nuevo Código Civil y Comercial establece que “se otorga al cónyuge de buena fe el derecho a: exigir la demostración de aportes a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.” Ello, cuando hubiesen estado sometidos al régimen de comunidad.

Por último, no puede soslayarse la importancia de este tema a la luz de lo previsto por el nuevo artículo 717 del Código Civil y Comercial, en relación a la competencia, estableciendo el mismo que “... si se ha declarado el concurso o la quiebra de alguno de los cónyuges, se establece la competencia del juez del proceso colectivo para la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.”

Un reciente fallo ha establecido que debe aguardarse a la conclusión del concurso preventivo de una sociedad de hecho y de sus cónyuges para luego determinar la liquidación de la sociedad conyugal.<sup>27</sup>

El conflicto surge cuando, sin perjuicio de la posibilidad de que los cónyuges formalicen una sociedad de hecho, los socios puedan tener deudas personales distintas a las de la sociedad; y que el sistema de la sociedad conyugal se encuentra basado, tal como se dijo, en un esquema de responsabilidades separadas.

Volviendo a retomar el esquema del principio, puede que, en el panorama de la autonomía de la voluntad, y dentro del proceso, los cónyuges admitan que la totalidad de los bienes estén afectados al proceso universal, siendo así también todas las obligaciones asumidas en carácter conjunto y no a título personal. Ello sería conforme con la teoría de los actos propios, que lo que impide es el desconocimiento de situaciones jurídicas precedentes que sirvieron de base o fundamento para el desarrollo societario, fortaleciendo los principios motivadores del contrato.

Siempre, sí, debe tenerse presente el procedimiento de rendición de cuentas, el que puede darse de manera inicial, y ser aprobado por el otro cónyuge, o de manera avanzada dentro del proceso, ya en instancia de liquidación.

---

27. C. S. B. C/ A. R. A. S/ “Liquidación de sociedad conyugal” — CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) — 14-07-2015

## 5. SUCESIONES Y EMPRESA FAMILIAR EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO ARGENTINO

*Paula Bermejo<sup>28</sup>*

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado de la Nación (CC-CUN), incorpora en el derecho argentino un nuevo principio en materia sucesoria: la protección de la empresa familiar. Ello lo hace a través de la recepción legislativa — como excepción — de la posibilidad de realizar pactos de herencia futura; el estableciendo de un régimen de indivisión forzosa y la reducción de la legítima, lo que le otorga al causante un incremento en sus facultades para disponer libremente de sus bienes. Este nuevo valor receptado en materia sucesoria guarda relación con el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto señala que “la ley establecerá la protección integral de la familia” que en la nueva codificación unificada también se manifiesta en cuanto regula diversas formas de protección de la vivienda familiar.

### 5.1 Pactos de herencia futura

En el Código Civil y Comercial de la Nación se mantienen las fuentes de vocación sucesoria que se encontraban previstas en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield. Así solo se puede generar vocación sucesoria a través de la ley y el testamento, negándose la posibilidad de ser llamado a heredar a través de un contrato.

No obstante ello, el artículo 1010 del C.C.C.N., -que se encuentra metodológicamente en la parte que regula los contratos en gene-

---

28. Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en “Derecho Comercial y de los Negocios” (UBA) y becaria UBACyT

ral — luego de una contundente prohibición general para celebrar pactos cuyo objeto sea la herencia futura — tal como lo regulaba el derogado art. 1175 del Código Civil de Vélez Sarsfield, flexibiliza este principio y establece expresamente la posibilidad de celebrar estos pactos cuando se trate de una explotación productiva o de participaciones societarias.<sup>29</sup> El fin que persigue la admisión de estos pactos se encuentra expresamente mencionado en la norma bajo análisis: la conservación de la gestión empresarial y la preservación y resolución de los conflictos de las empresas familiares. Es decir que la regla general que encontramos en la actualidad en el derecho sucesorio argentino es la prohibición de celebrar pactos de herencia futura, los cuales de celebrarse serán nulos de nulidad absoluta (conf. 387 C.C.C.N) mientras que la excepción a dicha prohibición la encontramos cuando se tenga por objeto una explotación productiva o participaciones societarias.

Siguiendo a Graciela Medina podemos definir los pactos de herencia futura como “la convención por la cual el causante organiza su sucesión con otros o estos estipulando por si en vida del causante transfieren o abdican derechos o se comprometen en orden a la administración y a la resolución de futuros conflictos relacionados con una empresa”.<sup>30</sup>

---

29. Art. 1010 C.C.C.N. Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Esos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

30. Medina, Graciela; “Pactos sobre herencia futura”; 13/10/2015. Tomo La Ley 2015-E.



### 5.1.1 Posturas respecto a la regulación

La posibilidad de realizar pactos de herencia futura prevista expresamente por el segundo párrafo del art. 1010 C.C.C.N. ha generado dos posiciones doctrinarias contrarias.

I. Por un lado un sector de la doctrina se pronuncia en forma contraria a la incorporación de estos pactos, los consideran inmorales por especular con la muerte de una persona y advierten que pueden afectar la igualdad de los sucesores y la legítima que les corresponde.<sup>31</sup> Incluso existe quienes han llegado a sostener que con la regulación recientemente sancionada se estaría creando un “nuevo orden moral”.<sup>32</sup>

Asimismo, consideran que estos pactos son inútiles e ineficaces ya que el causante siempre puede disponer libremente de sus bienes en vida lo que puede llegar a tornar ilusoria cualquier expectativa futura de los herederos. De esta forma los pactos sobre herencia futura realizados por terceros (herederos legitimarios presuntivos) estarían sujetos a un alea por lo que carecerían de eficacia y resultaría hasta inconveniente su regulación.

Esta crítica ha sido contestada por Graciela Medina, quien ha considerado que, si bien estos pactos cuando son realizados por terceros están sujetos a que el causante no disponga de sus bienes antes de morir, ello no le resta utilidad, pues de otra forma perderían utilidad todos los contratos sobre derechos eventuales. Además, esta aparente ineficacia de los pactos de herencia futura solo se puede observar cuando son realizados por terceros, no así cuando es el causante el que se compromete en forma irrevocable por un acto entre vivo y su incumplimiento genera responsabilidad.

31. Córdoba, Marcos; “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”; RDFyP; La Ley 11-2014.

32. En este sentido se pronuncian Córdoba y Laje en: Laje, Alejandro; “Pactos sobre herencia futura”; en RDFyP; La Ley 4-2014 y Córdoba, Marcos; Op. Cit.

Asimismo, consideran quienes se manifiestan en contra de estos pactos que, en vez de facilitar el tráfico comercial, se lo obstaculiza. De esta forma entienden que a través del dirigismo del orden público económico se puede atentar contra el liberalismo creando una regulación que tiende hacia la protección del más débil y del interés general.

Finalmente consideran quienes critican estos pactos que resultaría conveniente asegurar la intangibilidad del derecho de testar para que se puedan realizar actos de última voluntad con posibilidad de revocar y no pactos donde la voluntad es irrevocable.

II. En forma contraria encontramos quienes consideran que estos pactos de herencia futura pueden ser muy útiles para la organización de la empresa familiar.<sup>33</sup>

La incorporación de los pactos de herencia futura en la nueva legislación tiene como fin la preservación y el traspaso de la empresa a los familiares, no persiguiéndose un fin de lucro. Si bien es cierto que la mera especulación sobre los bienes de una persona viva es inmoral, no se debe perder de vista que estos pactos no tienen como objetivo dicha especulación, sino que la razón de ser radica en la continuación de la empresa y la preservación de los conflictos entre los herederos y continuadores preservándose la fuente de empleo de los empleados de la empresa y, en modo más general, el liberalismo económico.

III. Por nuestro lado coincidimos con Lucchini Guastalla<sup>34</sup> en cuanto consideramos a las empresas familiares como referentes de la realidad económica de cada país y que, como tal, cuando son objeto de la sucesión, no solo interesa a los herederos sino también a la sociedad toda, pues la misma es generada de fuentes de empleo. Es importan-

---

33. Entre otros prestigiosos doctrinarios: Dubois, Eduardo Favier (h), “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”; *Revista de Derecho Societario y Concursal*; Errepar; Buenos Aires; 21/11/2014; Medina, Graciela, op cit.

34. Lorenzetti, Ricardo L.; *Código Civil y Comercial Comentado*; Rubinzal Culzoni; Buenos Aires; 2015; p 739.

te la utilización de estos pactos para garantizar la continuidad de la empresa familiar más aún si se tiene presente que el 80% de las empresas en Argentina son sociedades de familia y que con el traspaso a las generaciones siguientes se produce el quebranto de la empresa ya sea por la incorporación de personas que no formaron parte en la fundación o que no integran el grupo familiar o porque la administración queda en manos de aquellos que no hicieron esfuerzos en la creación y no vieron los esfuerzos de los fundadores.

Lo que se intenta privilegiar con la admisión de estos pactos es la conservación de la unidad económica simplificando la forma en la que se traspasa la empresa familiar sin que se produzcan conflictos familiares y de esta forma se ayuda a reducir el elevado número de litigios que se producen en la Argentina en materia sucesoria.

### 5.1.2 Objeto de los pactos

El segundo párrafo del art. 1010 C.C.C.N. es claro cuando autoriza exclusivamente la realización de estos pactos solo en dos supuestos: cuando se trata de una explotación productiva, entendida esta no desde un sentido jurídico sino como empresa familiar, con o sin organización societaria, o cuando recae sobre participaciones societarias de cualquier tipo ya sea sobre acciones o sobre cuotas sociales tendientes a evitar su venta o sincronizar el actuar de los accionistas sin llegar a una sindicación de acciones.

### 5.1.3 Finalidad y métodos alternativos para la resolución de los conflictos familiares

En el artículo 1010 CCCN se hace mención expresamente al fin contractual de los pactos de herencia futura cuando sostiene que los mismos tienen en miras “la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos”.

Así las pares a través de estos pactos pueden pactar diversas formas de solución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje, establecer cuál será el derecho aplicable cuando se someta la cuestión a arbitraje, la cantidad y la forma de designación de los árbitros intervinientes, la sede del arbitraje etc.

Aquí también se observa que aquellos que consideran que estos pactos de herencia futura son inmorales y contrarios a las buenas costumbres y a la transmisión de los bienes mortis causa se manifiestan reacios a la utilización de estos métodos alternativos de resolución de conflictos mientras que aquellos que tienen una visión positiva de los pactos ven en la mediación y el arbitraje dos ámbitos propicios para la prevención y solución de los conflictos en el ámbito de la empresa familiar y el hecho de impedir estos conflictos hace a la preservación y continuidad de la empresa familiar.

Favier Dubois (h) destaca que la prevención de los conflictos puede procurarse a través de la utilización de los “protocolos familiares” cuya elaboración implica un proceso de comunicación intra familiar y el resultado se refleja en un código de conducta para la familia dentro de la empresa que fija los límites de separación entre una y otra y por el otro tiende a mantener la propiedad empresarial en el ámbito familiar posibilitando una transmisión ordenada de la sucesión en la propiedad y en la gestión y una profesionalización de esta.<sup>35</sup>

Ya desde hace unos años doctrina especializada del país destaca la importancia de promover métodos de resolución de conflictos no adversariales a través de la negociación colaborativa y la necesidad de contar con mediadores y asistentes especializados.<sup>36</sup>

---

35. Favier Dubois, Eduardo M. (h); “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”; Doctrina societaria y Concursal, Errepar; 21/11/2014; Buenos Aires.

36. Favier Dubois, Eduardo M. (h); “Los conflictos societarios: Prevención, gestión y solución”; La Ley 2010-E-675.

### 5.1.4 Partes, orden público y afectación de derecho de terceros

Como bien se señaló anteriormente estos pactos se pueden celebrar entre el causante y sus herederos, solo entre herederos o bien entre el causante y el cónyuge. En todos los casos no se puede afectar la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni de los terceros.

La norma sostiene que en estos pactos se pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones para el supuesto en el que se afecte la legítima hereditaria de los herederos.

### 5.1.5 Forma

En el nuevo código civil y comercial unificado no encontramos norma que se refiere a la formalidad en la que debe instrumentarse el pacto de herencia futura. No obstante ello doctrina especializada, notarios públicos y abogados recomiendan que sería aconsejable que los mismos se realicen a través de una escritura pública por ser un acto de gran importancia para la empresa familiar y para garantizar la seguridad jurídica.

Por su parte Favier Dubois (h) entiende que estos pactos de herencia futura formaran parte de un acuerdo accesorio ya que los mismos se deben incorporar a un protocolo familiar o pacto de sindicación de acciones.

## 5.2 Reducción de la legítima hereditaria

La reducción de las porciones legítimas en materia sucesoria es un hecho positivo para la empresa familiar ya que le permite al causante tener un mayor grado de disponibilidad de los bienes. Entiéndase por legítima como aquella parte del patrimonio del causante que

se le reserva imperativamente a los herederos que tienen un vínculo más próximo con el de *cojus* en virtud de los cuales este último no puede disponer libremente de sus bienes por actos a título gratuito y que en el nuevo Código Civil y Comercial se redujeron en el caso de los descendientes de  $4/5$  a  $2/3$ , de  $2/3$  a  $1/2$  cuando existan ascendientes, manteniéndose sin modificaciones en el caso de la cónyuge para quien se le reserva  $1/2$ .

### 5.3 Supuestos de indivisión forzosa

En lo referente a la empresa familiar es dable destacar que se incorpora en el mismo texto del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación la posibilidad del causante de disponer, a través de una disposición testamentaria, que unidad económica tenga un régimen de comunidad hereditaria forzosa hasta cumplirse el lapso de diez años o bien hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad- antes prevista en el art. 51 de la Ley 14.394, hoy plasmada en el art. 2330 C.C.C.N.- la cual deberá ser respetada por los herederos (salvo que medien causas graves o de utilidad manifiesta, en cuyo caso los herederos pueden solicitar al juez que no se cumpla con este régimen de comunidad forzosa). Este régimen forzoso puede ser incluso pactado por idéntico plazo, por los mismos herederos, situación expresamente contemplada en el art. 2331 C.C.C.N., antes prevista en el art. 52 de la Ley 14.394.

Por otro lado, se otorga la facultad de oponerse a la partición al cónyuge superviviente cuando este ha adquirido o formado en todo o en parte la unidad económica. Dicho derecho también se extiende en los casos en los que el cónyuge no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participo activamente en su explotación. En este supuesto la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente

a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Asimismo, el art. 2332 C.C.C.N. sostiene que la administración en estos casos le corresponderá al cónyuge sobreviviente. Aquí también se establece que, a instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.<sup>37</sup>

La posibilidad de oposición a la partición, ates prevista únicamente para el cónyuge supérstite en el art. 53 de la ley 14.394, es extendida por el art. 2332 C.C.C.N. al heredero que participó activamente en la explotación de la empresa familiar.

De la interpretación de las normas se desprende claramente que el supuesto regulado hace clara alusión a la empresa familiar cuando sostiene que esta indivisión forzosa se puede solicitar cuando se trata de un “establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica” y cuando se trate de “las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista el causante”.

Finalmente, el art. 2334 establece que, para ser oponible a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscripta en los registros respectivos. Durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor. Las indivisiones no impiden el derecho de los acreedores del causante al cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos.

---

37. Adviértase que, pese a que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contempla las uniones convivenciales, los convivientes continúan sin tener derechos hereditarios y no se establece protección para ellos en la empresa familiar en los supuestos en los que, si son contemplados expresamente los cónyuges, con lo que me permito sostener que en cuanto a la protección de la empresa familiar no se protege esta nueva forma de familia.

## 5.4 Fideicomiso de planeamiento patrimonial con “finalidad post mortem”

Sin pretender excedernos en la presentación del presente trabajo es necesario advertir la posibilidad de que estos pactos de herencia futura previstos en forma excepcional en el segundo párrafo del art. 1010 incluyan la posibilidad de que existan fideicomisos de planeamiento patrimonial con finalidad “post mortem” tal como lo destaca doctrina nacional autorizada.<sup>38</sup> En este sentido es dudosa la interpretación de si se puede incluir o no esta categoría. Lo cierto es que el art. 1670 C.C.C.N. sostiene que pueden ser objeto del contrato de fideicomiso “todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero que no pueden serlo las herencias futuras” lo que parecería dejar de lado expresamente la viabilidad de estos fideicomisos.

## CONCLUSION

El Código Civil y Comercial no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos. No obstante ello, prevé una serie de modificaciones al régimen vigente en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, de las que resulta, a nuestro juicio, un nuevo marco legal que es muy positivo y alentador para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar.

Como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, la empresa familiar generalmente comprende las pequeñas y medianas empresas,

---

38. Lisoprawsky, Silvio V.; “Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura”, La Ley 3/10/2015; cita online AR/DOC/201/2015.



donde el componente familiar siempre estará presente, por este motivo este tipo de empresas requiere de una regulación que cubra sus propias necesidades, por este motivo el Código Civil y Comercial a pesar de no regularlas dio una cierta apertura en cuanto al tema de la herencia futura, al referirse a explotaciones económicas o participaciones societarias de forma amplia, y el hecho de que el titular de las mismas pueda realizar un pacto o con la intención de conservar y preservar el negocio.

Para ello deberá instaurar y articular armoniosamente los órganos de gobierno (Consejo de Administración, Consejo de Familia y la Asamblea de Accionistas) y crear un “protocolo” para atender contingencias y transitar la vida empresaria-familiar en la mayor armonía posible.

Las modificaciones introducidas por el legislador en el marco de la unificación de los Códigos Civil y Comercial, inciden en todas las ramas del derecho. El ámbito societario no es ajeno a dicho cambio. En particular, a nuestro análisis, la situación se materializa concretamente en las sociedades integradas por cónyuges.- La normativa ha cambiado, y aquéllos, entre sí, pueden ahora constituir sociedades sin limitaciones.- Ello trae diversas consecuencias, las que se advierten también en torno a la competencia del juez para decidir, tanto sobre el concurso preventivo y/o la quiebra, y en relación a la liquidación de la sociedad conyugal.

En materia sucesoria, es evidente que la nueva regulación, a través de la admisión — como excepción — de los pactos de herencia futura, la reducción de las porciones legítimas y los supuestos de indivisión temporaria forzosa de la herencia permiten cumplir con el principio de continuidad de la empresa familiar y enfatiza el valor que las mismas tienen en la economía del país. A través de la planificación patrimonial sucesoria e posibilitara la reducción de los litigios que se suscitan en materia sucesoria.



# EL CONSUMIDOR Y LA EMPRESA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

*Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

En primer lugar les agradecemos a los organizadores, especialmente al prof. dDr. José Asís de Almeida, por la invitación que tan gentilmente nos cursaron para participar de estas celebres jornadas y los felicitamos por el éxito de las mismas.

Los contratos en la actualidad, pueden ser divididos en tres grandes especies o tipos en relación a la forma en que se contrata. Ello así, pueden distinguirse los contratos paritarios, es decir aquéllos en

---

1. Doctora en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesora de grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, investigadora “full time” de dicha universidad, Investigadora del Ministerio de Educación de la Nación, miembro par evaluador del Banco de Evaluadores en Investigación, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A L Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, directora de proyectos de investigación UBACYT grupos consolidados, Subdirectora del Centro de Investigaciones Pacem dependiente de la Maestría en Derecho Comercial de la Nación de la Facultad de Derecho de la UBA dirigido por el Dr. Raúl A. Etcheverry y coordinadora académica de dicha maestría.

los cuales las partes contratantes poseen un mismo poder negocial lo cual permite que consensuen el contenido de la trama contractual.

Una segunda especie, la denominada contratos por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales, correspondiendo a aquéllos en los cuales una parte que tiene mayor poder de negociación respecto de su contraparte, lo que le permite formular el contenido de la trama contractual y en razón de ello, su contraparte solo puede aceptar o rechazar la oferta formulada sin poder influir en el contenido del contrato.

Estos contratos se encuentran formulados mediante la modalidad de prerredacción o sujetos a cláusulas generales predispuestas. Pero en todos los casos lo que trasluce en los mismos es la falta de posibilidad del cocontratante de influir en el contenido del contrato. En ellos hay libertad de conclusión, en cuanto el contratante débil del negocio tiene la facultad de decidir contratar, sin embargo se carece de facultad de configuración del contenido del contrato, al decir de López de Zavalía,<sup>2</sup> y en algunos casos, los mejores de ellos, el contratante podrá negociar solo unas pocas cláusulas.

Estos contratos no encontraban regulación en el Código Civil Argentino como tampoco en el Comercial, solo el art. 38 de la Ley del Consumidor 24240, de la República Argentina, aún vigente, los menciona sin definirlos; al referirse al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de contralor deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas.

Sin embargo la jurisprudencia los ha tratado bastamente, aplicándoles a su interpretación dos principios muy relevantes. El primero

---

2. Vid. López de Zavalía.F. “La Teoría del Contrato”, t. 1, 4° editorialZavalía, Buenos Aires 1997. Para un estudio de este tema véase Saleilles, Raymond, en “De la déclaration de volonté, contribution á l’ etude de l’actejuridiquedans le code civil allemand”, París 1909, p. 229/230 nros. 89 y 90, quien fue el verdadero creador de la terminología “contrato de adhesión”.

aquél según el cual las cláusulas particulares tienen preeminencia en su aplicación respecto de las generales.<sup>3</sup> Las primeras son aquéllas que negociadas individualmente limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. Esto resulta así pues la más genuina representación de la voluntad del débil del negocio está en aquellas cláusulas que ha podido negociar.

El segundo principio que regirá será aquél según el cual en caso de dudas en relación a determinada cláusula del negocio, debido a que la misma resulte poco clara o ambigua, se interpretará en contra del predisponente<sup>4</sup> o lo que es lo mismo en favor de la parte débil del negocio, aplicación del principio “favor débilis”.

- 
3. Vid un interesante fallo dictado por la CNCom Sala A el 28/06/2013 en los autos “DG Belgrano SA C/ Procter & Gamble Argentina SRL s/ ordinario” publicado en LL On Line AR/JUR/38833/2013 en virtud de un contrato de distribución que unía a las partes en el voto de la Dra. María Elsa Uzal se decidió que “en principio, existe consenso en buena parte de la doctrina en cuanto a que en caso de contradicción entre cláusulas standard y otras que no lo sean prevalecerán estas últimas... En caso de contradicción entre formularios, cuando ambas partes utilizan cláusulas standard y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado con base en lo acordado y a lo dispuesto en aquéllas cláusulas que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiese indicado claramente con antelación que no tiene el propósito de quedar obligada por ese contrato...” conclusiones a las que se llega en base a los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de Roma de 1995. Asimismo véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D en autos “Rossa, José Antonio c. Acura S.A. Sigal Automotores s/ ordinario”, fallado el 29/08/2011, allí el tribunal sostuvo “Como principio, y más frente a un contrato con cláusulas predisuestas, las disposiciones especiales prevalecen sobre las generales”, en igual sentido, CNCom., Sala A, 25.10.1990, “Ábalos, Gabriel c. Moreno Manuel s/sumario”; CNCom., Sala A, 31.3.1995, “Sabakdanian, Daniel c. Sociedad Rural de Cerealistas Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”; CNCom., Sala D, 1.10.2007, “A. Z. Chaitas S.A.C.I.F. c. Varkem S.A. s/ordinario”; entre otros.
4. Vid. CNCom Sala C autos TV Sat SM Andes SRL y otro c/ Direc TV Argentina SA s/ Orodinario” Fallo dictado el 19/11/2013 cita IJ-LXX-50. En el que el tribunal en relación a un contrato de agencia que unía a las partes sentenció que: la interpretación de los contratos de adhesión debe volcarse a favor de la parte más débil; pero ello sólo cuando se trate de cláusulas imprecisas, ambiguas o contradictorias. También véase CNFedContenciosoadministrativo Sala III, “Ombú Automotores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones” LL 2000 B 318; CNCom Sala C, “Flenher, Eduardo c/ Optar S.A. 25/6/87.

Ello pues, el predisponente cuenta con los medios a su alcance para expresarse en forma clara, por lo que si no lo ha hecho debe pesar sobre sí las consecuencias de la redacción deficiente, la redacción del contrato debe resultar tan clara para el adherente que utilizando los esfuerzos comunes le permitan comprender el alcance del acuerdo,<sup>5</sup> siguiendo a Danz, las palabras deben autoabastecerse, es decir, idóneas, suficientes, claras.<sup>6</sup> Implica una clara aplicación del principio de la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas<sup>7</sup> y que en el derecho argentino fueron incorporados en el artículo 1198 por obra de las reforma de la Ley 17711. Estos principios jurisprudenciales han sido receptados por Código Civil y Comercial (arts. 986 y 987), que analizaremos en el punto siguiente

En relación a las cláusulas abusivas que recaen sobre estos contratos nada se encontraba regulado en la especie. En tanto que, siendo que el Código Civil y Comercial, los regula separadamente, comprende la materia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el artículo 988, dado que tiene por no escritas las cláusulas abusivas, y allí se reproducen dos cláusulas abiertas, las actualmente contempladas para regular los contratos de consumo en el art. 37 de ley del Consumidor, aún vigente, y una tercera cláusula, la llamada cláusula sorpresiva, es decir aquélla cláusula que normalmente no integra

- 
5. Vid. CNCom Sala C autos TV Sat SM Andes SRL y otro c/ Direc TV Argentina SA s/ Orodinario” Fallo dictado el 19/11/2013 cita IJ-LXX-50. En el que el tribunal en relación a un contrato de agencia que unía a las partes sentenció que: las cláusulas deben ser redactadas de modo de permitir al adherente la comprensión de su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio. También véase CNCom., sala C, 18-10-1982, “Parodi, A. c. Ruta Coop. de Seg.”, JA, 1984-I-499; Cám. ApelCiv. y Com., Mercedes, sala I, 19-III-1987, “García, C. c. Chapartegui Hnos.”, DJ, 987-2-276. CNCom., sala B, 15-IV-1993, “Odriozola, B. c. Optar S.A.”, JA, 1994-II-375.
  6. DANZ, E., “La Interpretación de los Negocios Jurídicos”, R.D.P., Madrid, 1955, p.55.
  7. CNCom., sala B, 25-XI-1991, “Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.”, LA LEY, 1992-E, 575 (38.235); DJ, 1992-2-697.

el contenido de los contratos por adhesión y que por tanto no sería dable de esperar en este tipo de negociación, estas resultan de por sí abusivas pero la característica fundamental es la sorpresa que no le permite al cocontratante evaluar los riesgos o consecuencias del contrato pues no hay antecedentes en ello, lo que genera una pérdida de la relación de equivalencia.

Esta segunda especie al igual que la tercera que a continuación mencionaremos son producto de la contratación en masa o en serie, es decir de la gran cantidad de negocios de una misma especie que se celebran con distintos contratantes y que para acelerar tiempos y abaratar los costos, tienen lugar a través de condiciones generales o sujetos a cláusulas predispuestas. Estos contratos resultan de suma utilidad para la vida moderna<sup>8</sup> pues permiten que se lleven a cabo una gran cantidad de negocios a más bajo costo, es lo que se denomina disminución del costo de transacción, según la teoría del Análisis Económico del Derecho o “Economic Analysis of Law”.

En relación a la tercera categoría a la que nos venimos refiriendo, nos hallamos ante los contratos de consumo. Ellos las más de las veces se encontrarán configurados mediante contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, pero se diferencian de los anteriores en que en estos últimos una de las partes es consumidor o usuario, en los términos del art. 1 de la ley 24240,<sup>9</sup> en tanto que el

---

8. Vid. Cam. Nac. Com. Sala C en autos “TV Sat. S.M. Andes SRL y otro c/ Direct TV Argentina SA s/ ordinario” fallado el 19/11/2013 Cita IJ-LXX-50 Allí en relación a un contrato de agencia que unía a las partes, el tribunal expresó que los contratos de adhesión son instrumentaciones jurídicas necesarias en el derecho moderno.

9. “...entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se considera asimismo consumidor o usuario, a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo

otro es proveedor en los términos del art. 2<sup>10</sup> de dicha Ley, ambos artículos sustituidos por la ley 26.361.

## 1. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LOS CONTRATOS DE CONSUMO

### 1.1 El capítulo primero del Título III relativo a los contratos de consumo dispone sobre la relación de consumo

#### 1.1.1 Contrato de consumo

El artículo 1093 es el que califica al contrato de consumo como aquél

celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

---

familia o social.” Cfme. ref. de la Ley 26.994. Artículo concordante con lo dispuesto en el art. 1092 del Código Civil y Comercial

10. que delimita el concepto de consumidor refiriéndolo “a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.” Equiparando a este a quien “sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

“... es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores y usuarios.”...



## 1.1.2 Relación de consumo

Por su parte el propio Código Civil y Comercial en su artículo 1092 delimita el concepto de consumidor refiriéndolo “a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.” Equiparando a este a quien “sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Mientras que el artículo 1092 en su primera parte define a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y un consumidor”, al igual que el artículo 3 de la Ley 24.240.

De lo expuesto surge que, se mantiene el requisito sustancial del concepto sustentado por la Ley 24.240 y su reforma 26.361, referido al “destinatario final”<sup>11</sup>. Modificándose<sup>12</sup> en parte el artículo 1 de la Ley 26.361 el que extendía su aplicación “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, por lo cual, de este modo se excluye al “consumidor expuesto”.<sup>13</sup>

La referencia a los bienes o servicios en general otorga la amplitud necesaria para la aplicación de las normas de consumo.

Una reforma que traía el proyecto y creemos bien excluida lo ha estado, en la versión final sancionada, era el párrafo que refería al uso o consumo “siempre que no tenga vínculo con su actividad

11. Vid. autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00.

12. Mediante Ley 26.994 que entrará en vigencia el 1/8/15 según Ley 27.077.

13. Pues se ha considerado que la interpretación literal del supuesto otorgaba demasiada amplitud al concepto de modo tal, que extendía demasiado los límites del mismo. Sin embargo se incorpora el art. 1096, el que dispone que “las normas de esta sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparables conforme lo dispuesto en el artículo 1092”.

comercial, industrial, artesanal o profesional”, pues en definitiva el elemento que aúna todo el contenido del concepto está dado por el destino final al que hacíamos referencia, sin importar la posible vinculación con la actividad del individuo para que le resulten aplicables las disposiciones del consumidor, lo que mantiene la puerta abierta para que quienes ejercen actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales y el “destino final” del uso o consumo esté vinculado a esa actividad, resulten alcanzado por las normas de protectorias de los consumidores.

### 1.1.3 Interpretación

Por todos es sabido que, el paradigma del derecho del consumo es la protección al consumidor, dispuesto en la Constitución Nacional en el art. 42 y en la Ley del Consumidor.

Los contratos de consumo generalmente se celebran mediante la utilización de contratos de adhesión o sujetos a condiciones generales negociales. Los cuales, permiten la libertad de negociación del contenido del contrato por parte del contratante débil del negocio, sino que en cambio solo le permiten, aceptar o rechazar la oferta propuesta por su contraparte.

Esta situación de desigualdad en el plano negocial se repara mediante la creación de otras desigualdades que en el plano de la interpretación del contrato resultan de la disposiciones del art. 3<sup>14</sup> y art. 37<sup>15</sup> de la Ley 24.240 Conforme el primero, en caso de dudas sobre

---

14. “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

15. “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho

la interpretación de los principios que establece la Ley se estará a la más favorable al consumidor. En tanto que el segundo dispone como pautas de interpretación del contrato la aplicación del principio de la buena fe; y la aplicación del principio “favor débilis” según el cual, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor y en caso de dudas, sobre el alcance de su obligación se estará a la menos gravosa para éste.

### *1.1.3.1 Interpretación normativa*

En relación a la interpretación normativa del consumo, por su parte el artículo 1094 del Código Civil y Comercial, mantiene el “principio protectorio”, contemplado en el artículo 3 de la Ley 24.240,<sup>16</sup> dado que el primero dispone “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de dudas sobre la interpretación de éste Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”

### *1.1.3.2 Interpretación del contrato de consumo*

En relación con la interpretación de estos contratos, por su parte, el artículo 1095 del Código Civil y Comercial establece que “el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se adopta la que sea menos gravosa” Siendo concordante lo dispuesto con lo normado en

---

a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

16. Véase autos “ Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00. Asimismo véase autos “Cosentino, Osvaldo Alberto y otros c/ HSBC Banco Roberts SA s/ rectificación de saldo de cuenta corriente”, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones Sala A, el 3/12/2002, del voto en disidencia de la Dra. Miguenzhttp://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\_del\_consumidor.pdf Sumario Nro. N0011700.

el art. 37 de la Ley 24.240;<sup>17</sup> se trata de una aplicación de los principios “pro consumidor” y de “liberación del deudor”, que en materia de consumo se denomina “liberación del consumidor”

Se incorpora el principio de interpretación restrictiva al disponerse en el art. 1062 que “cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a las literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente.” Por lo que resulta un modo de interpretación que solo opera en favor del adherente o del consumidor según el caso, si ha sido dispuesto por la ley o el contrato.

## 1.2 El capítulo segundo del Título III relativo a los contratos de consumo dispone sobre formación del consentimiento en éstos contratos

### 1.2.1 Prácticas abusivas

La sección primera de dicho capítulo segundo dispone por su parte, sobre las prácticas abusivas.

#### 1.2.1.1 *Ambito de aplicación*

Así, conforme el artículo 1096 se dispone que todas las normas de la sección referente a las prácticas abusivas como la segunda correspon-

---

17. Vid. nuestro artículo “Principios y jurisprudencia..., cit”, pág. 461. Véase autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00, allí la sala sentenció en relación al pedido de rectificación de un saldo deudor en cuenta corriente bancaria que en caso de duda se estará a la interpretación más favorable para el consumidor (Ley 24240 arts. 3 y 37 2° párrafo). También véase autos Pitigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 20/12/00, trátabase en el caso de un contrato de caja de seguridad.

diente a la información y publicidad dirigida a consumidores resulta aplicable, tal como lo adelantamos, a “todas las personas expuestas a las prácticas comerciales” sean consumidores o no.

### *1.2.1.2 Principio de trato equitativo y digno*

Se establece la aplicación del principio de trato equitativo y digno dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, a través de dos disposiciones, los arts. 1097 y 1098. Así, el primero dispone sobre el trato digno, al establecer que “los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”

En tanto que, el segundo dispone sobre el trato equitativo y no discriminatorio, al establecer que “los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

### *1.2.1.3 Libertad de contratar*

Otro artículo cuya incorporación resulta relevante es el 1099 en cuanto plasma la libertad de contratar ya que dispone que “están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

## **1.2.2 Información y publicidad dirigida a los consumidores**

La sección segunda refiere a la información y publicidad dirigida a consumidores y usuarios.

### 1.2.2.1 Información

Así el artículo 1100 es correlato de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 26.361 que modifica la Ley 24240<sup>18</sup> y derivación del artículo 42 de la Constitución Nacional al disponer que “el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.” En el ámbito del derecho contractual en general, la información resulta de suma relevancia porque, por un lado involucra la

---

18. Véase autos “Rey, Felix c/ Banco Bansud SA s/ sumario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B el 24/05/99 en el caso se trataba de una cuenta corriente bancaria y por aplicación de la Ley 24.240 y el art. 42 de la Constitución Nacional se condenó al banco a rendir cuentas sobre la operatoria que lo vinculó con el cliente, dado que pesa sobre el primero el deber de informar. Véase también los autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala A el 30/08/00; autos “Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario” fallado el 30/12/08 por la Sala B de la Cámara Comercial”; autos Blazquez, Claudia María c/ Banco Río de la Plata SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala D el 2/10/08, en este caso tratábase de un plazo fijo, operación típicamente pasiva que el tribunal encontró alcanzada por la Ley 24.240 y por ende comprendida en la obligación de informar por parte del banco demandado. Asimismo, véase los autos “Banco Bansud SA c/ DNCI — Disp 213/2001 fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala 04 el 18/11/2003 sumario Nro. K0023828 [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); los autos “HSBC Banco Roberts SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones” Disp. DNCI N° 622/99 Fallado por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Sala 2 el 25/10/2001 sumario Nro. K0023234 [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); los autos “Loglen, Jorge c/ BBVA Banco Francés SA s/ ordinario, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 16/08/2007 Sumario N° 00150019 [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); autos SAYI SA c/ BankBoston NA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional en lo Comercial el 07/03/2007 Sumario N° 0014320 [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf); entre otros.

buena fe,<sup>19</sup> que debe primar en todas las relaciones jurídicas, y que el Código regula en sus artículos 9<sup>20</sup> y 961.<sup>21</sup>

Pero por otro lado, involucra al consentimiento contractual, por tratarse de un verdadero pilar de dicho consentimiento, la buena información que el contratante posee sobre los productos y servicios sobre los que contrata, al momento de prestar el consentimiento.

### 1.2.2.2 Publicidad

El artículo 1101 regula sobre la publicidad prohibida, mientras que los artículos 1102 establecen las acciones que otorgan legitimación a los consumidores o usuarios, en caso de verse afectados por dicha publicidad prohibida. Así el artículo 1101 del Código Civil y Comercial dispone que “Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

19. Vid. “Banco Roela S.A. c/ Provincia de Córdoba s/ plena jurisdicción- recurso de apelación”, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contencioso administrativa el 5/11/2013, publicado en LLC 2014 (abril), 313 y on line AR/JUR/85613/2013; en el que se sentenció que “El deber de información es la expresión máxima de la actuación del principio de buena fe, que en materia de defensa del consumidor, adquiere el rango de derecho constitucional reconocido expresamente en la Constitución Nacional y es un derecho cuyo desarrollo se remite a los artículos de la Ley 24.240 (4, 6, 9, 10, 25, 28, 34 y 37)”. En igual sentido vid. autos “Fleiderman Silvina Roxana y otro c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario” dictado por la sala D de la Cámara Nacional Comercial el 5 de junio de 2012, sentencia N° 44.810/2009. Asimismo véase el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos “FernandezDrado, Rosario H. c. Bank Boston N. A. dictado el 21/12/2005, publicado en LL 12/09/2006, 7; LL 2006-E, 81; cita on line AR/JUR/7668/2005.

20. Que dispone que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”

21. Que dispone que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...” Manteniéndose lo dispuesto por el art. 1198 del Código Civil.

La publicidad prohibida en los puntos a) y b) creemos resulta de una inducción al error que como tal, obsta el consentimiento válido y violenta la buena fe; en tanto que, la prohibida en el punto c) violenta la buena fe, atenta contra el principio antidiscriminatorio que protege al consumidor o usuario, y encuentra fuente en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y resulta concordante con el artículo 1098 del Código Civil y Comercial; como también atenta contra la salud y seguridad de los consumidores, principio también derivado del artículo 42 de la Constitución Nacional y concordante con el principio emanado del artículo 5 de la Ley 24.240.

### *1.2.2.3 Acciones*

Por su parte, el artículo 1102 del Código Civil y Comercial dispone las acciones en cabeza del consumidor o usuario, los organismos de consumidores o quienes se encuentren expuestos a prácticas abusivas, afectados por la publicidad prohibida, a solicitar al juez a) la cesación de la publicidad ilícita b) la publicación, a cargo del demandado: 1- de anuncios rectificatorios o 2.- de la sentencia condenatoria.<sup>22</sup>

### *1.2.3.4 Efectos de la publicidad*

En tanto que, el artículo 1103 regula los efectos la publicidad estableciendo que “las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.” Disposición concordante con el artículo 8 de la Ley 24.240, conforme la cual el contenido de la publicidad integra el contrato.

Esta disposición resulta sumamente relevante y tiene un doble propósito, pues por un lado, tiene por finalidad asegurar el consen-

---

22. El artículo 1102 dispone “Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.



timiento válido, pues la más de las veces el consumidor se basará en el contenido de la publicidad para conocer a cerca del producto o servicio sobre el que contrata. Y por otro, para evitar la propaganda manipuladora, de la que muchas veces se valen las empresas para difundir productos y servicios, pues al integrar el contenido del contrato se cuidarán en lo que se exprese en la publicidad, a fin de no obligarse en forma inconveniente a sus intereses, protegiéndose de este modo la buena fe contractual.

### 1.3 Modalidades especiales

El capítulo 3 del Título III regula las modalidades especiales de la contratación con el consumidor. En dicho capítulo dos normas que resultan muy relevantes, especialmente en la contratación bancaria con el consumidor, son los artículos 1106 y 1107 del Código Civil y Comercial de la Nación que tratan la contratación por medios electrónicos y la información que debe se le debe suministrar al consumidor o usuario, en su caso.

Así el artículo 1106 dispone que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”. Dicha disposición equipara a los medios de contratación electrónica con el contrato escrito.

En tanto que el artículo 1107, dispone que “si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

Este artículo resulta fundamental, pues dispone la información que se le debe suministrar al consumidor o usuario en caso de utilizarse este medio de contratación, así pues, la información sobre el contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, resultan requeridas a fin de lograr el consentimiento válido y la relativa a los datos necesarios para utilizar el medio elegido, como los riesgos derivados de su empleo, refieren por un lado, a sortear las dificultades de la utilización del sistema, y por otro, a conocer sobre los riesgos de éste, que en muchos casos recaerá sobre el consumidor o usuario. Este último, creemos, es el aspecto de esta forma de contratar que menos las empresas se cercioran de cumplir en la práctica, lo que podría obstar la buena fe en la contratación.

## 1.4 Cláusulas abusivas

El capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, regula sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.<sup>23</sup>

### 1.4.1 Normas aplicables

Así pues, el artículo 1117 dispone aplicar al capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 del mismo Código, sin perjuicio de que el contrato se celebre o no por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Corresponde aquí aclarar que, los artículos indicados regulan la materia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas. Esto si bien podría parecer no resultar necesariamente dispuesto, ello es sumamente útil pues si bien la mayoría de

---

23. Para un estudio en mayor profundidad de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo véase nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...” citado.

los contratos de consumo son concluidos mediante esta forma negocial, sin embargo, podríamos encontrar contratos con consumidores que no se celebraran mediante la forma de adhesión a condiciones generales negociales y sin embargo serían contratos de consumo, por cumplirse los requisitos dispuestos por el artículo 1093 para calificarlos de tales; por lo que la remisión expresa en todos los casos evitará futuras interpretaciones divergentes, por un lado, y doble regulaciones por otro.

#### 1.4.2 Requisitos que deben reunir las cláusulas

Así el artículo 985 establece los requisitos que deben reunir las cláusulas generales predispuestas de los contratos de adhesión y las cláusulas de los contratos de consumo, por remisión expresa, para que resulten oponibles a su contratante débil, y estos son: que deben ser comprensibles y autosuficientes.

El primer aspecto hace no solo a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, sino y especialmente, al consentimiento válido requerido, pues no puede prestar consentimiento quien desconoce o le resulta incomprensible aquello sobre lo que consiente.

La autosuficiencia por su parte, resulta de suma relevancia en todos los contratos de adhesión, como también en los contratos con consumidores, pues lo que suele hacerse, con cierta asiduidad, es invocarse un instrumento jurídico al cual el contratante débil no tiene acceso o resulta de difícil acceso para éste, situación que se quiere evitar admitiendo la tacha de abusividad.<sup>24</sup>

---

24. Artículo 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”

La segunda parte del artículo amplía y aclara los requisitos impuestos por la primera parte en cuanto a que “la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.” Como así también, resulta al disponerse que “se tienen por no convenidas aquéllas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión” Como veníamos expresando, aquí se obsta al consentimiento válido. El efecto jurídico que se impone como sanción, en su caso, es tenerlas por no convenidas, es decir que resultan inoponibles a la parte débil del contrato. Disposición concordante con el artículo 1122 inciso b) del Código Civil y Comercial.

Por último, con total aserto, la disposición que analizamos en su última parte, dispone resultar aplicable a la contratación celebrada mediante medios electrónicos y telefónicos, ello reviste capital importancia en materia de contratación con el consumidor, dado que muchos de dichos contratos utilizan dicho soporte de celebración y ejecución.

### 1.4.3 Cláusulas particulares

Por su parte, el artículo 986 del Código Civil define a las cláusulas particulares y dispone sobre la interpretación que debe hacerse en caso de incompatibilidad entre éstas y las generales.

Así en primer término conceptualiza al expresar que las cláusulas particulares “son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general.”

Luego dispone que “en caso de incompatibilidad entre las cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”. Este resultaba ya, un método de interpretación utilizado en la jurisprudencia.<sup>25</sup> Y

---

25. Vid. nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...” citado.

deviene consecuencia lógica de considerar que, la cláusula particular siendo consensuada, resultará la exteriorización de la voluntad del contratante débil que además logró imponerla, tal vez como condición para llevar a cabo el negocio y por tanto, debe prevalecer sobre la cláusula general.

#### 1.4.4 Interpretación

En tanto que, el artículo 987 dispone sobre el otro principio de interpretación aplicable a los contratos de adhesión a condiciones generales negociales, y por remisión expresa, a los contratos de consumo, también utilizado por la jurisprudencia, y es aquél según el cual “las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Ello resulta así pues, el predisponente ha contado con los medios y posibilidades técnicas —jurídicas para formular la cláusula en forma clara, por lo que se lo sanciona interpretando la cláusula ambigua en su contra. Esta regla de interpretación denominada “contra proferentem” o “favor debilis”, resulta una aplicación clara del principio de la buena fe que el Código propugna, entre otros, en los artículos 9 y 961.

#### 1.4.5 Cláusulas abusivas

Por último el artículo 988 dispone sobre las cláusulas abusivas estableciendo que se tienen por no escritas. Así en el artículo se establecen dos cláusulas abiertas similares a las contenidas en los incisos a) y b) del artículo 37 de la Ley 24.240<sup>26</sup>; al disponerse que “en los contra-

26. Véase autos “Rodo, Jorge c/ Bco. Galicia y Buenos Aires s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala C el 25/08/97, a propósito de la invalidez de la cláusula de exoneración de responsabilidad inserta en un contrato de caja de seguridad. En igual sentido

tos de esta sección se deben tener por no escritas<sup>27</sup> a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”.

Por último el artículo el artículo introduce la llamada cláusula sorpresiva, al disponer en el inciso “c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previbles”.

### 1.4.6 Regla general

El concepto de cláusula abusiva se incorpora a nuestro derecho a través de la disposición del artículo 1119 del capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, referido a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El mismo dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.<sup>28</sup>

Por lo que, el elemento central para la configuración de la cláusula abusiva es, que importa un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones que de ella emanan, en detrimento de la parte negocialmente más débil. Aunque no se debe tratar de cualquier desequilibrio sino de aquél que resulte manifiesto en el contrato. La cláusula abusiva por tanto, importa una desnaturalización del vínculo obligacional, que violenta como tal, la buena fe que debe

---

Sala E del 30/4/98 en autos “Paternostro, Mario c/ Bco. Mercantil s/ ord”, también Sala A del 20/12/00 en autos Piatigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. s/ ordinario”.

27. Véase autos Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario fallado el 30/12/08 por la Sala B de la Cámara Comercial también autos “ Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala A el 30/08/00.

28. Para un estudio pormenorizado del aspecto véase nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...”, citado

primar en toda relación jurídica, y que por tanto, no requiere prueba de la mala fe, pues para nosotros la sola existencia del desequilibrio del vínculo obligacional en detrimento del débil del negocio, importa de por sí una prueba clara de la mala fe, ello en función del ejercicio ilegítimo de la posición dominante que se demuestra con la configuración de la cláusula abusiva.<sup>29</sup>

#### 1.4.7 Control de incorporación

En tanto que el artículo 1118, establece que “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo puede ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.” Esta disposición resulta aclaratoria el artículo 1119 que conceptualiza el concepto de cláusula abusiva. Por lo que, no resulta relevante a los efectos de determinar la abusividad de una cláusula, la negociación individual o aprobación por parte del consumidor, ello pues, lo que se evita justamente es el ejercicio del abuso de la posición dominante en contra del contratante débil del negocio; es decir que mediante la utilización de argucias contra éste, se violente la buena fe contractual.

---

29. En materia de tarjetas de crédito la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el 23/2/2011, en los autos C.C.C. “La Capital del Plata Ltda c/ Casas, Enrique Roberto y otros”(LLC junio 2011). En el que una entidad financiera demandó a un cliente por el cobro de una deuda derivada de la utilización de una tarjeta de crédito; fundó el reclamo en la tácita notificación del demandado en virtud de su falta de concurrencia a retirar el resumen; el Juez de Primera Instancia hizo lugar al reclamo. La Cámara lo revocó rechazando la demanda, con el argumento en que “Si en el contrato se incluyen cláusulas que inviertan la obligación y dispongan que debe ser el deudor quien debe agotar los medios para la obtención del resumen, esas cláusulas estarán alcanzadas por el art. 37 de la ley 24240 y deben ser declaradas nulas y tenerse por no convenidas... La impugnación formulada por los demandados en oportunidad de contestar la demanda, resulta pertinente.”

## 1.4.8 Situación jurídica abusiva

### 1.4.8.1 *Concepto de situación jurídica abusiva*

El artículo 1120 dispone la definición de la situación jurídica abusiva, estableciéndose que “se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

### 1.4.8.2 *Definición de contratos conexos*

En tanto que el artículo 1073 define a los contratos conexos disponiendo que “hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido.” Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074”.

### 1.4.8.3 *Interpretación de los contratos conexos*

En tanto que el artículo 1074 regula la interpretación de los contratos conexos disponiendo que “los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”. La norma tiene por finalidad lograr una interpretación común y conjunta del grupo de contratos pues estos persiguen un fin y una función económica conjunta, lo que resulta innegable.

### 1.4.8.4 *Efectos de la conexidad contractual*

Los efectos que surgen probada la conexidad contractual, están dispuestos en el artículo 1075, que establece que “un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o



defectuoso, aún frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato.” La segunda parte del artículo en cuestión dispone que “atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

Conforme el artículo el artículo 1075 se trata a los contratos conexos como un todo instrumental, es decir como un solo instrumento jurídico que le permite al contratante oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso que tendría derecho a oponer, tal vez, en otro contrato del grupo contractual conexo.

Igual resultado produce la frustración del fin del contrato pues, se trata al grupo contractual conexo, como un todo, de modo tal que, se extinguen todos los contratos conexos en forma conjunta cuando la finalidad económica común se frustra.

El artículo resulta de clara aplicación, entre muchos otros casos, a la situación de abuso del que muchas veces suelen ser objeto los consumidores o usuarios incluidos los bancarios, a través de la contratación, muchas veces impuesta, de distintos productos o servicios conexos, requeridos para contratar determinado producto o servicio, lo que suele denominarse pack, sobre todo cuando ello no resulta de una necesidad real del consumidor, sino más bien de una creada por el proveedor.

#### 1.4.9 Límites

Por su parte el artículo 1121 del Código Civil y Comercial dispone sobre los límites de la declaración de abuso, al establecer que “no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.”

### 1.4.10 Control judicial

Por último el artículo 1122 regula el sistema de control judicial de las cláusulas abusivas, disponiendo al respecto que “se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.”

Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, y por ende la incluida la Ley 24.240, el control judicial de las cláusulas abusivas, se rige por las reglas indicadas en el artículo 1122. Así en primer lugar, se deja establecido que la aprobación administrativa de las cláusulas no obsta al control judicial posterior, se mantiene la facultad revisora, consecuencia de la división de poderes. En segundo lugar, se sigue el principio del art. 37 de la Ley 24.240, dado que el efecto es que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas y por tanto resultan inoponibles al débil del negocio. El tercer aspecto que surge del artículo, también contemplado en el artículo 37 de la Ley 24.240 establece que si el juez declara la nulidad parcial, debe integrar el contrato, si fuera necesario, para que no se vea afectado el fin económico del negocio.

Por último el artículo dispone sobre la situación jurídica abusiva en los contratos conexos estableciendo la aplicación de la solución contenida en el artículo 1075; es decir se tratará a los contratos conexos como grupo contractual conexo, por lo que si se determina una situación jurídica abusiva determinándose la abusividad de alguna o algunas cláusulas que requieran integrar el contrato, se debe tener en mira el conjunto de contratos en totalidad sin afectar el fin económico común.

## COLOFÓN

El Código Civil y Comercial le otorga especial relevancia a la relación y los contratos de consumo, por el tratamiento que les brinda en el Título III del Libro Tercero<sup>30</sup>), a los que erige como una verdadera tercera categoría contractual dentro de la teoría general de los contratos<sup>31</sup>.

Las normas que regulan la relación y el contrato de consumo en el Código Civil y Comercial resultan una plasmación legislativa derivada de la norma constitucional del art. 42; e importan un avance significativo, pues, si bien, las disposiciones incorporadas en la Ley 24.240 y sus modificatorias significaron regular dicha materia, sin embargo, su incorporación sistemática en un código otorga mayor perdurabilidad, como así también, mayor conocimiento y fuerza de aplicabilidad por parte de todos los operadores jurídicos.

---

30. Arts. 1092 a 1122.

31. Así en la propia presentación del Código se expresa “Uno de los grandes paradigmas que incorpora este código es el de considerar que hay un sujeto que puede actuar en condiciones igualitarias con otro, y también otras personas que son débiles y precisan de mayor tutela: igualdad de los iguales y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones”. Agregando que “hasta ahora, las codificaciones tuvieron en mente un solo tipo de sujeto y aplicaban sus normas analógicamente a los consumidores, y se remitían a leyes especiales, y aceptaban normas parciales. Este es el primer caso en que se regula extensamente la cuestión dentro del Código Civil”.



# LA CONVENCIÓN DE LA OCDE SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES Y SU IMPACTO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN BRASIL Y LATINOAMÉRICA

*Caroline da Rosa Pinheiro<sup>1</sup>*

*Gustavo Flausino Coelho<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Un año después de la vigencia de la Ley n° 12.846/2013 (“Ley Anticorrupción”), que dispone sobre la responsabilización objetiva de persona jurídica involucrada en actos de corrupción, es posible afirmar que el tema permanecerá en pauta durante los próximos años.

1. Doctora en Derecho Empresarial por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) y Máster por la Fundação Getulio Vargas – RJ. Profesora de Derecho Empresarial de la Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
2. Doctor y Máster en Derecho Empresarial por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado en Derecho por la Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Profesor de Derecho Empresarial del Ibmecc – RJ y Abogado.

No cabe duda de la necesidad de combatir la corrupción, sobre todo teniendo en cuenta la coyuntura actual del país. Sin embargo, el brasileño más atento sabe que no basta con existir una determinada ley para resolver el problema. Hay que implementarla efectivamente.

Al volver la mirada al exterior, resulta que el mismo desafío de lucha contra la corrupción se ha enfrentado recientemente. En 1997, la OCDE editó la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, que se puso en vigor en ámbito internacional en 1999, volviéndose determinante para el enfrentamiento de ese problema en sus países miembros, que han adoptado efectivamente las reglas convenidas.

En diciembre de 2014, la OCDE publicó un informe inédito sobre corrupción internacional (OECD Foreign Bribery Report) que puede ayudar en la implementación de la Ley Anticorrupción. Al analizar 427 casos de corrupción internacional en los últimos 15 años, la OCDE logró trazar características comunes en la mayoría de las investigaciones concluidas en el período, señalando patrones que se pueden observar en Brasil.

Entre las conclusiones del informe, se puede constatar que la mayoría de los casos constatados entre 1999 y 2014 tienen algunas características en común. De la parte del corruptor, se constató la participación de personas jurídicas de gran porte, con participación activa de directores y ejecutivos, que utilizaron intermediarios para realizar pagos a los agentes públicos con el fin de burlar el proceso de contratación. Del lado del corrupto, el 80% de los sobornos se han ofertado o pagado a agentes públicos de empresas públicas o sociedades de economía mixta.

Otro aspecto interesante se refiere al país en el que se llevaron a cabo las corrupciones internacionales. El propio informe presentó de modo sorprendente el resultado de la investigación: 67% de los casos

ocurrieron en países con altísimo, alto o buen Índice de Desarrollo Humano (IDH). Por lo tanto, es necesario romper la premisa de que la corrupción es más frecuente en los países en desarrollo que en los países desarrollados. Es obvio que ese dato no puede aprobar un pensamiento torpe que busca atenuar la gravedad de la corrupción al creer que se trata de un comportamiento cotidiano e inevitable. Por el contrario, es importante elogiar el éxito en la creación de una cultura anticorrupción en los países desarrollados, que fomenta la denuncia de conductas de esa naturaleza. Cabe señalar que uno de cada tres casos investigados con éxito en los países de la OCDE provino de la autonotificación de los infractores.

El Grupo de Trabajo Antissuborno de la OCDE analizó a Brasil en octubre del año pasado, destacando como aspectos positivos la adopción de la Ley Anticorrupción y la posibilidad de responsabilización de las personas jurídicas por actos de corrupción, además de reconocer el esfuerzo del país por aumentar la cooperación jurídica extranjera en casos de corrupción internacional. Por otro lado, el informe también identificó puntos importantes que necesitan mejoras, como el bajo nivel de aplicación de sanciones en casos de corrupción internacional en Brasil y la falta de reglamentación sobre los programas de *compliance*.<sup>3</sup> Vale señalar que, no obstante la vigencia de la convención de OCDE en el ordenamiento brasileño hace 14 años, solamente 5 investigaciones relacionadas con la corrupción internacional se iniciaron en el período en el país, según el informe.

Observándose los frutos cosechados por los miembros de OCDE en los últimos 15 años, es posible anticipar el éxito de la Ley Anticorrupción a medio plazo, si se le conduce adecuadamente su aplicación por las autoridades públicas. El mismo escenario puede identificarse

---

3. La reglamentación de la Ley Anticorrupción se implementó por medio del Decreto nº 8.420, del 18 de marzo de 2015.

en Latinoamérica, especialmente en los países signatarios de la Convención, como Argentina y Chile. En el análisis de este trabajo, se utilizarán los recientes informes de OCDE publicados en 2014 sobre la aplicación de las normas anticorrupción en estos países (informe de la Parte III), posibilitando establecer un interesante paralelismo entre el marco legislativo y la política desarrollada para crear un ambiente de *compliance* en Latinoamérica.

## 1. PUNTOS CENTRALES DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

La Convención de OCDE sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales trazó un norte para la lucha contra la corrupción en actos de comercio internacional en los países signatarios.

De ese modo, el documento contenía varios puntos centrales, normas que perfilaban la cooperación internacional y la lucha contra las prácticas no conformes a legalidad en el ámbito internacional, siendo los más importantes: i) la definición del concepto de agentes públicos sujetos a la práctica del crimen de corrupción en transacciones comerciales internacionales; ii) la necesidad de adaptar las legislaciones de los países signatarios al concepto crimen de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; iii) la obligatoriedad de una norma de *accountability* aplicable a todas las empresas de los países signatarios de la Convención; iv) la necesidad de tipificar como crimen el lavado de dinero con fines de corrupción en el comercio internacional; v) la responsabilización de las personas jurídicas; y vi) la cooperación internacional.



Según la Convención, son funcionarios públicos todos los miembros de la administración pública directa e indirecta, de cualesquier esferas del poder (legislativo, ejecutivo o judicial), que ejerzan cualesquier funciones, en cualesquier niveles (federal, provincial o municipal). Además, el concepto adoptado por la Convención incluyó en la lista de funcionarios públicos a los titulares de cargos electivos.<sup>4</sup>

De esta forma, por la manera como la Convención conceptualizó al funcionario público, queda evidente el objetivo de la norma de ampliar al máximo la cobertura de la lucha contra la corrupción, posibilitando la responsabilización de todo y cualquier agente público.

La Convención también determinó que todos los países signatarios deben adaptar sus legislaciones para criminalizar los actos de corrupción en los negocios internacionales. Para ello, definió los actos de corrupción como los de ofrecer, brindar o prometer ventajas indebidas a un funcionario extranjero con el fin de obtener ventajas ilícitas en negocios internacionales. Del mismo modo, la Convención estipuló que la complicidad, el estímulo, la autorización y el intento de corrupción también son punibles, puesto que son perjudiciales a los ordenamientos jurídicos y económicos.<sup>5</sup>

---

4. Artículo 1 – El Delito de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros. [...] 4. Para el propósito de la presente Convención:

a) “funcionario extranjero” significa toda persona responsable por cargo legislativo, administrativo o jurídico de un país extranjero, ya sea nombrada o elegida; toda persona que ejerza funciones públicas en un país extranjero, incluso para representación o empresa pública; y cualquier funcionario o representante de organización pública internacional;

b) “país extranjero” comprende todos los niveles y subdivisiones de gobierno, del federal al municipal.

5. Artículo 1 – El Delito de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros. 1. Cada una de las partes tomará todas las medidas necesarias para establecer que, de acuerdo con sus leyes, es delito penal que cualquier persona ofrezca, prometa o dé intencionadamente cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra naturaleza, ya sea directamente o por intermediarios, a un funcionario extranjero, a dicho funcionario o a un tercero, causando la acción u omisión del funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de realizar o dificultar transacciones u obtener otra ventaja ilícita en la realización de negocios internacionales. 2. Cada Parte adoptará todas las medidas neces-

Otra innovación de la Convención fue la determinación de que sus signatarios establezcan criterios objetivos de contabilidad, de auditoría y de registro de documentos. Los nuevos mecanismos de *accountability* requeridos tienen por objetivo dificultar las maniobras contables y tributarias, así como evitar la utilización de documentos falsos en las transacciones internacionales.<sup>6</sup>

La criminalización del lavado de dinero con fines de corrupción relacionada con el comercio internacional ha sido otra determinación de la Convención. De este modo, los países que han convertido los crímenes de corrupción en parámetros de aplicación de la legislación penal relativa al lavado de dinero a sus funcionarios públicos adoptarán iguales medidas cuando se trate de crimen de corrupción en el ámbito del comercio exterior, aunque sin tener en cuenta el sitio de origen del ilícito.<sup>7</sup>

En un esfuerzo por combatir los actos de corrupción, la Convención también señaló la necesidad de exigir responsabilidades a las personas jurídicas que, en la búsqueda de ventajas, inten-

---

rias para establecer que la complicidad, incluso por incitación, ayuda o estímulo, o la autorización de un acto de corrupción de un funcionario público extranjero es un delito penal. El intento y la conspiración para sobornar a un funcionario público extranjero serán delitos penales en la misma medida en que lo son el intento y la conspiración para la corrupción de funcionario público de esa Parte.

6. **Artículo 8 – Contabilidad.** 1. Para la lucha efectiva contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, cada Parte tomará todas las medidas necesarias, en el marco de sus leyes y reglamentos sobre mantenimiento de libros y registros contables, divulgación de declaraciones financieras, y sistemas de contabilidad y auditoría, para prohibir el establecimiento de cuentas de caja “dos”, la realización de operaciones de caja “dos” u operaciones mal explicitadas, el registro de gastos inexistentes, el lanzamiento de obligaciones con explicitación inadecuada de su objeto, así como el uso de documentos falsos por compañías sujetas a aquellas leyes y reglamentos con el propósito de corromper funcionarios públicos extranjeros u ocultar tal corrupción.
7. **Artículo 7 – Lavado de Dinero.** La Parte que haya hecho del delito de corrupción de su propio funcionario público un delito declarado a efectos de la aplicación de su legislación sobre lavado de dinero deberá hacer lo mismo, en los mismos términos, en relación con la corrupción de un funcionario público extranjero, sin considerar el lugar de la corrupción.

ten corromper o corrompan a funcionarios públicos. Para ello, la Convención indicó la necesidad de aplicar sanciones, penales o no, teniéndose en cuenta las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos de las partes firmantes. La norma aclaró que las sanciones impuestas a las personas jurídicas siempre sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.<sup>8</sup>

La cooperación internacional para combatir la corrupción en el comercio exterior fue la principal innovación de la Convención. El documento establece que las partes signataria deben prestarse asistencia jurídica mutua con fines de investigación y enjuiciamiento penal o no penal cuya materia sea la corrupción de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales, mediante la presentación de informaciones y documentos requeridos.<sup>9</sup>

La Convención fue más allá. Además de regular claramente la cooperación mediante el suministro de informaciones, estableció la posibilidad de extraditar a los autores del crimen de corrupción en el comercio internacional e, incluso, planteó la propia Convención

---

8. **Artículo 2 – Responsabilidad de Personas Jurídicas.** Cada Parte adoptará todas las medidas necesarias para establecer las responsabilidades de las personas jurídicas por la corrupción de un funcionario público extranjero, de acuerdo con sus principios jurídicos.

**Artículo 3 – Sanciones.** [...] 2. En caso de que la responsabilidad penal bajo el sistema jurídico de la Parte no se aplique a personas jurídicas, la Parte garantizará que las personas jurídicas estén sujetas a sanciones no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias contra la corrupción de funcionario público extranjero, incluyendo sanciones financieras.

9. **Artículo 9 – Asistencia Jurídica Recíproca.** 1. Cada Parte, respetando, en la medida de lo posible, sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, proporcionar asistencia jurídica rápida y efectiva a una Parte para la realización de investigaciones y procesos penales iniciados por la Parte sobre delitos contemplados en la presente Convención y para la realización de procesos no criminales en contra una persona jurídica establecidos por la Parte y cubiertos por la presente Convención. La Parte solicitada informará sin demora a la Parte solicitante de cualquier información o documentación adicional necesaria para apoyar la solicitud de asistencia y, cuando se solicite, del estado y del resultado de la solicitud de asistencia.

como base jurídica para la extradición de personas en ausencia de un tratado sobre la materia entre los signatarios.<sup>10</sup>

## 2. REFLEJOS DE LA CONVENCION EN ARGENTINA Y CHILE

Por regla general, las convenciones y tratados internacionales sólo surten efectos en nivel internacional cuando los Estados se convierten en signatarios. Es decir, para que un tratado o convención internacional repercuta en el ordenamiento jurídico de un Estado determinado modificándolo, dicho Estado hay que ratificarlo, convirtiéndose en signatario, e interiorizarlo.

En Latinoamérica, Argentina, Brasil y Chile han ratificado la Convención objeto de este estudio. Así, desde el momento en que estos Estados se convirtieron en signatarios de la Convención y la interiorizaron en sus ordenamientos jurídicos, ésta empezó a generar efectos en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Argentina reguló la materia por medio de la Ley n° 25.319, del 9 de octubre de 2000, y la reguló en la Ley n° 25.825, de 2003. Chile, por su parte, internalizó el tratado por medio del Decreto n° 496, de 2001, y trató de la materia en el mismo a través de las Leyes n° 19.829, de octubre de 2002, y n° 20.341, de abril de 2009.

---

10. **Artículo 10 – Extradición.** 1. La corrupción de un funcionario público extranjero se considerará un delito que puede dar lugar a extradición, de conformidad con las leyes de las Partes y los tratados de extradición celebrados entre ellas. 2. Si una Parte, que condiciona la extradición a la existencia de un tratado en la materia, recibe una solicitud de extradición de otra Parte con la que no tiene tratado de extradición firmado, debe considerarse esta Convención el fundamento jurídico para la extradición por el delito de corrupción de un funcionario público extranjero.

## 2.1 Reflejos de la convención en Argentina

Como ya se ha dicho, Argentina fue el primer Estado latinoamericano signatario de la Convención en internalizarla y el segundo en tratar la materia en ley nacional. Pese a ello, es importante resaltar que Argentina ya trataba de la corrupción de funcionarios públicos en el ámbito interno desde antes de la vigencia de la edición de la Convención.

En 1999, el país publicó una ley que regula el ejercicio de las funciones públicas, la Ley 25.188, de 1999, en la que se tipificó como delito la práctica de actos de corrupción por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Aunque esta ley es anterior a la fecha de vigencia de la Convención, si se tiene en cuenta que Argentina ha sido signataria de la Convención cuando de su promulgación, es evidente la influencia del derecho internacional en el intento de frenar la corrupción de los funcionarios públicos argentinos.

En 2003, el legislador argentino sintetizó todos los temas de la Convención en el cambio de un solo dispositivo del Código Penal Argentino. Así, el art. 258 de la ley penal se alteró y la corrupción de funcionario internacional se tipificó como crimen.<sup>11</sup>

Es cierto, sin embargo, que no se implementaron todas las directrices de la Convención por la modificación de la ley penal argen-

11. ARTIGO 1º – Substitua-se o artigo 258 bis do Código Penal pelo seguinte: Artigo 258 bis: Será reprimido com reclusão de um (1) a seis (6) anos e inabilitação especial perpétua para exercer a função pública que, direta ou indiretamente, ofereça ou conceda a um funcionário público de outro Estado ou de uma organização pública internacional, em seu benefício ou de um terceiro, somas de dinheiro ou qualquer objeto de valor pecuniário ou outras compensações, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por parte do funcionário, de um ato relacionado com o exercício das suas funções públicas, ou para fazer valer a influência decorrente do seu cargo, em uma matéria ligada a uma transação de natureza econômica, financeira ou comercial.

tina. La nueva redacción del art. 258 del Código Penal argentino no abarcó la posibilidad de extradición por comisión de delito de corrupción internacional. Del mismo modo, la enmienda legal no se refería a los plazos prescriptivos, a la cooperación internacional y al crimen de lavado de dinero con fines de corrupción internacional o derivada de ella.

Aparte de esos detalles, la ley argentina definió el crimen de corrupción internacional tal como la Convención, detallando una serie de conductas que lo integran, como: directa o indirectamente ofrecer, u otorgar a funcionario público de otro Estado o a miembro de organización pública internacional, en beneficio propio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones (regalos, favores, promesas) a cambio de la realización de un acto u omisión de funcionario público que si refiera al ejercicio de la función pública, o para que haga valer la influencia de su cargo en asuntos relacionados con transacción económica, financiera o comercial.

Según dicha modificación legal, la corrupción internacional de funcionario público se convirtió en crimen y a aquél que practicarla se le aplican las penas de reclusión entre uno y seis años, además de la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de cualquier cargo público.

En los años 2007 y 2010 se produjeron otros cambios en la ley argentina. En 2007, se dictaron ley, que se ocupó del lavado de dinero,<sup>12</sup> y decreto, que instituyó el taller de lucha contra la corrupción, responsables de la fiscalización del ejercicio de las actividades de los

---

12. Argentina. Ley 26.268. Modificación. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo. Modificación de la Ley N° 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Sancionada: Junio 13 de 2007. Promulgada de Hecho: Julio 4 de 2007. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/125000-129999/129803/norma.htm>. Accedido el: 13 dic. 2015.

funcionarios públicos argentinos en ámbito interno y de la investigación de crímenes de corrupción dentro del funcionalismo.<sup>13</sup>

En 2010, hubo la modificación del art. 77 del Código Penal, que amplió el concepto de funcionario público para adecuarlo a la Convención. De esta forma, así como en el texto de OCDE, Argentina pasó a considerar funcionarios y empleados públicos argentinos a todos aquellos que participan accidental o permanentemente en el ejercicio de las funciones públicas, ya sea por elecciones populares o por nombramiento de autoridades competentes.<sup>14</sup>

En el mismo acto, el legislador argentino también definió funcionario público de otro estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación argentina, como aquella persona que haya sido designada o elegida para cumplir una función pública, en cualquiera de los niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en todo tipo de organismo, agencia o empresa pública en la que el Estado ejerza influencia directa o indirecta.<sup>15</sup>

Sin embargo, es necesario resaltar que, hasta la fecha de realización de este estudio, Argentina no editó ley que regule la corrupción en el ámbito empresarial y que eligió no atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

## 2.2 Reflejos de la convención en Chile

Chile se volvió signatario de la Convención después de Argentina y Brasil, y la internalizó mediante el Decreto n° 496, de 2002. Sin

13. Argentina. Decreto 466/2007. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Accedido el: 13 dic. 2015.

14. ARGENTINA. Cámara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Accedido el: 13 dic. 2015.

15. ARGENTINA. Cámara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Accedido el: 13 dic. 2015.

embargo, aun con la tardía ratificación, en 2001 Chile introdujo profundos cambios en su ordenamiento jurídico para combatir la corrupción, siendo los principales: la responsabilización penal de las personas jurídicas, que no existía en Brasil y Argentina, y la mejora de la ley de lavado de dinero.

En Chile, las materias relacionadas con la Convención han sido reguladas desde 2009, cuando el legislador de aquel país dictó la Ley n° 20.341, que conceptualizó el crimen de corrupción internacional para incluirle la conducta de ofrecer, prometer o dar una ventaja a un funcionario público extranjero con el fin de obtener una ventaja indebida.<sup>16</sup> De esa forma, el legislador chileno adaptó

---

16. Aquel que ofrezca, prometa o dé a un funcionario público extranjero un beneficio económico, o de otra naturaleza, en beneficio de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con el fin de obtener o mantener, para sí mismo o cualquier otro, de cualquier negocio o ventaja indebida en el marco de cualquier transacción internacional será sancionado con la pena de reclusión en su gradación media a máxima y, además, con multa e inhabilitación mensuales. Asimismo, quien ofrezca, prometa o entregue el beneficio antes mencionado a un funcionario público extranjero será sancionado por haber realizado o cometido las acciones u omisiones señaladas. Quien, en situaciones análogas a las descritas en el apartado anterior, consienta en otorgar dicho beneficio será sancionado con pena de prisión inferior en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación indicadas. Traducción libre de la modificación del artículo 251 bis. del Código Penal de Chile, que dice, *in verbis*: “El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas. El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.



el crimen de corrupción de funcionarios públicos extranjeros a los preceptos de la Convención de OCDE.

En la misma ley, el legislador chileno también amplió el concepto de funcionario público extranjero para adaptarlo a la Convención. La nueva definición de funcionario público extranjero incluye ahora a todas las personas que ocupen cargos legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, ya sean designadas o elegidas, así como a cualquier individuo que ocupe un cargo público en país extranjero, en el seno de un organismo público o empresa pública, funcionarios o agentes de organizaciones públicas internacionales.<sup>17</sup>

Además, la Ley nº 20.371, también de 2009, modificó el Código Orgánico de Tribunales de Chile y otorgó a los tribunales chilenos la facultad de pronunciarse sobre actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos chilenos en territorio extranjero y sobre funcionarios públicos extranjeros que viven en Chile.<sup>18</sup>

Otra importante innovación chilena se dio con la promulgación de la Ley nº 20.393 en diciembre de 2009. Se trata de una verdadera ley anticorrupción en el ámbito empresarial que determinó la responsabilidad penal de las personas jurídicas e internalizó a la legislación chilena reglas de *compliance* y gobernanza corporativa.

Desde el principio, el artículo 1º de la Ley nº 20.371 determina que los delitos de encubrimiento y ocultación de procedencia ilícita de

17. Tras la promulgación de la Ley, el artículo 251 ter. del Código Penal chileno entró en vigor con la siguiente redacción: “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

18. CHILE. **Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**: cartilla explicativa. Disponible en: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf). Accedido el: 13 dic. 2015.

bienes, valores negociables y dinero pueden ser cometidos por personas jurídicas.<sup>19</sup> Es decir, el legislador chileno contempló la posibilidad de práctica de crimen de lavado de dinero por parte de personas jurídicas y, con ella, la sanción respectiva.

Según dicha ley, para que se responsabilice determinada persona jurídica penalmente, ella debe cometer los delitos descritos en el art. 1º para obtener intereses suyos, de sus dueños, colaboradores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienquiera que realice actividades de administración y supervisión. Además, la ley impone la responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la supervisión directa de aquellos que tienen el poder de gestión en las empresas.<sup>20</sup>

Es importante resaltar que la ley chilena hace distinción entre los actos practicados en nombre y beneficio de la empresa de aquellos que lo sean en beneficio del empleado o miembro solamente. Es en ese sentido que parte del art. 3º establece que no habrá responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de que los delitos practicados sean cometidos por funcionarios y en beneficio propio, sin que la empresa o compañía parezca tener alguna ventaja.

Además de posibilitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley nº 20.393, de diciembre de 2009, trajo en su seno criterios objetivos para la reducción de la responsabilidad y normas de gobernanza. Otra parte del dicho art. 3º establece que se conside-

---

19. Crímen previsto en el art. 27 de la Ley de Chile de nº 19.913, de 25 de agosto de 2009, que crea la unidad de análisis financiera y modifica diversas disposiciones en materia de bienes y lavado de dinero. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&idParte=8649605&idVersion=2009-08-25>. Consultado el: 13 dic. 2015.

20. CHILE. Ley 2.0393, de 2 de diciembre de 2009. ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Consultado el: 13 dic. 2015.

rarán cumplidos los deberes de dirección y de supervisión cuando la empresa, antes de practicar el delito, haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la práctica de actos de corrupción.

Las normas relativas a la prevención a que se refiere la ley están descritas en el art. 4º: (i) designación de encargado por la prevención; (ii) definición de medios de actuación y de las facultades del encargado; (iii) establecimiento de un sistema de prevención de delitos; y (iv) supervisión y certificación del sistema de prevención por empresas previamente autorizadas por el gobierno.

Del mismo modo, la ley estipula condiciones atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de las empresas. Por un lado, el art. 6º expresa que la colaboración con las investigaciones en los procedimientos judiciales mediante sus representantes legales y la adopción de medidas eficaces para combatir la corrupción por parte de la persona jurídica se consideran atenuantes de la responsabilidad. De otro, el art. 7º establece que la existencia de condena de la empresa en los últimos cinco años por la comisión del mismo delito debe considerarse un agravante.

El Título II de la ley chilena establece las sanciones aplicables a las personas jurídicas. Estas son: i) disolución con el consiguiente fin de la personalidad jurídica; ii) prohibición temporal o perpetua de celebrar contratos con organismos estatales; iii) pérdida parcial o total de beneficios tributarios o prohibición de recibirlos; y iv) multa. Además de estas penas, que son las principales, la ley también permite la aplicación de penas accesorias, que son: i) publicación en el boletín oficial o en un periódico de tirada nacional del extracto de la sentencia condenatoria; ii) el decomiso de los bienes y productos adquiridos mediante la práctica del crimen de corrupción, y iii) imposición de complementos fiscales, cuando la práctica del delito prescinda de la inversión de recursos por la persona jurídica, en cantidad propor-

cional al importe invertido por la empresa. Las penas deben, acorde la ley, aplicarse observándose la gravedad del acto ilícito practicado por la persona jurídica. Es decir, la pena de disolución se aplicará en los casos de comisión de delitos graves, mientras la pena de multa, en los casos de delitos con menos potencial lesivo.

Para efectos de la evaluación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la legislación chilena dispone que, en procesos de esa naturaleza, deben aplicarse las normas del Código Procesal Penal de ese país, a fin de garantizar el contradictorio y la defensa amplia.

Además, Chile también emitió la Circular n° 57, de 2007, que establece que todos los valores entregados a funcionarios extranjeros, así como a empleados en cualquier operación internacional, no son deducibles del impuesto a las ganancias.<sup>21</sup>

Con el fin de regular todas las materias relacionadas con la Convención, Chile también trató de la cooperación internacional en la Ley n° 20.406, de 5 de diciembre de 2009, y posibilitó el examen de las informaciones acerca de las operaciones bancarias de personas investigadas por la práctica de actos relacionados a la corrupción internacional.<sup>22</sup>

### 3. REFLEJOS DE CONVENCIÓN EN BRASIL

Brasil también internalizó la Convención en 2000 mediante el Decreto n° 3.678, de 30 de noviembre de 2000. Sin embargo, sólo más recientemente reguló la materia, en 2013, con la publicación de la

21. CHILE. Extracto de circular del servicio de impuestos internos n° 56, de fecha 8 de noviembre de 2007, que instruye sobre pagos por concepto de dádivas, cohecho o soborno a funcionarios públicos extranjeros en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=266569&idParte=8&idVersion=2007-11-16>

22. CHILE. **Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales**: cartilla explicativa. Disponible en: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf).

Ley Anticorrupción y la llegada del Decreto n° 8.420, 18 de marzo de 2015, como veremos más adelante.

La Ley Anticorrupción innovó en varios aspectos, sin embargo no permitió responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Al contrario, lo dejó claro en su art. 1º que las empresas son civil y administrativamente responsables de los actos de corrupción cometidos.

Pese a ello, la Ley Anticorrupción trajo una gran innovación, originaria de la determinación de que las personas jurídicas responden objetivamente en ambos ámbitos por los actos realizados. La responsabilidad objetiva civil y administrativa ha sido una novedad que trajo el ordenamiento jurídico nacional en materia de *compliance*. Antes de la aparición de la mencionada ley, la responsabilidad siempre era subjetiva.

La ley brasileña aclaró también la separación de las responsabilidades de la empresa y de los administradores. Según el texto legal, “la responsabilización de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual de sus directores o administradores o de cualquier persona natural, autor, coautor o partícipe del hecho ilícito”.<sup>23</sup> En el mismo sentido, consideró agente público extranjero quien, aunque sea temporalmente o sin paga, ejerza cargo, empleo o función pública en organismos, entidades estatales o en representaciones diplomáticas de un país extranjero, así como en personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por las autoridades públicas de un país extranjero o en organismos públicos internacionales.<sup>24</sup>

Otra innovación ha sido la conceptualización de agente público extranjero y de administración pública extranjera. La Ley Antico-

---

23. BRASIL. Ley n° 12.846, de 1 de agosto de 2013. Prevé la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la realización de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y establece otras medidas. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm).

24. Idem. Ibidem.

rrupción amplió dichos conceptos para adecuarlos a la Convención, de forma que incluyera en ellos a todos aquellos que ejercen funciones u ocupan cargos públicos en cualesquier esferas o niveles de la administración pública extranjera.

De ese modo, la ley pasó a tener como administración pública extranjera los “órganos y entidades estatales o representaciones diplomáticas de un país extranjero, de cualquier nivel o esfera de gobierno, así como las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por el poder público de un país extranjero”.<sup>25</sup>

Como es habitual, el legislador brasileño describió cada una de las conductas consideradas perjudiciales para la administración pública, que, según la Ley Anticorrupción, son: i) prometer, ofrecer o brindar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un agente público, o a una tercera persona con la que se relacionaba; ii) financiar, patrocinar o de cualquier forma subsidiar la práctica de actos ilícitos dispuestos en la Ley Anticorrupción; iii) utilizarse, de manera demostrable, a una persona física o jurídica interpuesta para ocultar o disfrazar sus intereses reales o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados; iv) frustrar o defraudar, mediante ajuste, combinación o cualquier otro expediente, el carácter competitivo del procedimiento de licitación pública; v) impedir, perturbar o defraudar la realización de cualquier acto de un procedimiento de licitación pública; vi) destituir o pretender destituir a un licitador, mediante fraude u ofrecimiento de ventaja de cualquier tipo; vii) defraudar una licitación pública o un contrato derivado de la misma; viii) crear fraudulenta o irregularmente persona jurídica para participar en licitación pública o celebrar contrato administrativo;

---

25. BRASIL. Ley n° 12.846, de 1 de agosto de 2013. Prevé la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la realización de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y establece otras medidas. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm).

ix) obtener fraudulentamente ventaja o beneficio indebido de modificaciones o prórrogas de contratos celebrados con la administración pública, sin autorización legal, en la licitación pública o en los respectivos instrumentos contractuales; x) manipular o defraudar el equilibrio económico-financiero de los contratos celebrados con la Administración Pública; y xi) obstaculizar las actuaciones de investigación o inspección de los organismos, entidades o agentes públicos, o intervenir en sus actividades, incluso en el ámbito de las agencias reguladoras y de los órganos de inspección del sistema financiero nacional.<sup>26</sup>

Además, el legislador brasileño creó un procedimiento propio para la investigación de los casos de corrupción y determinó que la autoridad máxima del Poder Ejecutivo de cada órgano de la administración pública es competente para conducir las investigaciones, y es posible la delegación de la competencia, pero jamás la subdelegación. Especialmente en ámbito federal, la Ley Anticorrupción determinó que la Controladoria Geral da União (CGU) es el órgano competente para las investigaciones.

La ley también reforzó el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica al posibilitar la invasión del patrimonio de los socios cuando se utilicen personas jurídicas para incumplir los preceptos de la Ley Anticorrupción.

Todavía en el área de la lucha en contra la corrupción, la ley brasileña ha creado el instituto del acuerdo de clemencia, mediante el cual las personas jurídicas tienen sus penas reducidas por la colaboración con el poder público. Para ello, las empresas que celebren acuerdos de clemencia deben posibilitar la identificación de los demás involucrados en la infracción, cuando corresponda, y la obtención rápida de informaciones y documentos que comprueben el ilícito bajo constatación.

---

26. Idem. Ibidem.

Mientras tanto, para que la obtención del acuerdo quede posible, la empresa debe ser la primera en manifestarse sobre el ilícito, a interrumpir completamente su participación en la infracción y a admitir la participación en el ilícito y a cooperar con la investigación en el procedimiento administrativo hasta su conclusión.<sup>27</sup>

La ley también trató las sanciones aplicables a las personas jurídicas infractoras. Por el acto legal, podrán aplicarse: i) pérdida de los bienes, derechos o valores que representen ventaja o beneficio directa o indirectamente obtenidos de la infracción, sin perjuicio del derecho del perjudicado o de tercero de buena-fe; ii) suspensión o prohibición parcial de sus actividades; iii) disolución obligatoria de la persona jurídica; iv) prohibición de recibir incentivos, subvenciones, ayudas, donaciones o préstamos de organismos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas o controladas por la administración pública durante un plazo mínimo de uno y un máximo de cinco años. Las medidas son acumulativas, es decir, pueden aplicarse simultáneamente.<sup>28</sup>

De forma pionera en el ordenamiento jurídico brasileño, la Ley Anticorrupción determinó que la existencia de normas de *compliance* debe considerarse un factor atenuante cuando se inicien procedimientos administrativos y judiciales contra personas jurídicas. Sin embargo, la ley no determina qué patrones y normas de *compliance* deben seguirse. La ley sólo establece que:

[...] “se tendrán en cuenta en la aplicación de las sanciones [...] la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad,

---

27. BRASIL. Ley n° 12.846, de 1 de agosto de 2013. Prevé la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la realización de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y establece otras medidas. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm).

28. Idem. Ibidem.



auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica”.<sup>29</sup>

El *compliance* ha sido regulado solamente en el Decreto nº 8.420/2015, cuando, con la determinación de las posibilidades de reducción de la sanción administrativa aplicable, hubo la sistematización de la previsión sancionadora de la Ley Anticorrupción:

- i.) el compromiso de la dirección superior de la persona jurídica, incluso los consejos, evidenciado por el apoyo visible e inequívoco al programa;
- ii.) las normas de conducta, el código de ética, las políticas y los procedimientos de integridad aplicables a todos los empleados y administradores, independientemente de su cargo o función;
- iii.) las normas de conducta, el código de ética y las políticas de integridad extendidas, en su caso, a terceros, tales como proveedores, prestadores de servicios, intermediarios y asociados;
- iv.) los entrenamientos periódicos sobre el programa de integridad;
- v.) el análisis periódico de riesgos para que se realicen las adaptaciones necesarias al programa de integridad;
- vi.) los registros contables que reflejen de forma completa y precisa las transacciones de la persona jurídica;
- vii.) los controles internos que garanticen la rápida elaboración y fiabilidad de informes y estados financieros de la persona jurídica;
- viii.) los procedimientos específicos para prevenir fraudes e ilícitos en el marco de procedimientos de licitación, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público, aunque sea mediada por terceros, como pago de impuestos,

---

29. Idem. Ibidem.

- sometimiento a controles, u obtención de autorizaciones, licencias, permisos y certificados;
- ix.) la independencia, estructura y autoridad de la instancia interna responsable de la aplicación del programa de integridad y control de su cumplimiento;
- x.) los canales de denuncia de irregularidades, abiertos y ampliamente divulgados a funcionarios y terceros, y de mecanismos destinados a la protección de denunciantes de buena fe;
- xi.) las medidas disciplinarias en caso de violación del programa de integridad;
- xii.) los procedimientos que garanticen la pronta interrupción de irregularidades o infracciones detectadas y la reparación oportuna de los daños causados;
- xiii.) las gestiones apropiadas para la contratación y, en su caso, supervisión de terceros, tales como proveedores, prestadores de servicios, intermediarios y asociados;
- xiv.) la verificación, durante los procesos de fusiones, adquisiciones y reestructuraciones societarias, de la comisión de irregularidades o ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;
- xv.) el monitoreo continuo del programa de integridad con vistas a su perfeccionamiento, con el fin de prevenir, detectar y combatir la ocurrencia de los actos perjudiciales dispuestos en el artículo 5º de la Ley nº 12.846, de 2013; y
- xvi.) la transparencia de la persona jurídica en relación con las donaciones a candidatos y partidos políticos.<sup>30</sup>

---

30. BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de marzo de 2015. Reglamenta la Ley nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, que establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la realización de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y dispone otras medidas. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Accedido el: 14 dic. 2015.

Es importante señalar, sin embargo, que, aunque la legislación brasileña trate de la materia, sólo ha trazado las líneas generales de los programas de integridad que deben aplicarse a las empresas brasileñas y extranjeras que actúan en territorio nacional.

Las multas también han sido tema del Decreto. La cuantía de las sanciones pecuniarias se vinculaba a la facturación bruta de las empresas infractoras, a la continuación de los actos lesivos, al conocimiento de las personas del cuerpo ejecutivo o directivo de las personas jurídicas, a la condición de proveedor de servicios públicos o de contratista para la ejecución de obras, al índice de solvencia y liquidez de la persona jurídica, a la reincidencia y a la condición de contratante con la administración pública.

Otras dos importantes novedades que trajo la ley brasileña fueron la creación del Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas y del Cadastro Nacional de Empresas Punidas, además de la publicación extraordinaria de la decisión administrativa sancionadora de las personas jurídicas, ambas dedicadas, por una parte, a castigar a las empresas que incurran en la comisión de actos de corrupción y, por otra, a valorizar las empresas de conformidad con la ley.

## CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto, queda claro que hay un hilo conductor en el tratamiento dado a la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en los tres países estudiados. Todos ellos, cada uno en su medida, han tratado de la comisión de crímenes de corrupción en transacciones comerciales internacionales y han ampliado los conceptos de funcionario público extranjero y de administración pública extranjera para adecuarse a la Convención, por ejemplo; dos de ellos — Chile y Brasil — ya han avanzado sustancialmente en la regulación de la

materia a través de la edición de leyes específicas que tratan de los tipos de responsabilidad de las personas jurídicas, de los acuerdos de clemencia, de las medidas atenuantes y agravantes y de la aplicación de sanciones y directrices básicas de *compliance* a seguirse.

A pesar de ello, aunque la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de OCDE se publicó en 1997 y entró en vigor en 1999, es evidente que los avances en el combate a la corrupción han sido escasos teniéndose en cuenta el tiempo de vigencia del tratado y la gravedad y los daños potenciales que los actos de corrupción internacional representan para el desarrollo de las economías nacionales y regionales y para la propia competencia y salud de las empresas. En este sentido, queda claro que todavía hay mucho por avanzar en la lucha contra la corrupción internacional y que la cooperación internacional — sea por medio del desarrollo de mecanismos legales supranacionales de combate a la corrupción, sea por medio de la colaboración académica para investigación — es indispensable para la consecución de ese objetivo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGENTINA. Cámara de Diputados. SEC PE, 1º 13, de 11 de maio de 2010. Disponible em: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0013-PE-10.pdf>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Decreto 466/2007. Disponible em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Dirección de Normativa y Logística de la Dirección General de Estrategias de Comercio Exterior. **La República Argentina y la Convención de la OCDE Contra el Cohecho en las Transacciones de Comercio Internacional**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007. Disponible em: <http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/Apoyo/cohecho.pdf>. Acceso em: 13 dez. 2015.

- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina Ley 25.188, de 29 de septiembre de 1999. Deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Objeto y Sujetos. Deberes y pautas de comportamiento ético. Régimen de declaraciones juradas. Antecedentes. Incompatibilidades y conflicto de intereses. Régimen de obsequios a funcionarios públicos. Prevención sumaria. Comisión Nacional de Etica Pública. Reformas al Código Penal. Publicidad y divulgación **Boletín Oficial**: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 29262, p. 1, 1 nov. 1999. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina Ley 25.825, de 19 de noviembre de 2003. Sustitucion del Art. 258 Bis del Código Penal. **Boletín Oficial**: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 30295, p. 1, 11 dic. 2003. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90944/norma.htm>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Honorable Congreso de La Nacion Argentina. Ley 26.268, de 13 de junio de 2007. Modificacion. Asociaciones ilicitas terroristas y financiacion del terrorismo. Modificacion de la Ley nº 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. **Boletín Oficial**: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 31190, p. 1, 5 jul. 2007. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/129803/norma.htm>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ARGENTINA. Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 466/2007, de 2 mayo de 2007. Apruebase la estructura organizativa de primer nivel operativo del mencionado organismo del Ministerio De Justicia y Derechos Humanos. **Boletín Oficial**: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 31148, p. 6, 4 may. 2007. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127785/norma.htm>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Presidência, Controladoria-Geral da União — 1ª Edição — Brasília: CGU, 2007.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diá-**

- rio Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, n. 53, p. 3, 19 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 14 dez. 2015.
- BRASIL. Presidência Da República. Lei nº 12.846, de 2<sup>a</sup> de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, ano 150, nº 148, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 496, de 10 de octubre de 2001. promulga la convencion para combatir el cohecho a funcionarios publicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y su anexo. **Diario Oficial:** Santiago, nº 17, p. 50, 30 ene. 2002. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=194157>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE.Ministerio de Hacienda Ley nº 19.913, de 25 de agosto de 2009. Crea la unidad de analisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. **Diario Oficial:** Santiago, 18 dic. 2003. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&idParte=8649605&idVersion=2009-08-25>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Hacienda; Subsecretaría de Hacienda. Ley 20.393, de 25 de noviembre de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. **Diário Oficial:** Santiago, 2 dic. 2009. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 20.341, de 16 de abril de 2009. Introduce Modificaciones Al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública. **Diario Oficial:** Santiago, 22 abr. 2009. Disponível em: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1001365>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Ministerio de Justiça. Ley 20.371, de 18 de agosto de 2009. Introduce modificaciones al código orgánico de tribunales y a la Ley 2<sup>a</sup> nº 19.913, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública. **Diario Oficial:** Santiago, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1005392>. Acesso em: 13 dez. 2015.

- CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. **Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**: cartilla explicativa. Santiago, 1997. Disponible em: [http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho\\_cartilla\\_explicativa.pdf](http://www.agci.cl/attachments/article/1169/cohecho_cartilla_explicativa.pdf). Acceso em: 13 dez. 2015.
- CHILE. Servicio De Impuestos Internos; Dirección Nacional. Circular 56, de 8 de noviembre de 2007. Instruye sobre pagos por concepto de dádivas, cohecho o soborno a funcionarios públicos extranjeros en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. **Boletín del Servicio de Impuestos Internos**: Santiago, 16 nov. 2007. Disponible em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=266569&idParte=&idVersion=2007-11-16>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ELLIS, Matteson. **Leyes Anticorrupción en Chile: Tres cosas que las compañías deberían saber**. Disponible em: <http://fcpamericas.com/spanish/leyes-anticorrupcion-en-chile-tres-cosas-las-companias-deberian-saber/#>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- ELLIS, Matteson. **Polo Pulls Out of Argentina... after Ralph Lauren Corp. Violates FCPA at Argentine Customs**. Disponible em: <http://fcpamericas.com/english/argentina/polo-pulls-out-of-argentina-after-ralph-lauren-corp-violates-fcpa-at-argentine-customs/>. Acceso em: 13 dez. 2015.
- OECD. **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**. OECD Publishing, Paris. 2014. Disponible em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>. Acceso em: 12 dez. 2015.





## EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC: LECCIONES DEL CONTENCIOSO DEL ALGODÓN (BRASIL — EE.UU.)<sup>1</sup>

*Micaela Barros Barcelos Fernandes<sup>2</sup>*

### INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es ofrecer, en materia de litigios empresariales internacionales, reflexiones sobre el uso del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). La referencia específicamente utilizada es el caso del contencioso del algodón entre Brasil y Estados Unidos, que trae algunas enseñanzas a los operadores del Derecho que actúan en el área empresarial, sobre todo empresarial internacional.

1. Trabajo presentado en las III JORNADAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITO COMERCIAL, realizadas los días 28, 29 y 30 de octubre de 2015 en Rio de Janeiro, con el tema *A atividade empresária e direito na América Latina*. Trabajo presentado en el Panel sobre el subtema *A atividade empresária e os litígios empresariais internacionais*.
2. Doctora en Derecho Civil por la UERJ. Máster en Derecho de Sociedades y Actividades Económicas y en Derecho Internacional e Integración Económica por la UERJ. Postgrado en Derecho Económico y Empresarial por la FGV/RJ. Licenciada en Derecho por la UFRJ. Abogada, profesora y perita judicial. Miembro del Consejo de Árbitros de la Cámara de Mediación y Arbitraje de FGV. Miembro de las Comisiones de Asuntos Legislativos y de Derecho de la Competencia de la OAB - Sección de RJ.

Aunque los principales beneficiarios del sistema de solución de controversias de la OMC son los Estados nacionales firmantes del tratado internacional constitutivo de la OMC, designados países miembros en el acuerdo, la actuación de los actores no estatales, agentes económicos que conforman la denominada iniciativa privada, aunque limitada dentro de ciertos límites, no sólo es posible sino recomendable, puesto que incide y es incidida por las normas de OMC.

A fin de cuentas, la dinámica del comercio internacional está promovida principalmente por agentes privados. Las sociedades empresariales, o las personas jurídicas de cualquier tipo que representan a los agentes económicos en sus diversas categorías de negocio, tienen — o al menos, en teoría, deberían tener<sup>3</sup> — un interés común en el funcionamiento de un sistema de comercio internacional sin barreras y basado en la eficiencia competitiva de cada agente en su respectivo segmento de actividad.

El sistema de solución de controversias de OMC es, entonces — más allá de los medios tradicionales de acceso a la justicia, vale decir, el estatal y el arbitral (este más común en sede de comercio internacional, pero que no excluye la vía judicial) —, más un canal por el cual los agentes económicos afectan o son afectados por la gestión de sus negocios.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Después de la Segunda Guerra Mundial, frente al desafío de reconstrucción de la economía del mundo, los países aliados acordaron que la apertura del comercio internacional y la estabilidad mone-

---

3. Aunque se haga una excepción con quienes se benefician del proteccionismo del mercado, incluso estos actores deben conocer los mecanismos de defensa de los intereses de los distintos agentes económicos.

taria estimularían la economía, y la interdependencia entre las naciones reduciría las posibilidades de nuevos conflictos armados de grandes proporciones.

Antes incluso del fin de la guerra, en virtud de las experiencias comunes de la Gran Depresión, ya se habían trazado las directrices para la construcción de un sistema multilateral de comercio en conferencia realizada en Breton Woods (New Hampshire, Estados Unidos), entre junio y julio de 1944, en el que se articuló la creación de tres grandes instancias internacionales, las cuales, en conjunto, viabilizaron un ambiente de mayor desarrollo económico y cooperación internacional, como: (i) el Fondo Monetario Internacional (FMI), creado para promover la cooperación monetaria internacional y facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, manteniendo la estabilidad de los tipos de cambio y atendiendo a los países con problemas de balanza de pagos mediante el acceso a fondos especiales; (ii) el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), actualmente una de las instituciones afiliadas al Banco Mundial, con la tarea de ayudar a la reconstrucción y al desarrollo de los territorios de los miembros signatarios, mediante préstamos y financiación para los países afectados por la guerra, y proyectos de desarrollo; y (iii) la International Trade Organization (ITO), u Organización Internacional del Comercio (OIC), con la tarea de coordinar y supervisar la negociación de un nuevo régimen para el comercio internacional, en base a los principios del multilateralismo y el liberalismo.

De las tres instituciones, las dos primeras se crearon el 27 de diciembre de 1945 con la firma del Acuerdo de Bretton Woods. Sin embargo, la OIC nunca llegó a ponerse en marcha, ya que el documento resultante de la Conferencia Internacional sobre Comercio de noviembre de 1947 (la Carta de La Habana) no ha sido ratificado por el Congreso estadounidense, de mayoría republicana, por considerar que restringía excesivamente la soberanía del país.

Ante el estancamiento, se negoció otro acuerdo, adoptándose solo una parte de la Carta de La Habana, en lo referente a la negociación de aranceles y reglas sobre el comercio. Se promulgó el General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), o Acuerdo General de Tarifas y Comercio, con el fin de eliminar la discriminación y reducir aranceles aduaneros y otras barreras al comercio de bienes entre signatarios del acuerdo. Fue aprobado inicialmente por 23 países, entre ellos Brasil (y también Estados Unidos, que antes había prohibido la OIC, pues, ya que la materia tratada en el GATT quedaba reducida, no hubo necesidad de ratificación por el Congreso norteamericano).

Aunque el GATT se concibió como un acuerdo multilateral para la reducción de aranceles, y no como una organización internacional, a lo largo de los años y con el crecimiento del comercio internacional, se transformó — de forma pragmática y creciente — en una organización internacional de facto, actuando como coordinador y supervisor de las reglas del comercio internacional y patrocinando varias negociaciones sobre comercio internacional. En 1994, a través del Protocolo de Marrakech, en la famosa Ronda Uruguay, se aprobó la creación de OMC<sup>4</sup> — World Trade Organization (WTO) —, sustituyendo al GATT. Brasil, también signatario del Protocolo de Marrakech, interiorizó el acta final con los resultados de la Ronda Uruguay por medio del Decreto Legislativo n.º 30, del 15 de diciembre de 1994, y del Decreto n.º 1.355, del 30 de diciembre de 1994.<sup>5</sup>

---

4. Las negociaciones en el ámbito del antiguo GATT y ahora de la OMC se denominan rondas. Cada ronda establece una agenda de temas que los miembros de la OMC deben debatir para llegar a acuerdos. Ha habido ocho rondas de negociación en el GATT, la última de las cuales fue la Ronda Uruguay, cuando se creó la OMC. La Ronda de Doha (Programa de Doha para el Desarrollo), la primera en el ámbito de la OMC, se inició en 2001, pero sufrió sucesivos aplazamientos debido a las dificultades de la negociación multilateral.

5. Fases de aprobación de cualquier tratado: negociación, aprobación colectiva, firma, aprobación interna y posterior ratificación para confirmar la validez. En los tratados multilaterales, la entrada en vigor suele comenzar tras un número mínimo de depósitos

Desde 1947, año en que se lanzó el proyecto de la OIC pero no se aprobó, hasta 1994, cuando se creó finalmente la OMC, una serie de cambios posibilitaron la creación de este importante organismo internacional. El final de la Guerra Fría y de la bipolarización capitalista/comunista permitió alinear los criterios conceptuales y programáticos del comercio internacional. En efecto, el bloque comunista se guiaba por el dirigismo económico y los objetivos cuantitativos como principal mecanismo de conducción de la organización económica mundial, mientras que el bloque capitalista predicaba el libre y amplio comercio como clave del progreso de las naciones. En 1994, el comercio internacional se entendía pacíficamente como organizado, interdependiente y cooperativo, en lugar de depredador y aislacionista, lo indujo a reconocerse la necesidad de un organismo supranacional que gestionara y armonizara las relaciones entre los países.

La agenda que dio lugar a la creación de la OMC fue ambiciosa e incluyó por primera vez el comercio de servicios, así como muchas cuestiones controvertidas del comercio de productos agrícolas y textiles. Aunque la mejora de los mecanismos institucionales ya se estaba desarrollando en el ámbito del GATT y de su sistema de solución de controversias, inicialmente no quedaba previsto el establecimiento de una nueva organización internacional para el comercio. Sin embargo, en 1990 surgieron las primeras propuestas para la creación de la OMC, presentadas por Canadá y la Comunidad Europea. Al principio, Estados Unidos y muchos países en desarrollo criticaron

---

de ratificación. En Brasil, las etapas de la elaboración de un tratado suelen identificarse de la siguiente manera: negociación y firma (responsabilidad del Poder Ejecutivo, según el artículo 84, VIII de la Constitución), aprobación interna (responsabilidad del Congreso Nacional, según el artículo 49, I de la Constitución), con posterior promulgación por la Presidencia de la República, mediante la emisión de un decreto de promulgación, que, tras su publicación, comienza a surtir efecto en el territorio nacional (esta última etapa no está expresamente prevista en el derecho positivo nacional, pero está consolidada en la práctica brasileña).

la propuesta, en parte porque consideraban que la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, podría y debería desempeñar esta función de organización internacional del comercio, pero en la fase final de las negociaciones de la Ronda Uruguay, en 1993, hubo consenso para la creación de la nueva organización.

## 2. EL ACUERDO DE OMC Y LA FUNCIÓN JUZGADORA DE LA ORGANIZACIÓN

La Ronda Uruguay se concluyó en diciembre de 1993 y, en abril de 1994, se firmó en Marrakech, Marruecos, el Acuerdo Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (“Acuerdo de la OMC”), que entró en vigor el 1 de enero de 1995 y posibilitó que OMC empezara a funcionar.

El Acuerdo de OMC es el tratado más amplio que se ha firmado hasta la fecha en relación con el comercio internacional, estableciendo la OMC como organización intergubernamental responsable de la aplicación y administración de los acuerdos multilaterales firmados en su ámbito. Aunque solo tiene 16 artículos, contiene múltiples entendimientos incluidos en cuatro anexos,<sup>6</sup> entre los cuales está, en el Anexo 2, el Dispute Settlement Understanding (DSU) o

6. Se subdividen en varios documentos, a saber: i. Anexo 1, que incluye el GATT de 1994, que no debe confundirse con el GATT de 1947, y las notas interpretativas sobre los artículos del Acuerdo de la OMC, y confirma también la validez de otros acuerdos ya firmados en el ámbito del GATT, como Acuerdo de Agricultura, Acuerdo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Acuerdo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, Acuerdo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e Acuerdo sobre Salvaguardas; ii. Anexo 1B, sobre el Acuerdo Geral sobre o Comércio de Serviços (AGCS); iii. Anexo 1C: Acuerdo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS); iv. Anexo 2: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos sobre Solución de Controversias; v. Anexo 3: Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (TRP); y vi. Anexo

Entendimiento Sobre Reglas y Procedimientos que rigen la Solución de Controversias (ESC).

Desde 1995, pues, la OMC ha gestionado las relaciones comerciales entre los países miembros como órgano orientador y conciliador, tratando de garantizar el *fair play* y asumiendo un importante rol en la resolución de conflictos. El CES consagra un mecanismo *rule-oriented* basado en negociaciones multilaterales entre las naciones y en el establecimiento de normas jurídicas, que se cumplen libre y voluntariamente; por el contrario, existen mecanismos *power-oriented*, basados en el uso de presión y influencia, con el riesgo de amenazas y represalias unilaterales sostenidas en la supremacía económica.

El órgano de solución de conflictos de la OMC sucedió al anterior sistema del GATT, que se había ido formando poco a poco, a partir de sucesivas negociaciones e interpretaciones unilaterales de las normas que componían cada acuerdo internacional, consideradas en conjunto una *jurisprudencia diplomática*. Sin embargo, existen importantes diferencias entre el sistema de OMC y su predecesor: en el acuerdo original del GATT no se preveía un órgano encargado de resolver las controversias derivadas de la aplicación de los acuerdos firmados.

En la OMC, tras la experiencia creciente de *judicialización*<sup>7</sup> (también designada *jurisdización*<sup>8</sup> o aún *jurisdiccionalización*<sup>9</sup>) del sis-

---

4: Acuerdos Plurilaterales (éste, a diferencia de todos los anexos anteriores, es el único cuya adhesión es opcional).

7. BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; e REDENSCHI, Ronaldo. **A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC: o litígio Brasil x Argentina no Mercosul, o caso Embraer na OMC – Brasil x Canadá.** São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 73.

8. SANCHEZ, Michelle Raton. Condições especiais para os países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In AMARAL JÚNIOR, Alberto (coord.) **Direito do comércio internacional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 121.

9. GATTEI, Marília Machado. A importância da jurisdiccionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC. In AMARAL JÚNIOR, Alberto (coord.) **Direito do comércio internacional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 105.

tema de solución de conflictos del GATT, desde su creación se ha estructurado expresamente como un órgano juzgador, incluso mediante un ropaje jurídico adecuado, aportando más seguridad, previsibilidad y rapidez al mecanismo de solución, en consonancia con la evolución de las necesidades del comercio internacional.

A pesar de ello, el sistema de solución de controversias de la OMC todavía conserva algunas características del sistema de relaciones diplomáticas, lo que da lugar a un sistema híbrido en la práctica. Por esta razón, aunque contenga mecanismos de sanción, existen muchas instancias de negociación por parte de los Estados miembros y de manifestación por parte de los Estados interesados. El alcance es, sobre todo, *conciliatorio*, e impregna todo proceso destinado a resolver cuestiones que se le someten, prefiriéndose siempre la solución consensual a la impuesta, en consonancia con la naturaleza cooperativa de las normas informadoras de la OMC. Además de conciliatorio, el alcance es también *multilateral*, en el sentido de que las decisiones no sólo pretenden solucionar un litigio entre partes, sino erradicar posturas de las naciones contratantes en el ámbito del comercio internacional que violen los principios acordados conjuntamente, priorizando el desarrollo del comercio de forma integral.

El carácter híbrido y multilateral del sistema de solución de controversias de la OMC posibilitó distintas interpretaciones de los mecanismos previstos en el ESC. Así, cuanto mayor sea la participación de las partes interesadas, no solo de los Estados, sino también de actores no estatales, más se observarán sus puntos de vista e intereses. Los operadores del Derecho que actúan en el comercio internacional deben saber que, cuanto mayor sea la contribución de cada interesado en la formación de la *jurisprudencia en el ámbito de la OMC*, mayor será también su influencia para la formación del conocimiento y el funcionamiento de la organización.



### 3. EL OSC, LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS Y LAS MEDIDAS DE REPRESALIA

El Acuerdo de OMC, que confiere a la organización intergubernamental la función juzgadora, establece el procedimiento de solución de controversias en su Anexo 2, en el que creó el Dispute Settlement Body (DSB), Órgano de Solución de Controversias (OSC), al cual los países miembros recurren cuando creen que se ven perjudicados por la violación de las normas que rigen el comercio internacional de cualquiera de los demás países miembros.

El mecanismo opera acorde a la premisa de que los países miembros han acordado las reglas firmadas y se han comprometido a respetarlas así como las sentencias dictadas por DSB, que busca brindar soluciones imparciales que interrumpan prácticas violadoras, indemnicen los perjuicios sufridos o, en su caso, autoricen represalias comerciales a los países miembros vencidos en el caso de incumplimiento voluntario.

Por lo general, los problemas surgen cuando algún país adopta una política protectora o permite prácticas comerciales consideradas violadoras de los tratados firmados por otro país miembro, el último recurre al DSB/OSC mediante una representación. De este modo, se inicia el proceso, cualquier país miembro interesado — aunque no se vea directamente afectado — puede participar, ya sea del lado del representante o del representado, lo que refuerza el carácter multilateral del órgano.

El procedimiento consta de una serie de fases, la primera de las cuales es obligatoria y aún previa, de conversaciones entre los países implicados, mediante consultas e intentos de llegar a un acuerdo, llevadas a cabo por los propios países o con la ayuda de un representante de OMC. Si los países no logran resolver la cuestión en la fase previa, se pone en marcha el procedimiento propiamente dicho,

denominado Panel (comúnmente identificado en portugués como *Painel*, *Grupo Especial* o *Comitê*), que es un órgano independiente y técnico que trata de despolitizar las cuestiones.

En el Panel se garantizan los principios de contradictorio y amplia producción de pruebas y alegaciones, y, después de varias etapas que siguen cronograma definido,<sup>10</sup> el proceso termina (teóricamente) en un plazo de aproximadamente seis meses a un año, con una decisión con validez y aplicación independientemente de la insatisfacción de una de las partes. En cuanto a ello, ha habido un cambio importante en el sistema de solución de controversias de OMC en relación con el de su predecesor, el GATT, porque antes se exigía la aprobación por el consenso de los países miembros, lo que permitía obstrucción por la nación insatisfecha. Sin embargo, en la OMC el consenso es negativo o inverso, es decir, requerido solamente para *impedir* la homologación de la decisión, que, para su aplicabilidad automática, se puso a depender sólo de la homologación en el Consejo General del OSC, le dando al sistema más previsibilidad y seguridad.

---

10. Hay un total de nueve fases en el Panel: 1. Fase para la presentación de razones iniciales por escrito; 2. Primera audiencia: para la presentación de razones a los miembros del Panel; 3. Réplica, para que la otra parte exponga sus argumentos; 4. Peritaje, si hay una razón técnica o científica, se nombra un perito para que elabore un informe en el que se basará la decisión final; 5. Intermedia, para que el Panel presente un informe sobre las gestiones realizadas hasta el momento, identificando los puntos controvertidos y las pruebas presentadas, permitiendo nuevas consideraciones de las partes; 6. Primeras conclusiones, para que el Panel presente sus primeras conclusiones sobre el proceso, permitiendo a las partes realizar nuevos alegatos y revisar las conclusiones presentadas; 7. Revisión, para que el Panel reexamine sus conclusiones, y también para que las partes intenten llegar a un acuerdo nuevamente con base en las conclusiones ya presentadas; 8. Informe final, para presentación de la decisión del Panel a las partes y difusión a todos los países miembros de la OMC, según corresponda, con indicación de las infracciones a las normas del tratado y sugerencia de conductas alternativas; 9. Decisión definitiva, para que, transcurridos 60 días de la presentación del Informe Final, las conclusiones se consideren definitivas, sometiéndose las partes al cumplimiento, o recurriendo al Tribunal de Apelaciones.

Otra novedad del tratado que ha creado la OMC es la previsión de una segunda instancia para revisión únicamente de cuestiones de derecho, corroborando la judicialización del sistema de solución de controversias — el Appellate Body (Comité u Órgano de Apelación), compuesto por siete miembros con mandato fijo de cuatro años, los cuales deben presentarse con notorio conocimiento y experiencia en derecho internacional y comercio exterior, y que no pueden ser afiliados a algún órgano gubernamental de un país miembro. Cualquiera de las partes puede recurrir al Órgano de Apelación, incluso la parte ganadora, si considera que la decisión adoptada por el Panel no le satisfaga a sus pretensiones de manera suficiente. El recurso puede aceptarse en parte o en su totalidad, y la decisión final se dicta en un plazo de 90 días, confirmando o modificando la decisión del Panel. La decisión del Comité de Apelación depende asimismo de la ratificación del Consejo General del OSD, tras la cual está automáticamente efectiva, aunque puede ser revocada si hay consenso entre los países miembros.

Cumplidas todas las etapas, el país miembro vencido debe presentar a DSB/OSC su compromiso de corrección de la conducta considerada violadora de las reglas de OMC y ofrecer *medidas compensatorias* al vencedor por los perjuicios que provocó. El OSC continúa en esa fase, como en las anteriores, en proceso de negociación, para buscar la mejor manera de implementar la decisión por mutuo entendimiento, siempre respetando la premisa de la mejora de las relaciones internacionales. Sin embargo, si la parte perdedora no presenta su compromiso, o si las partes no acuerden entre sí sobre la compensación ofrecida, la parte ganadora puede, en virtud de la decisión final dictada, imponer sanciones comerciales a la parte perdedora como último recurso — las llamadas *medidas de represalia*, por ejemplo, por restricciones comerciales, imposición de cuotas o institución de recargos, mediante previa autorización de OCS, en

cumplimiento de la doctrina de las normas jurídicas, que contiene el unilateralismo político de cada nación.<sup>11</sup>

Las represalias se producirán preferentemente en el sector implicado en la disputa (art. 22.3 del Acuerdo sobre Solución de Controversias), pero nada impide que alcancen a otros segmentos de la industria si no se obtiene la compensación deseada. En este caso, se trata de la conocida represalia cruzada, cuya idea introdujeron los países ricos, sobre todo Estados Unidos, con el fin de establecer sanciones no sólo para el comercio de bienes, sino en especial para las violaciones de la propiedad intelectual y servicios. Al fin y al cabo, consideraban que, como los países en desarrollo no son productores importantes de patentes, si se producía una violación en el ámbito de las patentes, la represalia más adecuada sería en los bienes. Brasil propuso entonces una vía de doble sentido, reforzando el multilateralismo frente al uni-

---

11. En palabras de Roberto Carvalho de Azevedo y Haroldo de Macedo Ribeiro: “Además de cumplir su función primordial de resolver conflictos comerciales entre miembros de la OMC, el mecanismo de solución de controversias ha demostrado ser un instrumento fundamental (i) en la interpretación de los compromisos asumidos en el ámbito de los acuerdos que integran el sistema comercial multilateral y (ii) en la generación de jurisprudencia que, en la práctica, llene vacíos y resuelva ambigüedades que a menudo están presentes en las disciplinas comerciales multilaterales. La posibilidad de obtener aclaraciones sobre el verdadero significado de las normas establecidas en los acuerdos de la OMC a través de las deliberaciones de los paneles y del Órgano de Apelación es ciertamente uno de los principales beneficios que ofrece el mecanismo de solución de diferencias de la organización. La jurisprudencia que se forma a partir de decisiones sobre las más diversas materias brinda previsibilidad y seguridad jurídica a las acciones que puedan adoptar los miembros con base en dichos acuerdos. La jurisprudencia generada por el mecanismo de solución de controversias tiene además la capacidad de influir decisivamente en las negociaciones encaminadas a alterar o complementar el conjunto de disciplinas comerciales multilaterales ya acordadas. Al aclarar el alcance de los acuerdos de la OMC adoptados al final de la Ronda Uruguay del GATT, por ejemplo, el mecanismo de solución de controversias ofrece una mejor comprensión de los derechos y deberes ya contraídos por los miembros en el pasado y, por lo tanto, contribuye a definir los cuales deberían ser los “puntos de partida” para negociar nuevas disciplinas”. AZEVEDO, Roberto Carvalho de; RIBEIRO, Haroldo de Macedo. *O Brasil e o mecanismo de solução de controvérsias da OMC*. In ROSENBERG, Barbara; LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.). *O Brasil e o contencioso na OMC*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

lateralismo: si las represalias cruzadas funcionaban de los servicios o la propiedad intelectual a los bienes, también deberían funcionar de los bienes a los servicios o la propiedad intelectual. En otras palabras, debería haber reciprocidad en el proceso de represalias cruzadas. Y esa fue la posición que formó parte del acuerdo final.<sup>12</sup>

La posibilidad de aplicarse medidas de represalia, especialmente la cruzada, refuerza la necesidad de que el mecanismo de solución de controversias de OMC dé prioridad a una solución consensuada, a través de sucesivas consultas bilaterales y diversas instancias de negociación. Por supuesto, la posibilidad de imponer sanciones intimida a los países a buscar un denominador común, pero estas sanciones no son la panacea, y en la práctica suelen resolver algunos problemas, pero crear otros.

#### 4. ACTUACIÓN DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PRIVADOS

Como ya se ha dicho, OMC tiene la estructura de una organización intergubernamental, por tanto formada por Estados soberanos y con un sistema de negociaciones y decisiones que favorece a estos actores internacionales, pero que tiene un impacto significativo en la rutina y en la respectiva toma de decisiones de los actores no estatales, im-

12. La posibilidad de represalias cruzadas generó cuestionamientos desde la doctrina especializada y los propios países afectados sobre la efectividad y utilidad de este mecanismo, que termina imponiendo restricciones a áreas distintas a las responsables de violar las reglas del comercio internacional, dificultando su comercialización y contribuyendo al deterioro de las relaciones entre países. De hecho, puede haber sectores afectados que dependen del flujo normal del comercio y que no tienen nada que ver con la disputa original, y sin duda tienen derecho a cuestionar la legalidad e idoneidad de las medidas. Incluso el país ganador en una disputa puede, al promover medidas de represalia, terminar perjudicando sus propios intereses y los de otros segmentos de su industria nacional a través del llamado efecto *boomerang*, haciendo que, por ejemplo, el país perdedor busque otros aliados comerciales, provocando una retracción en el flujo comercial entre ambos países en un área que no se pretendía alcanzar.

poniéndoles atención y, deseablemente, participación según las posibilidades previstas en el tratado internacional.

El acceso al mecanismo de solución de controversias, al menos por ahora, no está disponible para uso directo por los agentes económicos privados, pero el Acuerdo de la OMC les autoriza a actuar de algunas maneras:

- (i) Brindando asistencia en el acceso a informaciones y construcción de conocimientos sobre los aspectos técnicos necesarios para el adecuado juicio de cada caso por parte de OSC. En este sentido, el art. 13 del ESC, relativo al derecho de búsqueda de información, dispone expresamente la posibilidad de asesoramiento técnico, que deberá solicitarse por el Panel a cualquier persona o entidad que considere oportuna. Y un representante de un agente económico específico puede, con su conocimiento y experiencia, contribuir a una toma de decisiones más informada y calificada. Pero esta participación sólo puede desencadenarse por iniciativa de propio OSC (si bien no se impide la presentación voluntaria de alguien como candidato a asesor técnico o experto, cuya válida actuación dependerá de la invitación efectiva por parte del OSC);<sup>13</sup>
- (ii) De la misma manera que pueden brindar asistencia a los Paneles OSC, los agentes económicos privados también pueden

---

13. Una peculiaridad de esta forma de actuación, prevista en el Apéndice 4 del Anexo 2, es que los ciudadanos de los países miembros en una controversia no deberán formar parte de un grupo consultivo de expertos sin el acuerdo conjunto de las partes en controversia, salvo en situaciones excepcionales en las que el Panel considere imposible satisfacer la necesidad de conocimientos científicos especializados. Además, no podrán formar parte de un grupo consultivo de expertos los funcionarios gubernamentales de las partes controvertidas. Los miembros de un grupo consultivo de expertos deben actuar en función de sus capacidades individuales y no en calidad de representantes del gobierno o de cualquier organización, evitando problemas derivados del riesgo de conflicto de intereses.

brindar asistencia a los países miembros que actúan como parte de una consulta o Panel, tanto brindando orientación sobre aspectos técnicos como formando el argumento para defensa y preparación de escritos procesales y documentos que los integran, contribuyendo a la toma de decisiones sobre estrategias para defender los respectivos intereses. Si bien la participación de actores no estatales puede ser cuestionada como amenaza a la soberanía de los Estados en la decisión de sus políticas comerciales — esta ha sido incluso la razón de la exclusión de la previsión de su participación en soluciones de controversia en la negociación de la Carta de La Habana,<sup>14</sup> haciendo que los Estados asuman el papel de partes interesadas para presentación de consultas o participación directa en Paneles, nada les impide a los Estados que se hagan también, como el propio OSC, asesorar técnicamente por agentes económicos privados; y

- (iii) Aunque no esté directamente vinculado a un caso concreto en el que colaboren más estrechamente en la construcción de la jurisprudencia de OMC, los agentes privados también pueden participar en la construcción del conocimiento de forma general, contribuyendo a la formación del discurso del comercio internacional mediante su participación en debates formales o informales sobre temas de su interés en el comercio internacional, por ejemplo, a través de la promoción de seminarios y congresos. Por último, la participación puede tener lugar en cualquier foro que contribuya a la difusión de conocimientos y a la formación de un cuerpo técnico sólido, integrado no sólo por los propios agentes económicos privados, sino también por

---

14. SANCHEZ, Michelle Raton. Atores não estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In AMARAL JUNIOR, Alberto (coord.) *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 162.

representantes de los intereses de los actores gubernamentales e intergubernamentales, incluidos los propios miembros que componen los grupos de trabajo de OMC, la cual debe contar con personas altamente cualificadas y con experiencia en el mercado, a menudo procedentes del sector privado. La participación en la formación del discurso no se resume al entendimiento y cumplimiento de las normas vigentes, sino que puede y debe también orientar movimientos de cuestionamiento o que propongan cualquier cambio que se entienda necesario o conveniente para el avance del comercio internacional.

La ampliación de la participación de los agentes económicos privados en el ámbito de OMC por medio de otras formas de actuación más allá de las señaladas arriba es una demanda antigua y defendible, teniéndose en cuenta su enorme importancia y legítimo interés para el desarrollo del comercio internacional. Pero la participación directa en procesos destinados a la solución de controversias ante el OSC de la OMC debe ser ponderada no solo por razones de orden práctico (por la dificultad en prever la representación y sortear eventuales obstáculos procedimentales con actores múltiples y heterogéneos), pero también *principiológico* (por el riesgo de, bajo el argumento de universalización del acceso, ocurrir la desvirtuación de las funciones de OMC, con excesiva influencia económica por grandes grupos privados).

En lugar de ser más abierto, el mecanismo de solución de controversias de OMC podría fácilmente volverse cerrado al ser utilizado siempre por los mismos grupos económicos en oposición al objetivo pretendido de democratización del comercio internacional que condujo a la firma del Acuerdo de la OMC.

Pese a que la limitación que hay para la acción directa, existen, como se vio anteriormente, algunos mecanismos de participación



que se deben utilizarse y, bien utilizados, benefician no sólo al agente económico, sino también al propio comercio internacional, el cual se fortalece con la práctica consistente de los diversos y múltiples actores, gubernamentales, intergubernamentales y privados. La disputa entre Brasil y Estados Unidos sobre los subsidios otorgados por este último, con múltiples partes interesadas ilustra esta afirmación.

## 5. LECCIONES DEL CONTENCIOSO BRASIL X ESTADOS UNIDOS SOBRE EL ALGODÓN

Desde el inicio de la vigencia del Acuerdo de OMC, Brasil se mostró uno de los principales actores en el sistema de solución de controversias de la organización, figurando ya como demandante o como demandado, ya como tercero interesado. La participación de Brasil en el mecanismo de solución de controversias de OMC se rige, en general, por el objetivo de quitar barreras a la entrada de productos brasileños en los mercados de otros miembros, y uno de los fines preferenciales ha sido el sector agrícola, en el que las exportaciones brasileñas gozan de mayor competitividad. Entre los principales obstáculos al comercio cuestionados por Brasil figuran la imposición de barreras no arancelarias (sanitarias, fitosanitarias o técnicas al comercio), las acciones de defensa comercial (salvaguardias y derechos *antidumping*) o incluso las medidas que provocan desviación del comercio debido a los regímenes preferenciales contenidos en los acuerdos comerciales regionales.

Otro grupo de barreras impuestas y que afectan a los intereses brasileños incluye la concesión, por parte de países desarrollados, de subvenciones a la exportación o a la producción interna, que confieren competitividad artificial a sus productos en los mercados nacionales o mundiales — precisamente lo que ocurrió en el contencioso del al-

godón —, que se acompañó de múltiples terceros interesados también afectados por las subvenciones, entre ellos los algodóneros brasileños, y dio lugar a la formación de una importante jurisprudencia sobre la materia, limitando las conductas que violan la norma multilateral por parte de algunos miembros desarrollados de OMC.

El caso del algodón aclara cómo el mecanismo de solución de controversias no es solo un medio para obtener (o perder) ventajas económicas, sino también para ejercer presión política y de legitimación de derechos. Las disputas llevadas a la OMC exponen comportamientos proteccionistas, violaciones a compromisos asumidos en el plano multilateral o la aplicación incorrecta de acuerdos negociados. Las controversias también fundamentan la revisión de los acuerdos, así como la discusión sobre la necesidad de llenar lagunas existentes en las disciplinas multilaterales.

En estrecha síntesis,<sup>15</sup> el caso se originó en razón de la política interna del gobierno de Estados Unidos, que concedió grandes subvenciones a sus productores de algodón. Entre 1999 y 2002, la producción estadounidense de algodón fue, respectivamente, de 19,2; 19,3; 20,6; y 19,6% de la producción mundial. En el mismo período, las exportaciones norteamericanas de algodón alcanzaron, respectivamente, 23,5; 24,5; 37,3; y 39,9% de las exportaciones mundiales del producto, lo que confiere al sector algodónero norte-americano papel destacado en el equilibrio de los factores que componen el mercado internacional de algodón.

En comparación, entre 1998 y 2002, la producción brasileña de algodón pasó del 3,8% al 5% de la producción mundial. Sin em-

---

15. Para más información sobre el caso, ver ARAÚJO, Leandro Rocha de; VALENTIM NETO, Geraldo; SILVA, Leonardo Peres da Rocha; e MEDRADO, Renê Guilherme da Silva. Agricultura e subsídios: o “caso do algodão” (WT/DS267). In ROSENBERG, Barbara; LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.). *O Brasil e o contencioso na OMC*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

bargo, las exportaciones brasileñas nunca han superado el 2,4% de las exportaciones mundiales en el mismo periodo. El crecimiento de la producción y las exportaciones estadounidenses de algodón se produjo en un momento en que los precios internacionales estaban cayendo, lo que levantó las sospechas de otros miembros de la OMC — especialmente Brasil — de que la participación estadounidense se estaba produciendo gracias a la ayuda de las subvenciones agrícolas concedidas a sus productores, en una distorsión del mercado internacional del algodón.

La disputa comercial empezó, entonces, por Brasil el 27 de septiembre de 2002, con una solicitud de consulta presentada al presidente del OSC de la OMC contra las subvenciones estadounidenses al algodón, conocidas como ayudas internas, que Brasil consideraba incompatibles con los compromisos multilaterales firmados por Estados Unidos, incluidos el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo de Subsídios e Medidas Compensatorias (ASCM), de 1994, de OMC<sup>16</sup>.

La consulta se denominó United States — Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267) y, como no dio lugar a una solución consensuada, se creó un Panel, que constató que Estados Unidos había concedido

---

16. Este que cubre las subvenciones adoptadas por los países para aumentar sus exportaciones, clasificándolos en no accionables (verdes, también denominados no distorsionadores y, por lo tanto, no sujetos a compromisos de reducción, siempre que no estén vinculados a algún tipo de garantía de precios a los productores, que incluye medidas de ayuda doméstica para la asistencia en caso de desastre, así como programas gubernamentales de investigación, extensión rural, infraestructura y control de personas), accionables (amarillos, o ámbar, que son considerados distorsionadores por comprender políticas internas capaces de distorsionar el comercio internacional, como sistemas de sostenimiento de precios de mercado y pagos directos a los productores – ellos están exentos del compromiso de reducción desde que limitados al 5% del mercado de producción), y prohibidos o ilegales (rojos, que son de dos tipos, subvenciones a la exportación y para la sustitución de importaciones, que distorsionan los flujos comerciales entre los diferentes países). A estos se suman los subsidios azules, que son distorsionadores, pero están exentos de compromisos multilaterales de reducción, al tener menor impacto en el comercio internacional, al estar vinculados a programas de limitación de la producción agrícola, sujetos a compromisos de reducción de las ayudas internas.

subvenciones de casi 4.000 millones de dólares a un grupo de 25.000 cultivadores de algodón en un solo año. A la demanda se sumaron otros países interesados, en particular los exportadores subsaharianos de algodón, que también perdieron competitividad como consecuencia directa de las subvenciones estadounidenses.<sup>17</sup>

La decisión del Panel se adoptó el 8 de septiembre de 2004, con retraso debido a la complejidad del asunto, lo que supuso la retirada de las subvenciones señaladas. Sin embargo, fue objeto de recurso por Estados Unidos, y el Órgano de Apelación confirmó la decisión del Panel el 3 de marzo de 2005. Sin perjuicio de la confirmación de la decisión del Panel por parte del Órgano de Apelación, Estados Unidos se resistieron a quitarles a los cultivadores de algodón sus programas de apoyo. Brasil presentó, entonces, una nueva solicitud, relativa a la *implementación* de las recomendaciones presentadas por OSC, para garantizar su derecho a adoptar contramedidas.

Como afirma el Brasil, el sector algodonero en Estados Unidos se ha beneficiado de una amplia red de programas internos y de apoyo a las exportaciones. Durante el período de 1995 hasta 2001, los productores de algodón de Estados Unidos recibieron más de 14 mil millones de dólares en transferencias gubernamentales, lo que hizo aumentar la producción y las ventas externas del *commodity*, aunque en el mismo período se registró una caída de los precios internacionales.<sup>18</sup>

17. En total, los países que se sumaron formalmente al proceso fueron Argentina, Australia, Benín, Canadá, China, Chad, Taipei, Unión Europea, India, Nueva Zelanda, Pakistán, Paraguay, Venezuela, Japón y Tailandia.

18. Es significativo el estudio realizado sobre la (in)eficiencia del productor americano y la comparación con los resultados de sus ventas en el mercado internacional: *The United States is not even close to being a lowcost producer of cotton, however. A survey of the costs of producing raw cotton in 2001 by the International Cotton Advisory Committee (ICAC) shows that production costs in Benin averaged about 30 cents/lb. (and were similar for other countries in the region, such as Burkina Faso and Mali), whereas one pound of cotton produced in the United States cost almost 70 cents (ICAC 2001).* CHENG, Fuzhi. *The WTO Dispute Settlement Mechanism and Developing Countries:*

Brasil utilizó, tanto en el Panel como en el Órgano de Apelación, argumentos procesales –por ejemplo, para la inclusión en el examen, por parte de OSC, de medidas norteamericanas cuya base jurídica había expirado antes de la solicitud de consultas, pero cuyos efectos eran prolongados en el tiempo — y de carácter material —, señalando, por ejemplo, la violación de los programas de pagos y garantías de créditos a la exportación de los acuerdos de OMC vigentes, la violación de la cláusula de paz, así como graves daños (650 millones de dólares) y amenaza de perjuicio a los intereses brasileños.

El Panel, al analizar los subsidios en cuanto al cumplimiento de los requisitos necesarios para su interpelación ante las normas de OMC — si bien rechazó dos de los programas cuestionados del marco de la definición de contención de precios —, confirmó que varios de los programas señalados por el Estado Brasileño constituían contribuciones financieras en el sentido del art. 1º del Acuerdo sobre Subsidios e Medidas Compensatorias (ASMC) y, por lo tanto, podían ser considerados como subvenciones.

El Panel estudió los programas de subvenciones al algodón que estaban directamente vinculados a los niveles de precios de mercado, señalando algunos programas de incentivos que implicaban una cantidad muy elevada de recursos del gobierno estadounidense para el algodón y que también estaban vinculados a la fluctuación de los precios de mercado. El Panel constató que los precios mundiales del algodón cayeron entre 1995 y 2002 debido a dos factores principales: i) la estabilización de las importaciones mundiales en virtud de la reducción de la demanda de importación de China; y ii) la expansión de las exportaciones estadounidenses empezada en 1999. Así pues,

---

The Brazil – U.S. Cotton Case By: Case Study #9-4 of the Program: **Food Policy for Developing Countries: The role of government in the global food system.** Cornell University. 2007. Disponible en: <https://ecommons.cornell.edu/handle/1813/55726>. Consultado el: 19 ago 2022.

las subvenciones estadounidenses al algodón ayudaron a los productores estadounidenses a aumentar su producción, a pesar de la falta de dinamismo del mercado mundial. Esto agravó la caída del precio internacional y fue la razón principal del caso del algodón en OMC.

El Órgano de Apelación confirmó la decisión del Grupo Especial y también estableció un importante precedente al señalar que el efecto de una subvención puede continuar incluso después del año en que se concede, no aceptando la afirmación de los Estados Unidos de que las subvenciones solo deberían considerarse para el período para el que se concedieran.

A pesar de los resultados favorables del Panel y del Órgano de Apelación, Brasil encontró grandes dificultades para aplicar la decisión. A pesar de no haber ganado, Estados Unidos no adoptó medidas concretas para eliminar los programas relacionados, lo que afectó enormemente a las exportaciones brasileñas. El 1 de julio de 2005 venció el plazo para que Estados Unidos retirara las subvenciones que OSC<sup>19</sup> había considerado prohibidas, sin que hubieran tomado alguna medida concreta (aunque se habían anunciado algunas el 30 de junio de 2005<sup>20</sup>), por lo que el 5 de julio de 2005 Brasil solicitó autorización para adoptar contramedidas, reservándose el derecho de suspender concesiones y obligaciones no sólo en el ámbito de las mercancías, en forma de impuestos adicionales a la importación, sino previendo también la posibilidad de suspender concesiones y obligaciones asumidas bajo los acuerdos de comercio de servicios (GATS) y aspectos de propiedad intelectual (TRIPS).

---

19. Algunas subvenciones se consideraron incompatibles con las disciplinas multilaterales y se concedió un plazo más largo – hasta el 21 de septiembre de 2005 – para que Estados Unidos tomara medidas para eliminar sus efectos o eliminar las subvenciones mismas.

20. El Departamento de Agricultura de Estados Unidos anunció cambios en los programas de garantía de créditos a la exportación y el envío al Congreso de Estados Unidos de propuestas para retirar o cambiar algunos programas.

La solicitud brasileña, presentada con base en el art. 21.5 del ESC, fue examinada por el OSC de la OMC y, al presentar Estados Unidos una objeción a las contramedidas solicitadas, el asunto fue automáticamente remitido al procedimiento de arbitraje, de conformidad con el art. 22.6 del ESC, para determinar la cuantía y forma de las contramedidas que serían autorizadas. Tras negociaciones bilaterales, los gobiernos de Brasil y Estados Unidos llegaron a un acuerdo provisional<sup>21</sup> que preveía la suspensión inmediata del procedimiento de arbitraje con la posibilidad de que Brasil solicitara en cualquier momento la creación de un grupo especial para examinar la coherencia de las nuevas medidas adoptadas por Estados Unidos (Panel de revisión), así como la reanudación del procedimiento de arbitraje, en la forma del artículo 22.6 del ESC, si el Panel de revisión considerara que las medidas adoptadas no eran suficientes para cumplir las recomendaciones del OSC.

Sin embargo, el 6 de octubre de 2015 Brasil solicitó la apertura de un Panel de implementación por entender que las medidas adoptadas por Estados Unidos — limitadas a la derogación de uno de los programas reputados violadores de las normas de la OMC, y a algunos ajustes de naturaleza administrativa a ciertos programas de crédito a la exportación — no eliminaron las subvenciones internas que también habían sido consideradas causantes de distorsión. Según Brasil, las medidas

---

21. A través de un Memorando de Entendimientos e de Acordo Quadro Brasil-EUA, por el cual el gobierno norteamericano se comprometió a realizar pagos mensuales de 147,3 millones de dólares al Instituto Brasileiro do Algodão (IBA), creado para financiar actividades de asistencia técnica y capacitación para el sector – asistencia técnica a los productores de algodón de Brasil, hasta que se aprobó una nueva legislación agrícola (Farm Bill) en Estados Unidos, según decisión de la OMC, con miras a compatibilizar las subvenciones norteamericanas con sus productores y exportadores del algodón con las reglas comerciales multilaterales. Sin embargo, han pasado más de tres años sin que se haya aprobado alguna nueva ley agrícola y, desde septiembre de 2013, EE.UU. suspendió los pagos a la IBA, debido a diferencias en la aprobación del presupuesto por parte del Congreso americano.

adoptadas fueron insuficientes en la atención a las determinaciones emanadas del OSC, teniéndose en cuenta que los principales programas de apoyo interno condenados no habían sufrido cualquier cambio y que los programas de garantías de crédito a la exportación seguían siendo incompatibles con la normativa multilateral de OMC. Brasil pidió, nuevamente, autorización para adoptar contramedidas, ahora bajo el art. 7.9 del ASMC, y para suspender concesiones y obligaciones, bajo el art. 22.2 del ESC, por importe de 1.037 mil millones de dólares correspondientes al valor medio anual de los excedentes producidos por Estados Unidos como resultado de la concesión de las subvenciones accionables entre los años 1999 y 2002 (resultante de multiplicarse el excedente medio anual por los precios internacionales del período).

OSC decidió establecer un nuevo Panel, entonces de implementación, basado en el art. 21.5 del ESC, para evaluar el cumplimiento, por parte de Estados Unidos, de las decisiones de OMC en el contencioso del algodón. Los Estados Unidos se han negado a crear el Panel, pero de acuerdo con las normas del ESC, la negativa de la parte no impide su establecimiento cuando la solicitud se presenta por segunda vez ante el OSC.

Tras casi ocho años de litigio y más de cuatro de incumplimiento por parte de Estados Unidos de las decisiones del órgano de Solución de Controversias de OMC, Brasil se hizo ganador tanto en el Panel como en el Órgano de Apelación, y en 2008 el asunto se remitió a arbitraje para definir las cuantías y modalidades de las contramedidas. El 31 de agosto de 2009, se autorizó a Brasil a tomar contramedidas por valor de 829,3 millones de dólares (de los cuales 238 millones se autorizaron específicamente en relación con las obligaciones asumidas por Brasil en materia de derechos de propiedad intelectual frente a Estados Unidos), la segunda cifra más alta de la historia de OMC, y por primera vez en condena de una política agrícola de ayuda interna practicada por un país desarrollado.



El caso fue emblemático también porque se inauguró el mecanismo de *represalia cruzada*, es decir, se autorizó la suspensión de concesiones en sector distinto del acusado, que era de bienes, para afectar también a la industria de servicios y a la propiedad intelectual. Aunque ya había sido autorizado, el mecanismo nunca se había puesto en práctica.

No obstante las amenazas americanas contra la represalia,<sup>22</sup> el 8 de marzo de 2010 el gobierno brasileño publicó la lista de bienes de la represalia comercial a los Estados Unidos, que podría sujetarse al aumento del impuesto de importación;<sup>23</sup> y el 15 de marzo de 2010 Camex<sup>24</sup> publicó la Resolución nº 16, incoando un procedimiento de consulta pública sobre las medidas de suspensión de concesiones u obligaciones relativas a derechos de propiedad intelectual que podrían aplicarse respecto a Estados Unidos. El objetivo era ayudar al Consejo

- 
22. En noticias difundidas en los medios de comunicación estadounidense y brasileño, luego de la presentación al gobierno brasileño de sus credenciales de embajador estadounidense en Brasil, Thomas Shannon indicó a la prensa que su país estaría listo para contraatacar productos brasileños, lo que sería considerado por Washington en el caso de que el gobierno brasileño aplicara sanciones sobre bienes americanos y propiedad intelectual autorizadas por la OMC. En sus palabras: “El gobierno de Estados Unidos y el gobierno de Brasil ya han dicho claramente que les gustaría encontrar una solución que evite la necesidad de represalias. Porque la represalia siempre provoca una contrarrepresalia”.
23. A través de la Resolución nº 15, del 5 de marzo de 2010 de Camex, publicada del DOU – Sección 1, el 8 de marzo de 2010, que contempla la lista de mercancías objeto de suspensión de concesiones asumidas por Brasil en virtud del Acuerdo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 en relación a EE.UU., por un valor de 591 millones de dólares, autorizado por la OMC. En total 100 productos americanos se han relacionado para represalia al conencioso del algodón mediante el aumento de las alícuotas de importación, por ejemplo, el trigo del 10% al 30%, los automóviles del 35% al 50%, y el propio algodón, del 6% (simplemente trillado, no cardado ni peinado), 8%, 26% (cardado o peinado, o en tejido) o 35% (teñido o en sarga) al 100%.
24. Câmara de Comércio Exterior (Camex), órgano perteneciente al entonces existente Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), hoy vinculada a la estructura administrativa del Ministério da Economia.

de Ministros a decidir las medidas más eficaces<sup>25</sup> y también aquellas que no perjudicaran a la industria nacional. Por ello, se excluyeron de la lista productos como bienes de capital e insumos químicos.

Por encima de las medidas adoptadas, Brasil se mantuvo abierto al diálogo con Estados Unidos, siempre con el fin de facilitar la búsqueda de una solución mutuamente satisfactoria a la controversia, y, después de un nuevo acercamiento norteamericano, el 5 de abril de 2010 se publicó otra Resolución Camex, n° 20, aplazando la entrada en vigor de las contramedidas brasileñas sobre las importaciones de bienes estadounidenses, al principio hasta la fecha límite del 22 de abril de 2010, pero luego se prorrogó hasta el 22 de junio de 2010. Después, la Resolución n° 43, de 17 de junio de 2010, revocó de vez la Resolución n° 15, que contemplaba la lista de mercancías objeto de suspensión de concesiones asumidas por Brasil. Sin embargo, en la misma semana se promulgó la Ley n° 12.270, de 24 de junio de 2010, fruto de la conversión de la Medida Provisional 482, de 2009, que dispone acerca de medidas de suspensión de concesiones u otras obligaciones asumidas por Brasil en materia de derechos de propiedad intelectual y de otro tipo en caso de incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Constitutivo de OMC, pero que fue rechazada por la Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)<sup>26</sup> y criti-

---

25. Se han propuesto 21 medidas en diversas áreas, como sustracción de derechos de protección de patentes y licencias obligatorias sobre medicamentos, incluso veterinarios y defensivos agrícolas; protección de cultivares; protección de derechos de autor sobre obras musicales, audiovisuales y literarias; aumento de valores sobre registros de derechos de propiedad intelectual y derechos de autor; y cobro de derechos de naturaleza comercial sobre la remisión de *royalties* a EE.UU. La lista completa está publicada en el sitio web de Camex.

26. La crítica se originó en la Resolución n° 79 de la ABPI, de 31 de marzo de 2010, cuando aún estaban en vigor las disposiciones de la ley en la forma de la Medida Provisoria n° 482, de 10 de febrero de 2010, en la que la Asociación recomendaba extrema cautela en la adopción de las contramedidas contenidas en la entonces Medida Provisoria n° 482, justificando, entre otras razones, que las medidas previstas afectaban a partes privadas no relacionadas con el objeto de la disputa comercial en cuestión, que la suspensión de

cada por la doctrina debido a su inviabilidad y potencial perjuicio a la industria nacional.<sup>27</sup>

Esto se debe a que, en junio de 2010, Estados Unidos y Brasil firmaron otro Acuerdo para evitar la imposición de medidas de retorsión por parte de Brasil, estableciendo medidas provisionales específicas y un proceso de discusiones trimestrales sobre los programas en cuestión. Estados Unidos también realizó pagos mensuales al Instituto Brasileiro do Algodão para actividades de asistencia técnica y capacitación para el sector, según lo previsto en un Memorando de Entendimiento firmado por los dos países.

Ante la inminencia del vencimiento del Memorando de Entendimiento y su Acuerdo, el 18 de diciembre de 2013 se publicó una nueva

---

derechos y obligaciones en materia de propiedad intelectual difícilmente compensaría a Brasil por las pérdidas sufridas en el ámbito comercial, que el uso de la propiedad intelectual como forma de represalia podría tener consecuencias preocupantes y perjudiciales para la economía del país, las relaciones comerciales y jurídicas internas, desalentando la inversión en el país y fomentando la piratería y, por último, que el uso inadecuado de las medidas propuestas en el acto jurídico, en desconocimiento de los derechos válidamente adquiridos y ejercidos en Brasil, reflejaría una falta de compromiso con la protección y el estímulo de la propiedad intelectual que podría tener un impacto perjudicial en la inversión, la investigación científica y el desarrollo tecnológico brasileño a corto, mediano y largo plazos. Antes de la Resolución 79, la ABPI también había publicado la Resolución 77 de la ABPI, del 3 de septiembre de 2009, en la que, comentando el Proyecto de Ley 1. 893/2007, del diputado Paulo Teixeira (que pretendía dotar a Brasil de una ley para regular la suspensión de concesiones u otras obligaciones en materia de propiedad intelectual, debido al incumplimiento de las decisiones de la OMC sobre controversias entre Brasil y otros miembros, siempre que lo autorice la OSC), aclaraba la improcedencia de algunos de los términos del proyecto de ley, recomendando su sustitución, y también recordó el carácter excepcional de las medidas previstas en el proyecto de ley, que sólo deberían aplicarse cuando se hayan agotado todos los medios de solución amistosa de controversias comerciales, según lo previsto en el CSE de la OMC, y previa notificación a los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados, recomendando las mismas precauciones que se reprodujeron posteriormente en la Resolución 79.

27. En ese sentido, ver artículo publicado por Gustavo Leonardos y Ricardo Dutra Nunes originalmente en el periódico *Valor Econômico* el 27 de noviembre de 2012 en *Valor Econômico*. Disponible en: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/11/27/disputa-internacional-e-propriedade-intelectual.ghml>. Accedido el: 19 ago. 2022.

Resolución Camex, n° 105, que aprobó la reanudación de los procedimientos para la suspensión de concesiones u obligaciones asumidas por el país en el ámbito del GATT de 1994 y de los derechos de propiedad intelectual y otros contra Estados Unidos. Tal medida derogó la Resolución Camex n° 43, que había suspendido la Resolución n° 15 (la que contemplaba la lista de mercancías objeto de suspensión de concesiones asumidas por Brasil) y, retomando los procedimientos de consulta pública instaurados en la Resolución n° 16, para la definición de las medidas de suspensión de concesiones u obligaciones relativas a derechos de propiedad intelectual hasta el 28 de febrero de 2014.

El 7 de febrero de 2014, cuando se promulgó la nueva ley agrícola estadounidense, que por fin incluía cambios significativos en los programas norteamericanos de subvenciones internas al algodón nacional, por fin se hizo posible una solución consensuada del caso. El 1 de octubre de 2014, los dos gobiernos alcanzaron un acuerdo firmado en Washington para poner fin a la disputa comercial del algodón, disponiéndose la terminación formal del caso del algodón en el Órgano de Solución de Controversias de OMC, por el que Brasil renunciaba al derecho de imponer medidas de represalia contra el comercio estadounidense mientras estuviera en vigor la actual ley agrícola de Estados Unidos o contra las garantías de crédito a la exportación agrícola, siempre que se ajustaran a los términos acordados.

A cambio, se brindó apoyo adicional norteamericano para las actividades de asistencia técnica y capacitación empezadas por el Memorando de Entendimiento de 2010. También hubo un pago adicional de 300 millones de dólares por parte de Estados Unidos en beneficio del Instituto Brasileiro do Algodão y flexibilidad para la aplicación de recursos (como la investigación en conjunto con instituciones estadounidenses, lo que ayuda a mitigar las pérdidas sufridas por los algodoneros brasileños, agentes económicos privados afectados por la política proteccionista norteamericana). Además,

Estados Unidos se comprometió a realizar ajustes a su programa de crédito y garantías a la exportación (GSM-102), que comenzó a operar con nuevas tarifas y términos de garantía, dentro de parámetros negociados bilateralmente.

El caso del algodón ha sido el más emblemático de la pérdida de Estados Unidos y importante no sólo económicamente, y como precedente dentro de OMC, sino también por su inmensa repercusión en la opinión pública norteamericana. Las subvenciones provienen de una parte de los ingresos fiscales, pero benefician sólo a una parte de la población norteamericana, que cuenta con poderosos *lobbies*, en detrimento de la mayoría de los contribuyentes. Cuando se publicaron los primeros resultados del panel sobre el algodón, importantes periódicos, como *The New York Times* y *Los Angeles Times*, destacaron la gran importancia de la decisión de OMC. El primero de ellos señaló, en un editorial, que se sabía, hasta entonces, que las subvenciones eran inmorales; con la decisión se supo que también eran ilegales.

El caso se convirtió en un precedente importante para el sistema multilateral de comercio, considerándose que las disciplinas establecidas en su seno comenzaron a servir para sostener otras demandas relacionadas con las distorsiones causadas por las subvenciones agrícolas en el comercio internacional, contribuyendo a que los países desarrollados aceptaran más la necesidad de negociación y la posibilidad de reducir las subvenciones, algo que, al inicio de la Ronda de Doha, parecía imposible.

Este contencioso resultó en un cambio en la base de la relación entre los países desarrollados y en desarrollo dentro de la OMC. Brasil es uno de los principales exportadores agrícolas del mundo, sólo superado por Estados Unidos y Unión Europea. El protagonismo de Brasil en la actual ronda multilateral de negociaciones, la Ronda de Doha de OMC, se debe no sólo a la razón cuantitativa, sino también

a la cualitativa, o política, de articulación del G-20 — grupo de países formado en vísperas de la Reunión Ministerial de OMC en Cancún, en septiembre de 2003,<sup>28</sup> que logró encaminar a las negociaciones a Brasil e India que, junto con Estados Unidos, Unión Europea y Australia, formaron inicialmente el llamado No Grupo de los 5 (NG), que fue sustituido en el curso de las negociaciones de la Ronda de Doha por el G-4, con la misma composición, exceptuándose Australia.

## CONCLUSIÓN

El caso del algodón tuvo y sigue teniendo importantes repercusiones en las negociaciones de la Ronda de Doha. Fue el primer caso propuesto por un país en desarrollo en relación con una política agrícola en la historia de OMC y, a partir de las soluciones adoptadas en el ámbito de la organización, influyó en las posiciones negociadoras no sólo de los dos países directamente implicados, sino también de todos los interesados y afectados por las políticas agrícolas. La presión interna decurrente de las conclusiones del OSC en el caso del algodón ha sido y sigue siendo muy significativa. Difícilmente Estados Unidos, y países europeos, señalarían con la posibilidad de hacer cambios en sus políticas agrícolas si los contenciosos no hubieran evidenciado las distorsiones que ocurren con los pagos a los productores.

Brasil y otros países en desarrollo (PEDS), como India y Sudáfrica, sostienen que, en el ámbito de la Ronda de Doha, los PEDS deben obtener muchas más concesiones de los países desarrollados (PDs) que solo aquello que ya fue garantizado en la Ronda Uruguay y confirmado en función de los contenciosos llevados al frente por Brasil y otros.

---

28. Integrado por Sudáfrica, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, China, Cuba, Egipto, Ecuador, Filipinas, Guatemala, India, Indonesia, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Perú, Tailandia, Tanzania, Uruguay, Venezuela y Zimbabwe.

La propuesta de Brasil y de los demás PEDs en ese sentido no ha sido fácilmente negociada, pero no hay duda de que las interpretaciones dadas a los dispositivos de los Acuerdos de OMC por el Órgano de Apelación e incluso la falta de claridad en relación con determinados términos de la decisión han influenciado — y mucho — el rumbo y también el ritmo de las negociaciones iniciadas en 2001.

No es de extrañar que resulte tan difícil alcanzar un acuerdo básico sobre comercio internacional. Hay una gran multiplicidad de intereses y, sobre todo, una discrepancia entre países desarrollados y en desarrollo, que también es evidente en el caso del algodón. Estos son los grandes retos de la Ronda de Doha, empezada en 2001 y aún pendiente, con una agenda muy amplia y compleja que incluye el comercio de bienes agrícolas, el medio ambiente, las disposiciones sobre intercambios de tecnología, salud y trabajo, entre otros.

La demanda para la regulación de nuevas áreas en la OMC sigue creciendo, y muchos temas todavía están siendo negociados. En el área comercial, se busca la profundización para la regulación del comercio virtual. En la conferencia de Hong Kong se plantearon varios temas, como la regulación de la tecnología y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo. Se puede decir que la tendencia es a que aumente cada vez más la esfera de temas tratados por OMC, lo que demandará muchas negociaciones con presiones proporcionales al grado de desarrollo y poder político de cada país. En ese escenario, el empresariado brasileño, si desea aumentar su participación en el mercado internacional, debe prepararse para acompañar más atentamente las negociaciones en el ámbito de la OMC, así como los litigios solucionados por OSC.

Como se intentó ilustrar con el caso del algodón, los agentes económicos privados se ven profundamente afectados por las resoluciones de los países miembros, ya sean por las cuales estén bajo jurisdicción directa o indirecta, a través de medidas más protecto-

ras o liberales, cierren o abran el mercado a múltiples competidores. Los productores de algodón brasileños se vieron perjudicados al principio, pero, gracias a la firme acción del Estado brasileño, a menudo respaldada por el apoyo técnico del propio sector privado, lograron, al final de un largo proceso, revertir una situación que los exponía a condiciones competitivas desfavorables. Se espera que, a partir de esta experiencia, la actividad empresarial de cualquier sector impactado esté guiada por una atención y disposición permanentes, garantizando la mejor defensa de sus intereses y del sistema de comercio internacional en su conjunto.



# ANÁLISIS DEL RESP. Nº 975.834/ RS: EL STJ EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, SOCIETARIO Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*João Manoel de Lima Junior<sup>1</sup>*

*Tháise Zacchi Pimentel<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es describir, en líneas generales, el histórico procesal del REsp nº 975.834/RS y, con base en el juicio

1. Doctor en Derecho Empresarial y Actividades Económicas – Uerj, Rio de Janeiro, Brasil. Máster en Derecho Económico por la USP, São Paulo, Brasil. Fue Investigador Visitante en el Georgetown University Law Center y Profesor Suplente de Derecho Comercial en la Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ. Actualmente es Profesor Adjunto de la Graduación en Derecho de la Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio, Investigador del Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV y coordinador del Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro – NEASF.
2. Experta en Derecho Empresarial por la PUC Minas. Licenciada en Derecho por el ITE, Bauru/São Paulo, Brasil. Fue investigadora del Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro – NEASF vinculado al Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.

dado por el STJ al caso concreto, analizar la naturaleza jurídica de los contratos de participación financiera desde una perspectiva de derecho público y privado. Se pretende, con este análisis, explorar (i) el impacto cuantitativo de esa decisión en los juicios posteriores por el STJ; y (ii) algunas de las consecuencias generadas por la dicotomía jurídica del derecho público y privado. Este trabajo, el primero de una serie de tres artículos que abordarán el tema debatido en el REsp nº 975.834/RS, se destinará a una introducción sobre las innovaciones aportadas al derecho brasileño por medio de los contratos de participación financiera, mientras que los demás traerán un foco específico con un análisis (a) a la luz del mercado de capitales y otra (b) a la luz del prisma del derecho y desarrollo.

La elección de este recurso se deriva de la metodología utilizada para la localización y selección de las decisiones de materia de derecho societario en el STJ. Dicho Recurso Especial, juzgado el 24 de octubre de 2007, es el caso más citado por el STJ en materia de Derecho societario desde la fundación del Tribunal Superior en 1989. Ese caso, cuyo ponente fue el ministro Hélio Quaglia Barbosa, tuvo una relevancia fundamental en los juicios que lo sucedieron sobre la materia, una vez que fue citado por el STJ 39.967 veces entre los años 2008 y 2019.<sup>3</sup>

A partir de la utilización del método inductivo, se volvió posible estudiar un caso concreto de extrema relevancia para el país y arrojar luz sobre una *delicada* relación entre el Estado y los particulares en el inicio de la implementación de políticas públicas destinadas a universalizar el acceso a los servicios de telecomunicaciones en Brasil. Los poderes, derechos, deberes, obligaciones e intereses de las par-

---

3. FGV DIREITO RIO. REsp 975.834/RS – Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. *FGV Direito Rio*, 2020b. Disponible en: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/direitorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Accedido el: 3 mayo 2021.

tes involucradas en esta relación, que han sido poco estudiados en la doctrina jurídica brasileña, serán abordados en este trabajo.

La importancia del análisis de este caso es doble: cuantitativa y cualitativa. Desde el punto de vista cuantitativo, cabe señalar que esta sentencia sigue siendo la decisión judicial más citada por STJ en materia de derecho societario. Además de su relevancia cuantitativa, este caso involucró algunas discusiones que aún no han sido analizadas en la doctrina brasileña de los derechos societario, administrativo y del consumidor. Algunas de las cuestiones planteadas en el caso fueron: ¿cuáles son las similitudes y diferencias entre un consumidor y un titular de un número muy reducido de acciones de una empresa pública? ¿Cuándo es posible (o necesario) establecer una separación rígida entre los ámbitos del Derecho civil, societario o de los consumidores? ¿Es pertinente esta distinción o sólo sirve a los intereses didácticos o corporativistas de grupos profesionales y académicos del Derecho? ¿Cuáles son los límites de la judicialización de las políticas públicas? ¿Por qué las cuestiones teóricas y jurídicas derivadas de esta decisión, tan relevante para la práctica del STJ, son tan poco estudiadas en la doctrina del consumidor, empresarial o de las políticas públicas en Brasil? ¿Está el STJ, órgano cúspide del Poder Judicial brasileño, en condiciones de cumplir su función primordial de pacificar la jurisprudencia en materia de legislación federal?

En respuesta a estos posibles interrogantes, puede decirse que el análisis de la peculiar estructura del contrato de participación financiera, que reunía en un único instrumento la adquisición del derecho de uso de una línea telefónica y un intercambio de promesas jurídicamente vinculantes para la compañía telefónica y el consumidor del servicio público telefónico, permite extraer algunas importantes lecciones sobre los límites de los institutos jurídicos del consumidor y del accionista minoritario.

En 2001, una de las principales razones para estudiar el caso juzgado por el STJ en el REsp 975.834 es analizar cómo las partes construyeron sus respectivos argumentos y el STJ fundamentó su decisión. Desde estos análisis, es posible proponer mejoras en la regulación de los procesos de captación de recursos de las sociedades de economía mixta mediante el acceso al ahorro popular e identificar en qué medida la falta de una comprensión clara de la estructura de los contratos de participación financiera puede haber provocado el surgimiento de un problema jurídico masivo en el poder judicial brasileño durante más de 30 años.

Otra ventaja de este estudio es la posibilidad de analizarse jurídicamente la materia de modo independiente de intereses y presiones de tiempo, económicas, financieras, profesionales, personales e institucionales que circunscribieron (y circunscriben) el debate judicial sobre esta cuestión. Así, se cree que podrán extraerse del análisis de ese caso emblemático para el derecho societario en el STJ y, por consiguiente, para el poder judicial brasileño, algunas lecciones útiles para el avance del conocimiento en derecho societario, mercados de capitales, del consumidor y administrativo, tanto desde el punto de vista descriptivo como normativo.

Descriptivamente, el análisis de este caso permite comprender cómo, en Brasil, una política pública, incluso cuando es exitosa, puede resultar en un debate de décadas que demuestra algunas ineficiencias decisorias, institucionales y económicas del funcionamiento del derecho y poder judicial brasileños. Normalmente, el análisis de este caso sirve como fundamento para la formulación de proposiciones sobre cómo el derecho societario, administrativo, del consumidor y de las políticas públicas podrían ser perfeccionados.

En el caso en cuestión, debido a la situación de agotamiento fiscal del Estado,<sup>4</sup> surge una necesidad estatal de compartir costos entre las

---

4. Hasta el año 1973 la expansión de la infraestructura instalada de telefonía fija en Brasil era parcialmente financiada por medio del Fundo Nacional de Telecomunicações

compañías prestadoras de servicios públicos y sus usuarios. Se inicia, por lo tanto, la política de *autofinanciación* como medio de universalizar el acceso a los servicios de telecomunicaciones en el país. Este modo de captación de recursos se llevó a cabo por medio de contratos de participación financiera firmados entre la prestadora de servicio local o regional (representante del Estado) y el comprador de la línea telefónica. Por medio de contrato, el interesado haría el pago de una cantidad pecuniaria que le daría derecho (i) a la adquisición del derecho de uso de línea telefónica y (ii) a la conversión del valor inicialmente invertido en acciones de la compañía emitidas en su nombre.

El sistema adoptado por el Estado para financiamiento en el servicio telefónico brasileño acarreó el enjuiciamiento de miles de procesos por los usuarios compradores de las líneas telefónicas, cuya discusión abordaba, en síntesis, el incumplimiento por las compañías de telefonía en cuanto al número de acciones emitidas en beneficio de los contratistas. Los autores de esas demandas alegaban que el precio de emisión de la acción adoptado por la compañía contrariaba las normas reguladoras del tema. Para debatir el derecho a acciones complementarias, STJ analizó la posición jurídica de la persona que firmó el contrato de participación financiera con el proveedor de servicios telefónicos, así como la naturaleza de las obligaciones contenidas en dicho documento.

El análisis de este caso presenta actualmente algunas ventajas, tales como: (i) identificarse el impacto del precedente a lo largo de

---

(FNT), el cual estaba formado por contribuciones pagadas por los usuarios efectivos de los servicios de telefonía cobrados directamente en sus cuentas telefónicas. En 1974, los recursos destinados a las telecomunicaciones pasan a integrar el Fondo Nacional de Desarrollo (FND), creado por la Ley nº 6.093/1974. En 1981, con la extinción del FND por el Decreto-Ley nº 1.859/1981, esos recursos fueron transferidos al Tesoro Nacional y las compañías telefónicas tuvieron que adoptar otras formas de viabilizar financieramente la expansión de sus redes de infraestructura necesarias para la universalización del acceso al servicio público de telefonía fija.

más de una década de trabajo de STJ y — debido a la ausencia de cualquier vínculo entre el análisis realizado en un entorno estrictamente académico y cualquier interés profesional o financiero relacionado con la sentencia o con cualquier resultado del proceso — (ii) estudiar el caso desde una perspectiva poco explorada en la doctrina jurídica brasileña sobre la judicialización de las políticas públicas en el sector de las telecomunicaciones. En este sentido, se analizará la actividad de la empresa telefónica, como sociedad de capital mixto, para captar recursos del ahorro público y cumplir con su deber de *contraprestación accionaria* al contratante (que también es consumidor y usuario de servicios públicos), con el fin de proponer cuestiones que arrojen luz sobre diversos temas alrededor de la actuación del Estado, ya sea como accionista mayoritario de una sociedad de capital mixto creada para implementar políticas públicas, o como última instancia de la justicia brasileña para juzgar asuntos que lo involucran.

El presente trabajo tiene como objetivo acercar intersecciones poco exploradas por la academia jurídica brasileña, posibilitando, a la luz del caso específico, fomentar diálogos entre derecho del consumidor, derecho societario y políticas públicas a través del estudio de la estructura económica de la operación realizada y la naturaleza jurídica de la relación formada entre las partes. Al final, se revelan posibles puntos omitidos en la sentencia dictada por el STJ, así como posibles lecciones y aportes originales para mejorar la comprensión: por un lado, las políticas públicas sobre la eficiencia y el funcionamiento del poder judicial y, por el otro, de la doctrina sobre derecho societario, regulación del mercado de valores mobiliarios y derecho del consumidor.

## 1. BREVE HISTORIA DE LAS SOCIEDADES DE TELECOMUNICACIONES EN BRASIL

A principios de la década de 1960, la prestación de servicios de telecomunicaciones en Brasil era responsabilidad de la Unión, Estados y Municipios, que prestaban esos servicios directa o indirectamente. Sin embargo, no había cualquier tipo de regulación sobre los oficios realizados por las operadoras de telefonía. Esa descentralización, de un modo u otro, permitió que el país viviera bajo la precariedad de los servicios telefónicos durante décadas,<sup>5</sup> lo que, posteriormente, estimularía la edición de una serie de leyes y reglamentos sobre el tema en los años siguientes,<sup>6</sup> siendo la creación del Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), por el Decreto nº 50.666/1961, la primera iniciativa en ese sentido.

La ineficiencia de la operadora telefónica, con el fin de satisfacer los intereses de desarrollo del entonces gobernador de Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, aliada a las altas tarifas, llevó a la creación de la Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT) mediante la Ley Estadual nº 4.073/1960. La legislación establecía que (Ii) la participación del estado de Rio Grande do Sul en al menos el 51% del capital social de la CRT y (Ii) la obligación de suscribir acciones de

5. KESTELMAN, Helio Nahmen. *Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002. ARANHA, Márcio Iorio *et al.* *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponible en: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Consultado el: 2 maio 2021.

6. Decreto nº 50.666/1961, Ley nº 4.117/1962, Decreto nº 53.352/1963, Decreto nº 52.859/1963, Decreto-ley nº 162/1967, Ley nº 5.792/1972, Portarias nº 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 y 1.028/96 de Ministério da Infraestrutura, Ley nº 6.093/1974, Portaria nº 261/97 de Ministério das Comunicações e Ley nº 9.472/1997.

la CRT para obtener servicios telefónicos eran condiciones que sólo durarían hasta que el capital social de la CRT estuviera totalmente integrado. Dos años más tarde, el rechazo de la entonces prestadora de servicios públicos del Estado, Companhia Telefônica Nacional (CTN),<sup>7</sup> a participar en el capital de CRT llevó a la promulgación del Decreto Estatal 13.186/1962. El Decreto permitió la revocación de la autorización concedida a la CTN para explotación de los servicios telefónicos en Rio Grande do Sul y la expropiación de todos los bienes vinculados a las comunicaciones telefónicas ubicadas en ese Estado. La constitución de la CRT se dio, por lo tanto, a partir del traspaso de la CTN ocurrido el 16 de febrero de 1962.

Pocos meses después, Brasil instituye el Código Brasileiro de Telecomunicações y crea el Fundo Nacional das Telecomunicações (FNT) por la Ley nº 4.117/1962. En 1963, el Plano Nacional de Telecomunicações permite que su implantación y ejecución se diera por medio de los recursos provenientes, entre otros, del FNT (Decreto nº 52.859/1963).<sup>8</sup> Más tarde, con el objetivo de expandir la red telefónica nacional, el Contel, mediante la Resolución nº 5, del 3 de marzo de 1966, adopta la política de autofinanciación de los servicios de telecomunicaciones brasileños.

Al año siguiente, el Decreto-Ley nº 162/1967 garantizó al Gobierno Federal la competencia exclusiva para explotar los servicios telefónicos directamente, o mediante autorización o concesión, lo que le permitió sustituir a los Estados y Municipios en las empresas de

---

7. Antes llamada Companhia Telefônica Riograndense, cuya actuación en el Estado de Rio Grande do Sul databa de 1927, la CTN era subsidiaria de otra empresa multinacional estadounidense, la International Telegraph and Telephone (ITT).

8. El Decreto nº 53.352/1963 instituyó el Regulamento do Fundo Nacional de Telecomunicações y determinó que sus recursos procedían, entre otros, de la recaudación de *sobretarifa* sobre los servicios de telecomunicaciones. La *sobretarifa* se cobraba junto con la tarifa de suscripción y de llamadas.



telecomunicaciones existentes.<sup>9</sup> En los años 1970, el Gobierno Federal pasó a reglamentar los contratos de participación financiera<sup>10</sup> y creó la empresa de capital mixto Telecomunicações Brasileiras S/A (eleTelebras), que funcionaría como *holding* de las demás sociedades de telecomunicaciones que operaban en el país (Ley 5.792/1972). En 1974, se convirtió en concesionaria general para la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones (Decreto 74.379/1974).

En la década de 1990, Brasil da su primer paso en dirección a la desestatización del sector de telefonía: se retira la competencia de la Unión para la explotación de los servicios de telecomunicaciones.<sup>11</sup> Más tarde, la Norma nº 6/97 — Tarifa de Habilitación del Servicio Telefónico Público, aprobada por la Ordenanza nº 261/97 del Ministerio de las Comunicaciones — sustituye el sistema de autofinanciación para expansión de las telecomunicaciones por el pago exclusivo de Tarifa o Precio de Habilitación. En el mismo año, el Gobierno Federal empieza el proceso de privatización de las telecomunicaciones y crea la Agência Nacional de Telecomunicações (ELAnatel) por medio de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley nº 9.472/1997). Ya en 1998, se aprobó el (i) Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações (Decreto nº 2.534/1998), por el cual ELAnatel dio inicio al proceso de desestatización de las telecomunicaciones brasileñas y (ii) el modelo de reestructuración y desestatización de las sociedades de telecomunicaciones (Decreto nº 2.546/98). En Rio Grande do

9. La Constitución Federal de 1967, promulgada un mes después del Decreto-ley 162/1967, incluyó la misma redacción en el artículo 8, inciso XV, letra “a”.

10. Ordenanzas nº 415/72 (en vigor del 25 de agosto de 1972 al 24 de octubre de 1974), 1.181/74 (en vigor del 25 de octubre de 1974 al 14 de diciembre de 1976), 1.361/76 (en vigor del 15 de diciembre de 1976 al 6 de diciembre de 1990), 881/90 (en vigor del 7 de febrero de 1990 al 16 de julio de 1991), 86/91 (en vigor del 17 de julio de 1991 al 19 de agosto de 1996) y 1.028/96 (en vigor del 20 de agosto de 1996 al 31 de enero de 1997).

11. El cambio fue introducido por la enmienda constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que modificó el artículo XI y la letra “a” del artículo 21 de la Constitución Federal de 1988.

Sul, TBS Participações S.A. adquirió el control de CRT en 1998. En enero de 1999, se escindió la Companhia Riograndense de Telecomunicações. La empresa Celular CRT Participações (Celular CRT), responsable de la telefonía móvil, fue adquirida por Telefônica Data Brasil Holding S.A. en junio de 2000, mientras que TBS vendió CRT (telefonía fija) a Brasil Telecom S/A en julio de 2000. En 2010, Oi compró Brasil Telecom Participações S/A, *holding* de Brasil Telecom S/A, y la sucedió en las obligaciones de la operadora.<sup>12</sup>

## 2. RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

### 2.1 Del juicio en primera instancia

El 4 de enero de 2006, los adquirentes de líneas telefónicas enjuiciaron acción de complementación accionaria contra Brasil Telecom S/A. La alegación era que el contrato de participación financiera firmado con CRT (sucedida por Brasil Telecom), en octubre de 1994, les daba derecho al uso del terminal telefónico y a la titularidad de acciones en la cantidad correspondiente al valor pagado cunado de la firma del contrato. Para los autores, la demora de la CRT respecto a la emisión de las acciones aumentó el valor unitario de la acción y, por consecuencia, disminuyó el número de acciones a las que tendrían derecho. El pedido de la acción consistía en la condena de Brasil Telecom S/A a emitir, en complemento, la diferencia

12. Más de 140.000 demandas discutieron los planes de expansión del sistema Telebras, con un valor estimado de exposición de 3.710 millones de reales, valor que no habría sido detectado por Oi durante el proceso de *due diligence* realizado para la adquisición de la participación de control en Brasil Telecom Participações. Fuente: POSSEBOM, Samuel. **A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1. Exame**, 17 jun. 2016. Disponible en: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Accedido el: 5 mayo 2021.

de acciones que le serían debidas, o, indemnizarlos por el incumplimiento del contrato; o, aún, restituirles el valor con corrección monetaria e intereses, deduciendo de esta cantidad las acciones ya suscritas por los autores.

En el juicio de primera instancia, respecto del plazo prescriptivo de la acción propuesta, el juicio consideró inaplicable: (i) la letra “g”, inciso II, del art. 287 de la Lei das S.A., como consecuencia del incidente de uniformización de jurisprudencia del Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), y (ii) el art. 206 del Código Civil de 2002 (CC/02), pues su retroactividad demostraría que la acción propuesta estaría prescrita incluso antes de la edición del nuevo código.

Tampoco se aceptó la inconstitucionalidad de las Ordenanzas emitidas por el Ministerio de Comunicaciones, alegada por los demandantes. Los demandantes alegaron que el precio de emisión de la acción debería corresponder al patrimonio neto en la fecha de la aportación financiera, en cumplimiento del artículo 170 de la Lei das S.A. El tribunal, sin embargo, consideró que el apartado 1 del artículo 170 sólo determinaba que la formación del precio de emisión de las acciones debería considerar únicamente tres aspectos: (Ii) las perspectivas de rentabilidad de la empresa, (IIii) el valor del patrimonio neto y (II-IIIi) el precio de sus acciones en bolsa o en el mercado extrabursátil organizado. Por lo tanto, correspondería a la Asamblea General de la compañía la fijación del precio de emisión de las acciones. También sobre el tema, se decidió que el patrimonio neto de la compañía, evidenciado por el balance, estaría formado por: capital social, reservas de capital, reservas de revalorización, reservas de beneficios y ganancias o pérdidas acumuladas, conforme arts. 178 y 182 de la Lei das S.A.<sup>13</sup> En ese sentido, se concluyó que el valor pagado por los autores no reflejaba su efectiva capitalización, y que el valor pa-

---

13. En esa época, los artículos 178 y 182 de la Lei das S.A. tenían su redacción original.

trimonial de las acciones solo podría calcularse a partir del balance realizado por la compañía.

En cuanto al momento de la determinación del valor de la acción, el juicio entendió que su valor sería liquidado al final del ejercicio social anterior a la Asamblea General de la compañía que aprobó la emisión de las acciones para los autores. De esa forma, el juicio decidió que la conducta de la acusada respetó las normas reguladoras de su concesión, la Lei das S.A. y la propia Constitución Federal. Así, no habría derecho a la suscripción complementaria de acciones, y, asimismo, derecho a dividendos. De este modo, la acción fue desestimada en primera instancia.

## 2.2 Recurso de apelación

Los demandantes reiteraron los motivos de la petición inicial en su recurso de apelación, mientras que la demandada, en su contra apelación, alegó que la acción debía desestimarse o ser infundada por motivos de (i) su ilegitimidad para demandar, y (ii) la ocurrencia de prescripción.

En juicio, el Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) dictaminó que los autores exigían la responsabilidad civil de la compañía en cuanto al parcial cumplimiento de la obligación contratada. De ese modo, el TJ/RS rechazó la aplicación de los plazos prescriptivos dispuestos en la letra “g”, inciso II, del art. 287 de la Ley nº 6.404/1976, y en el art. 27 del Código de Defesa do Consumidor para aplicar la prescripción ordinaria prevista en el Código Civil.

En cuanto a la complementación de acciones requerida por los autores, el Tribunal determinó que el cálculo debería considerar, como base, el valor patrimonial de la acción en la fecha del pago realizado por los autores. Por lo tanto, la determinación del número de acciones ocurriría por la división del valor pagado al contado,

en el momento del acuerdo del contrato de participación financiera, al valor patrimonial de la acción en el respectivo día, con la debida deducción de la cantidad de acciones ya emitidas por la compañía en beneficio de los autores. Sin embargo, el TJ/RS consideró que el cálculo realizado por la empresa demandada tuvo en cuenta otra fecha: mientras que el capital fue *desembolsado* en noviembre de 1994, cuando el valor patrimonial de las acciones era de 0,057504 real, las acciones sólo fueron emitidas el 30 de junio de 1995, con un valor patrimonial de 0,6290 real. Así, en relación con el análisis realizado por el TJ/RS, se constató que los demandantes tenían derecho a la diferencia de acciones, con base en el valor patrimonial de la acción en la fecha de pago (0,057504 real).

### 2.3 Recurso especial

Insatisfecha con la sentencia del TJ/RS, Brasil Telecom S/A recurrió al STJ en busca de la anulación o reforma de la sentencia.<sup>14</sup> La solicitud de anulación del recurso del TJ/RS se basó en la supuesta falta de motivación legal para la estimación del recurso de apelación, mientras que la solicitud de reforma en razón de la (i) prescripción de la acción — letra “g”, inciso II, del art. 287 de la Ley nº 6.404/1976 — y (ii) correcta determinación del valor patrimonial de la acción en la fecha de la integración. Inicialmente el recurso se dirigió a la Cuarta Turma de Direito Privado, sin embargo, por decisión del ministro relator, Hélio Quaglia Barbosa, se remitió el recurso a la 2ª Seção de

14. Brasil Telecom solicitó la anulación de la sentencia dictada por el TJ/RS por violación de los artículos 165, 458, inciso II, y 535, inciso II, del Código de Processo Civil/1973 (CPC73), o su reforma por violación de los artículos 3 y 267, inciso VI, del CPC73; del artículo 287, inciso II, letra “g” de la Ley nº 6.404/1976; de los artículos 3 y 4 de la Ley 7.799/1989 y 170, párrafo 1, inciso II, de la Ley nº 6.404/1976, y, finalmente, por violación del artículo 538, párrafo único, del CPC73.

Direito Privado del STJ para juicio, conforme art. 14, inciso II, del Regimiento Interno del STJ.

En la sentencia del recurso, el STJ confirmó la posición del TJ/RS sobre la imposibilidad de aplicación del plazo de prescripción regulado por la letra “g”, inciso II, del art. 287 de la Lei das S.A. por las mismas razones.<sup>15</sup> Además, el STJ afirmó que la condición de accionista (*status socii*) de los demandantes sólo se adquiriría cuando suscribieran las acciones y, en consecuencia, concluyó que los demandantes no eran accionistas en relación con las acciones demandadas en juicio y, por lo tanto, la Lei das S.A. brasileña no podría regir la demanda presentada en juicio.<sup>16</sup>

Con respecto al momento correcto para determinar el valor patrimonial de las acciones, el STJ consideró los siguientes puntos: (i) la prestadora de los servicios telefónicos tendría hasta 12 meses, a partir de la fecha del valor pagado por el contratista, para promover la contraprestación en acciones equivalentes al importe pagado; (ii) la cantidad de acciones se calcularía dividiéndose el valor pagado por los contratistas por el valor patrimonial de cada acción; y (iii) el valor patrimonial de las acciones es obtenido por la división del patrimonio neto de la sociedad por el número de acciones emitidas por la sociedad a ser definido con base en el balance elaborado al final del ejercicio (inciso I del art. 176 de la Ley n° 6.404/1976). Desde ahí, el STJ reconoció que la emisión de las acciones con valor unitario definido, sobre la base del balance inmediatamente *posterior* al pago realizado por el contratista, acarrearía una disminución en la cantidad de acciones por él *recibidas*,

15. Si bien el STJ guardó silencio sobre el artículo del Código Civil (CC) aplicable al caso, se cree que se refirió a la prescripción de diez años contenida en el artículo 205 del CC/2002.

16. STJ hizo una curiosa división en el *status socii* de los autores, reconociendo así la posibilidad de que la condición de accionista exista sólo para determinadas materias. Sin embargo, no explicó detalladamente cómo se reconoce esa *peculiar* condición de accionista en determinadas materias y no en otras.

mientras que la solución adoptada por el TJE/RS, de la emisión de acciones considerando el balance inmediatamente *anterior* a la integración, solo *invertiría el perjuicio*,<sup>17</sup> pasando éste a ser íntegramente de la compañía.<sup>18</sup> En cualquier caso, en ambas soluciones utilizadas para la determinación del valor patrimonial, ya sea por la compañía o por el TJ/RS, seguiría existiendo el desequilibrio contractual.

Para analizar el caso concreto, el STJ consideró que (i) uno de los demandantes firmó el contrato de participación financiera el 5 de octubre de 1994, momento en el que pagó R\$ 1.007,07; (ii) el pago de accionista efectuado el 30 de junio de 1995 le daba derecho a 1.717 acciones de CRT; (iii) el valor patrimonial de las acciones en el balance anterior al pago era de R\$ 0,057504 y había sido calculado entre el 1º de julio de 1994 y el 28 de abril de 1995, mientras que (iv) el valor patrimonial calculado en el balance posterior era equivalente a R\$ 0,628906 y había sido calculado entre el 29 de abril de 1995 y el 29 de abril de 1996. En la búsqueda del equilibrio contractual, el STJ determinó que el valor patrimonial de la acción debería ser calculado con base en el balance patrimonial elaborado en el *mes* del respectivo pago por el contratista.

17. Antes de la sentencia del REsp nº 975.834, ya se habían dictado 18 mil decisiones judiciales monocráticas o colegiadas en demandas judiciales entre empresas telefónicas y sus contrapartes en Contratos de Participação Financeira. PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. **O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira**. 2008. Monografía (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2008, p. 99.

18. Se optó por la utilización del término *emisión* de acciones debido a la interpretación del acto jurídico a ser practicado por la compañía, aunque el STJ identificó el mismo acto como la práctica de *suscripción* de acciones. Mientras que la *emisión* de acciones es un acto jurídico unilateral que se deriva de la aprobación de la Asamblea General, la *suscripción* es el acto jurídico, también unilateral, realizado por el particular interesado en convertirse en accionista de la sociedad. Por lo tanto, si hay determinación para que la compañía utilice cierto criterio para la determinación del valor patrimonial de la acción, se estaría hablando, necesariamente, de la obligación de la compañía de *emitir* acciones.

El STJ también argumentó que no habría riesgo de alteración de los registros y documentos contables, por cuanto la CRT, sucedida por Brasil Telecom S/A, formaba parte de la administración pública indirecta, de modo que sus balances eran sometidos al control de órganos fiscalizadores, entre ellos la Comissão de Valores Mobiliários (CVM), el Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (TCE/RS) y la Controladoria e Auditoria Geral do Estado (Cage).

El STJ ha definido, además, que en los contratos de participación financiera, la fecha de la *integración*<sup>19</sup> sería la fecha del efectivo pago hecho por el contratista con base en el contrato, y no en la fecha de su firma. En casos de pago en tramos sucesivos en beneficio de la compañía, la fecha de integración sería la fecha del pago del primer tramo. Al final, el STJ conoció, parcialmente, el recurso especial de la compañía y en esa parte lo estimó para determinar que el valor patrimonial de la acción fuera determinado con base en el balance correspondiente al mes de la integración.

### 3. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

Después de evaluado el histórico y desdoblamiento del caso juzgado en el Resp 975.834, se tejerán consideraciones acerca de la decisión otorgada por el STJ al caso, y las posibles lecciones y controversias jurídicas y de políticas públicas que se pueden extraer de esa deliberación paradigmática del STJ. Así, el presente ítem se divide en tres segmentos específicos: primero se analizará la discusión

---

19. A pesar de que el STJ ha adoptado el término *integración* a lo largo de su decisión, se subraya que la integración de hecho solo ocurre después de la emisión de las acciones por la Asamblea General y suscripción por el interesado en participar del capital social de la sociedad (artículo 106 de la Ley nº 6.404/1976). Así, sería equivocado afirmar que la integración de las acciones ocurrió en momento anterior a su emisión por la compañía.



del STJ sobre el momento de emisión de las acciones y la forma de determinación de su valor patrimonial — principal punto de discusión en el caso y al cual se adoptó una tesis innovadora por el STJ que cambió la forma como estas acciones entre contratantes y compañías telefónicas serían juzgadas. En segundo lugar, se analizarán el contenido del contrato y la posición jurídica de las partes en el contrato de participación financiera — análisis esencial para una comprensión completa de todas las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración pública directa e indirecta y los particulares en este instrumento jurídico, y no sólo de las que han llegado a conocimiento del Poder Judicial. Por último, y de forma innovadora, se analizará la naturaleza jurídica de los contratos de participación financiera — bajo una perspectiva de derecho económico, considerándose los elementos de derecho público y de derecho privado relacionados con los contratos de participación financiera.

### 3.1 Momento de emisión de las acciones y forma de determinación de su valor patrimonial

Primero, es necesario analizar si la promesa de emitir en el futuro acciones representativas de su capital social en *beneficio* de los usuarios de las líneas telefónicas era una obligación que podría haber sido legalmente asumida por las compañías telefónicas. Una de las principales críticas hechas a la época se fundaba en la imposibilidad de la compañía negociar sus propias acciones (prevista en el art. 30 de la Ley nº 6.404/1976).<sup>20</sup> Otra crítica se debe a que la sociedad está asumiendo, en la práctica, una obligación frente a terceros que legalmente no le corresponde, ya que aprobar la emisión

---

20. La misma prohibición estuvo contenida en el artículo 15 del Decreto-ley nº 2.627/1940, que regulaba las sociedades por acciones en el momento en que los contratos de participación fueron introducidos en Brasil.

de acciones para la ampliación de capital es prerrogativa exclusiva de accionistas de la sociedad en conjunto, y no de la propia empresa. Así, si la empresa se comprometiera a emitir las acciones, pero los accionistas en reunidos simplemente no aprobaran la ampliación de capital, o, todavía, si aprobaran la ampliación de capital, pero ejercieran sus derechos preferentes para suscribirlas (art. 171 de la LSA), la compañía telefónica se encontraría ante un impasse (y potencial ilegalidad) de difícil solución.

Es necesario señalar que (i) la determinación de emitir acciones en beneficio de los usuarios contratantes surgió, a lo largo del tiempo, de la Ley Estatal nº 4.073/1960 (en el caso de CRT), de las Ordenanzas del Ministério de Infraestrutura y del Estatutos social; y que (ii) sólo los órganos representativos de la sociedad pueden, de hecho, vincularla a obligaciones frente a terceros. Es decir, la obligación imputada a la sociedad se produjo, en todo caso, por deliberación fuera de los órganos con poderes de representación (art. 138, § 1º de LSA). Por tanto, la operación no podría considerarse como negociación de la sociedad con sus acciones propias.<sup>21</sup>

En el caso analizado, y entre los miles de juicios presentados en Rio Grande do Sul hasta marzo de 2007, el principal tema debatido fue el número de demandas que serían *recibidas* por los contratantes con las compañías telefónicas. A fin de cuentas, dependiendo del criterio utilizado, los particulares podrían recibir más o menos acciones de la compañía telefónica y, entonces, tener acceso a más o menos derechos patrimoniales (dividendos) o políticos (voto) en la compañía telefónica o en su sucesora corporativa.

En el contexto específico de los contratos de participación financiera firmados por la antigua CRT, su Estatuto Social, con redacción

---

21. VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nº 146, p. 30-45, 2007.

vigente entre 1978 y 1996, previó que el precio de emisión de las acciones sería “el de su valor patrimonial resultante de los estados financieros del ejercicio social anterior al de la emisión de las acciones, pero nunca inferior a su valor nominal”. Como complemento al tema, el ítem 5.1.1 de la Ordenanza nº 86/91 del Ministério de Infraestrutura estableció que “la capitalización deberá efectuarse sobre la base del valor patrimonial de la acción, liquidado en el primer balance elaborado y auditado después de la integración de la participación financiera” y el ítem 5.3 determinó que la contraprestación accionaria debía producirse a más tardar seis meses después de la fecha de cierre del balance auditado.<sup>22</sup> En resumen, la remuneración del accionista a los contratantes se basaría en el valor patrimonial de la acción, determinado en el balance elaborado tras el pago de la línea telefónica (integración), y se efectuaría a más tardar seis meses después de dicho balance. En cualquier caso, el precio de emisión de las acciones tendría en cuenta el balance *posterior* al pago.

Tras el dictamen jurídico elaborado por Wald,<sup>23</sup> se redactaron otros dos, pero éstos se centraron en la discusión surgida de la decisión del STJ en el recurso que aquí se analiza: si el valor patrimonial de la acción, a efectos de la fijación del precio de emisión de las acciones en los aumentos de capital, debía utilizarse como base para el cálculo (i) el balance patrimonial anual anterior a la aportación de fondos por parte de los usuarios contratantes, de acuerdo con el Estatuto de CRT, o (ii) el balance patrimonial mensual calculado en el mes del respectivo pago, de acuerdo con la postura adoptada por el STJ. Modesto Carvalhosa<sup>24</sup> redactó su dictamen a petición de

22. Esta Ordenanza tuvo vigencia del 17 de julio de 1991 al 19 de agosto de 1996.

23. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

24. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense

los demandantes, mientras que Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>25</sup> lo hizo a petición de la empresa.

En su dictamen, Carvalhosa señaló, en primer lugar, que el contrato de participación financiera “constituye un negocio jurídico de suscripción de un aumento de capital”.<sup>26</sup> En un análisis detallado de la cuestión planteada por el recurso especial, consideró que los balances mensuales no podían servir de base para la elaboración del valor patrimonial de la acción a efectos de la fijación del precio de las emisiones de acciones.<sup>27</sup> En su opinión, (i) la validez y eficacia del balance anual frente a accionistas y terceros depende de su publicación y aprobación por la Asamblea General Ordinaria; (ii) el balance mensual constituye un acto material y no un acto jurídico, ya que no se elabora en la forma y rigidez del balance anual; (iii) el estatuto de la sociedad preveía la utilización del balance anual para componer el valor patrimonial de la acción y, por lo tanto, debía respetárselo; y (iv) la ley sólo permitía la elaboración de balances para negocios jurídicos específicos y regulados por el derecho de sociedades. En definitiva, concluyó que la contraprestación de la acción debía tener en cuenta el valor patrimonial de

---

de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (No publicado, disponibilizado por el autor).

25. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.
26. CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (No publicado, disponibilizado por el autor). p. 4.
27. CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (No publicado, disponibilizado por el autor). p. 15

la acción basado en el balance patrimonial anual anterior al pago efectuado por el contratante.

Leães, por su parte, afirmó que el contrato tenía la naturaleza de “anticipos para futuros aumentos de capital” como consecuencia de la obligación generada para la empresa frente a los usuarios adquirentes de las líneas telefónicas, que consistía en “entregarles (...) acciones correspondientes a los valores anticipados”.<sup>28</sup> Bajo su punto de vista, la Ordenanza 86/91, al establecer que la capitalización se haría sobre la base del valor patrimonial de la acción calculado en el primer balance posterior al pago, no determinó que el cálculo debiera hacerse necesariamente sobre la base del balance anual del ejercicio. Por lo tanto, a diferencia de la posición perfilada por Carvalhosa,<sup>29</sup> consideró que el balance general mensual podría utilizarse para el cumplimiento de la obligación de la compañía, ya que son “piezas contables fiables y viables para exhibir la evolución del cuadro patrimonial en los momentos que son planteados” admitidas por la propia Lei das S.A. para otras cuestiones de fines societarios.<sup>30</sup> En su dictamen, defendió la legalidad de la decisión tomada por STJ desde que los balances generales se elaboraran en conformidad con las reglas aplicadas para el balance anual descritas en la Sección II del Capítulo XV de la Ley nº 6.404/1976.<sup>31</sup>

28. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 900.

29. CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (No publicado, disponibilizado por el autor).

30. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 910.

31. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 910.

Pese a los esfuerzos de estos autores, es necesario reconocer que los análisis han sido realizados cuando de los dictámenes jurídicos que se les solicitaron en la época. Como puede observarse, el recurso analizado ni siquiera afrontó las cuestiones de derecho público que involucraban la discusión, razón por la cual era de esperarse que los pareceres tampoco las abordasen, so pena de extrapolar los límites litigados por las partes. En vista de ello, las raras tentativas doctrinarias de analizar jurídicamente el tema estaban restringidas al derecho privado y limitadas, sobre todo, al alcance de la lid y al momento procesal en que el dictamen era elaborado. Por otro lado, también es importante reconocer la omisión del STJ en cuanto a las cuestiones de Derecho Público que involucraban este recurso: tampoco fueron afrontadas, ante las tesis adoptadas por los ministros jueces, o recordadas de su relevancia, en función de la elección de la 2ª Seção de Direito Privado para el juicio del caso.

Otro punto importante de la política de autofinanciación de las compañías telefónicas es el cambio sustancial en la necesidad de suscribir acciones para acceder a los servicios telefónicos. Mientras que en los contratos de participación financiera originalmente firmados por CRT en los años 1960, la suscripción, previa y obligatoria, de acciones de la compañía telefónica era obligatoria para contratar sus servicios telefónicos sólo hasta que el capital estuviera totalmente desembolsado<sup>32</sup> (es decir, hasta que se formara la base material necesaria para empezar las actividades de la compañía), las Ordenanzas dictadas por el Ministério da Infraestrutura, a principios de los años 1970, establecieron que el importe pagado por el usuario por adelantado para la instalación de la línea telefónica le daría derecho a esta “remuneración al accionista”.<sup>33</sup>

---

32. Artículo 13 de la Ley Estadual nº 4.073/1960 (Rio Grande do Sul).

33. En rigor, según las mejores técnicas jurídicas y contables, esta supuesta remuneración de los accionistas podría caracterizarse como una operación de conversión de reservas

Por último, cabe señalar que, dado que las sociedades de capital mixto se rigen por la Lei das S.A. (art. 235), sólo pueden emitir los mismos títulos y valores que están legalmente autorizados para cualesquier otras sociedades anónimas. En otras palabras, la captación de fondos mediante la emisión de deuda o capital por parte de la sociedad de capital mixto debe realizarse de la misma forma que la practicada por otras sociedades anónimas no controladas por el Estado. Por lo tanto, esta captación de fondos por parte de la compañía telefónica, que accedió a la economía popular bajo el poder del imperio del Estado, se produjo de forma atípica y, potencialmente, infringiendo las Leyes nº 5.768/1971<sup>34</sup> y nº 6.385/1976.

### 3.2 Contenido del contrato y posición jurídica de las partes en el contrato de participación financiera

Con el fin de verificar los eventuales errores y aciertos de esa decisión es necesario, primero, analizar la estructura económica y la naturaleza jurídica de la operación contratada entre la compañía telefónica y sus contrapartes. La utilización del término, bastante genérico, “contraparte” para referencia a las personas físicas y jurídicas que firmaron los Contratos de Participación Financiera (“Contrato de Participación”) con la compañía telefónica se debe a una de las principales dificultades para la correcta definición de la naturaleza jurídica de los Contratos de Participación: establecer la naturaleza de la posición jurídico-contractual de aquellos que contrataron con la

---

o deudas de la sociedad en capital social o de emisión de nuevas acciones a suscribir por las partes contratantes.

34. El inciso V del artículo 7 de la Ley 5.768/1971, en su redacción original, estipulaba que “cualquier otra forma de captación anticipada del ahorro popular, mediante promesa de contraprestación en bienes, derechos o servicios de cualquier naturaleza” dependía de autorización previa del Ministério da Fazenda.

compañía telefónica. Después de todo, en la forma en que la operación ha sido realizada, se establecieron entre ellos y la compañía por lo menos dos vínculos de naturaleza jurídico-pública y dos vínculos de naturaleza jurídico-privada.

Del ámbito de naturaleza jurídico-pública, las contrapartes de la compañía telefónica firmaron los Contratos de Participación, inicialmente, como administrados obligados por la administración pública indirecta a participar en la financiación de una política pública necesaria para la expansión de la red de telefonía fija en Brasil en la década de 1990;<sup>35</sup> y, posteriormente, como usuarios de los servicios públicos de telefonía fija prestados por la compañía telefónica.

Por otro lado, en el ámbito de naturaleza jurídico-privada, las contrapartes de la compañía telefónica suscribieron los Contratos de Participación principalmente, como candidatos a convertirse en consumidores de los servicios de telefonía fija prestados por la compañía telefónica y, secundaria e inadvertidamente, como inversores destinatarios de una operación atípica de captación de ahorro público mediante la emisión masiva de oportunidades de inversión en acciones de la compañía telefónica a emitirse en el futuro por la compañía telefónica y suscritas por las partes contratantes.

Esta peculiar combinación de relaciones jurídicas públicas y privadas mantenidas entre la compañía telefónica (empresa de capital mixto que forma parte de la administración pública indirecta que actúa directamente en la esfera económica en régimen de monopolio estatal), establecida sobre la base de institutos jurídicos poco comunes

---

35. Sobre la deficiente infraestructura del sector de las telecomunicaciones en Brasil a partir de los años 40, véase: ARANHA, Márcio Iorio *et al.* **Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório.** *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponible en: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Accedido el: 2 mayo 2021.



en el pensamiento jurídico brasileño de la época, puede explicar por qué algunos de los derechos y deberes derivados de estos Contratos de Participación generaron tanta controversia jurídica y ocuparon gran parte de la atención del poder judicial<sup>36</sup> y de la profesión jurídica a partir de la década de 1990.

Sobre las *innovaciones* jurídicas reunidas en el Contrato de Participación Financiera, se destaca que, a pesar de que los contratos de “Participación Financiera” con características similares a los tratados, en el caso que nos ocupa, fueron firmados en Brasil desde la década de 1960, algunos institutos (un poco) capaces de aclarar el régimen y la naturaleza jurídica de esos contratos solo llegaron a ser positivados en el derecho brasileño a partir de los años 2000, mientras que otros aún permanecen extraños a nuestro ordenamiento jurídico, como será visto a continuación. Por ejemplo, el concepto de contrato de inversión colectiva, así como su definición como valor, solo se introdujo en Brasil en 2001 (mediante la Ley n.º 10.303/2001, que incluyó el inciso IX en el art. 2.º de la Ley n.º 6.385/1976) y la protección y defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos prestados directamente por la administración pública, o mediante concesión, permiso o autorización, solo se introdujo en Brasil en 2017 (mediante la Ley n.º 13.460/2017, que aprobó el “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”).

Por lo tanto, cualquier consideración sobre si el tratamiento jurídico dado por el TSJ al REsp 975.834 es correcto o no depende, inicialmente, de la definición de la situación de hecho y de las funciones económicas que transmitió entre las partes; y de la naturaleza jurídica del Contrato de Participación Financiera. Por lo que se refiere

---

36. Para obtener información sobre la prevalencia de este debate en la práctica del TSJ en materia de derecho de sociedades, véase: FGV DIREITO RIO. **O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet nº 1 – Apresentação geral do projeto de pesquisa.** FGV Direito Rio, 2020. Disponible en: [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/destj\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/destj_x_fact_sheet_no_1.pdf). Accedido el: 26 mar. 2021.

a los aspectos fácticos y económicos, las partes llevaron a cabo los siguientes actos materiales y jurídicos tras la firma del Contrato de Participación Financiera:

1. el particular, interesado en contratar el servicio de telefonía fija, transfería una cantidad de recursos financieros a la compañía telefónica;
2. los recursos transferidos por el particular componían las disponibilidades de caja de la compañía telefónica;
3. la compañía telefónica instalaba una nueva línea telefónica fija en el domicilio informado por el contratante y así ampliaba su red de cobertura total del servicio;
4. el contratante utilizaba el servicio de telefonía fija y pagaba mensualmente a la compañía telefónica por la prestación de estos servicios;
5. la compañía telefónica, en un plazo de 12 meses tras la fecha en que recibió los recursos financieros del contratante, aumentó su capital social mediante la emisión de nuevas acciones aprobadas por la Asamblea General de Accionistas;
6. tras la emisión, el cliente *recibía*<sup>37</sup> estas nuevas acciones de la compañía telefónica.

---

37. En rigor, sería técnicamente inexacto afirmar que un accionista asumió esta condición al “recibir” acciones emitidas por una sociedad anónima (accionista como sujeto pasivo del acto jurídico), dado que la condición de socio de una sociedad depende de la manifestación de voluntad expresada por el entrante en el momento de adherirse a la sociedad. Por tanto, sería correcto afirmar que el contratante “suscribió” las acciones emitidas por la sociedad (accionista como sujeto activo del acto jurídico). Sin embargo, una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en el caso analizado (así como en todos los miles de casos de Contratos de Participación Financiera) es precisamente definir si, en su caso, cuándo y cómo se habrían realizado por las partes contratantes los actos jurídicos de emisión, suscripción y desembolso de las acciones de la compañía telefónica. Teniéndose en cuenta que el acto jurídico de *suscripción* de acciones realizado por el accionista que se adhiere a la sociedad es un corolario lógico del acto jurídico de *emisión* de las acciones realizado por la sociedad, en el caso en cuestión, se discutía básicamente

Luego de describir los pasos 1 a 6, para que se complete la operación administrativa, comercial y financiera suscrita entre la compañía telefónica y sus contrapartes en el Contrato de Participación Financiera, se desprende que un único instrumento jurídico suscrito entre ellas plasmaba, al menos, tres relaciones jurídicas distintas entre los particulares y la compañía telefónica:

1. una relación por la que la compañía telefónica recaudaba fondos para hacer posible la ampliación de la infraestructura necesaria para la prestación y expansión del servicio telefónico público. Como tal, se trataba de una relación jurídico-pública, dado que la legislación y la normativa aplicables a la prestación de los servicios telefónicos públicos *permitían*<sup>38</sup> a la compañía telefónica adoptar una política de reparto de los costes para la de instalación de la infraestructura con los usuarios del servicio público;
2. una relación de prestación continuada de servicios de telefonía fija entre la compañía telefónica y el particular, es decir, el establecimiento de una relación jurídico-privada de *consumo*<sup>39</sup>

---

*cuándo, cómo y por qué precio* estas acciones habrían sido emitidas por la sociedad y suscritas por las partes contratantes.

38. Hubo controversia en relación a la legalidad de este permiso, pues algunos contratistas de las compañías telefónicas alegaban que la política pública de “autofinanciamiento” adoptada era ilegal, pues estaría prevista exclusivamente en ordenanzas expedidas por la Secretaria Nacional de Comunicações del extinto Ministério da Infraestrutura, tratándose, por tanto, de un reglamento autónomo de la administración pública. En el caso en cuestión, CRT (que vino a ser incorporada por Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras) practicó los actos amparados en la Ley estatal nº 4.073/1960. En el ámbito nacional, los contratos de participación financiera habrían sido firmados por Telebras y sus subsidiarias con base a la Ley 5.792/1972 y a las Ordenanzas 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 880/90 y 86/91 del Secretario Nacional de Comunicaciones del entonces Ministério da Infraestrutura.

39. Se considera una relación jurídico-privada porque la contratación entre la compañía telefónica y el particular para la prestación de los servicios de telefonía no estaría cubierta integralmente de todos los atributos de los actos administrativos. Por consi-

- entre la compañía telefónica prestadora del servicio público y el particular (usuario/consumidor); y
3. una relación jurídico-privada de *promesa* de emisión de acciones de la compañía telefónica para la futura suscripción de esas acciones por el particular (usuario/consumidor); acciones que serían suscritas por él tan pronto hubieran sido emitidas regularmente por la compañía telefónica en momento futuro. De modo que, tras la aprobación de la emisión de acciones por la Asamblea General de la compañía telefónica y la consecuente suscripción de las nuevas acciones, el usuario/consumidor sería entonces hecho *accionista*<sup>40</sup> minoritario de la compañía telefónica. Luego, sería una operación de cap-

---

guiente, se considera que la contratación para la prestación del servicio de telefonía fue un acto de gestión de la administración pública indirecta. Tal relación contractual de prestación de servicios sería regida principalmente por el Código Civil de 1916 (vigente en el momento de la contratación) y, para los contratos firmados después del 11 de marzo de 1991, por el Código de Defesa do Consumidor (Ley n° 8.078/1990) sin perjuicio de las normas y limitaciones específicas para la prestación de servicios de telefonía establecidas en la normativa específica del sector de la telefonía. El Contrato de Participación Financiera discutido en el Recurso Especial n° 975.834 fue firmado el 5 de octubre de 1994.

40. En rigor, la calidad de accionista o socio (aquí considerados como sinónimos) de una sociedad anónima es adquirida en Brasil por medio de la inscripción, por la administración de la sociedad, del nombre del accionista en el Libro de Registro de Acciones Nominativas de la compañía (letra “a” del inciso I del artículo 100 de la Lei das S.A.) o, para las compañías que cuentan con servicios de acciones escriturales (artículos 34 y 35 de la Lei das S.A.) por medio de los registros de titularidad de acciones en las listas o cuentas de depósito de acciones mantenidas por la institución financiera que presta los servicios de contabilidad de acciones y otros valores. Sin embargo, los artículos 85 y 88 de la Lei das S.A. determinan el uso de listas o boletines de suscripción de acciones como instrumentos jurídicos útiles, necesarios y suficientes para formalizar la expresión de voluntad del entrante de participar en la lista de accionistas de la sociedad mediante la adquisición de acciones. representativa de su capital social. La firma de listas o boletines de suscripción de acciones sólo se renuncia en caso de oferta pública de acciones liquidadas en un sistema electrónico operado y mantenido por una entidad gestora de mercados organizados de valores (párrafo 2 del artículo 85 de la Lei das S.A., párrafo incluido por la Ley n° 13.874/2019).

tación de ahorro público por medio de la oferta de promesas de emisión de futuras acciones de la compañía. Es decir, una futura “supuesta oportunidad de inversión” en el capital social de la compañía telefónica que garantizaría al particular (usuario/consumidor/accionista) los derechos políticos y económicos derivados de la titularidad de acciones ordinarias de la compañía telefónica.

De este modo, la administración pública indirecta *determinaba*, unilateralmente y con la fuerza de su poder estatal de imperio estatal (*puissance publique*), que los usuarios potenciales del servicio telefónico público debían cargar parte de los costes de ampliación de la red. Como se verá más adelante, la forma en que la compañía telefónica decidió imponer esta asunción de costes (precio público) a los interesados en obtener el derecho a utilizar una línea telefónica (usuarios potenciales del servicio público) fue el principio y el fin de todas las controversias jurídicas derivadas de los contratos de participación financiera.

Naturalmente, una serie de atribuciones y obligaciones públicas de la administración y las necesidades e intereses privados (de la empresa telefónica y de sus clientes actuales y potenciales) no se acomodarían fácilmente sin una reflexión profunda y una definición previa de su régimen jurídico y legalidad (lo que no parece haber sido el caso de la adopción de estas políticas públicas de autofinanciación para la expansión de la red telefónica en Brasil). Merece la pena señalar que los Contratos de Participación Financiera han reunido algunas características diametralmente opuestas y antagónicas o, como dirían los franceses, *qui hurlent de se trouver ensemble*:

- a) el interés privado de la compañía telefónica en obtener liquidez suficiente para financiar sus actividades y captar ahorro

- público<sup>41</sup> sin aumentar por ello su nivel de endeudamiento ni diluir significativamente la participación del Estado en el capital social de la compañía;
- b) la incapacidad del Estado de financiar, con recursos del erario público, la implementación de políticas públicas de universalización del acceso a los servicios telefónicos en Brasil;
  - c) el poder de la administración pública de condicionar el acceso a los servicios públicos de telefonía al pago de un precio público por parte de los usuarios potenciales o reales;
  - d) desde el punto de vista del usuario, la creciente necesidad de acceder a los servicios telefónicos y la existencia de un mercado paralelo de líneas telefónicas, en el que el derecho a utilizar una línea telefónica se negociaba a precios inaccesibles para la mayoría de la población;<sup>42</sup>

41. Esto podría haberse hecho con mucha menos controversia jurídica si las compañías telefónicas (sociedades de capital mixto, constituidas como sociedades anónimas y, por tanto, personas jurídicas de derecho privado controladas por el Estado) se hubieran limitado a captar ahorro público mediante la emisión de cualquiera de los títulos legalmente previstos en la época, en los términos del inciso III del artículo 5 del Decreto-ley nº 200/1967, del artículo 2 de la Ley nº 6.385/1976 y de la Ley nº 6.404/1976. En este caso, la administración pública indirecta habría actuado completamente al margen de su poder de imperio y utilizado un instrumento de recaudación de fondos al alcance de todas las demás empresas controladas por agentes privados. Así, el uso de los completamente atípicos “Contratos de Participación Financiera” en Brasil desde la década de 1960 hasta la segunda mitad de la década de 1990 demuestra la permanencia en el Estado brasileño, durante gran parte del siglo XX, de una concepción autoritaria de la relación entre la administración pública y los usuarios de los servicios públicos. El hecho de que este largo período de tradición y práctica intervencionista y autoritaria haya durado hasta la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley nº 9.472/1997) tal vez explique por qué estos contratos se han vuelto tan frecuentes en los debates judiciales sobre el derecho de los consumidores y las empresas en Brasil hasta hoy.

42. En abril de 1997, el precio medio por adquirir el derecho a utilizar una línea telefónica en Brasil era de 1.000 reales. Sin embargo, en ciudades como São Paulo y Rio de Janeiro, el precio podía alcanzar los 9.000 reales. (GUERREIRO, Renato Navarro. **A nova fase das telecomunicações. Folha de S. Paulo**, [São Paulo], 10 set. 1999. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz10099909.htm>. Accedido el: 13

- e) la falta de una garantía específica en el ordenamiento jurídico brasileño para la captación de fondos por parte de empresas controladas por autoridades públicas (sociedades de economía mixta, regidas por el Decreto-Ley nº 200/1967 y la Ley nº 6.404/1976) que les permitiera a conciliar mejor sus poderes e intereses públicos con sus necesidades e intereses privados (los propios, los de sus accionistas y los de sus clientes actuales y potenciales); y
- f) la aceptación, en la doctrina administrativa, de una concepción tradicional de la *supremacía del interés público* que justificaba ampliamente la acción estatal en detrimento de la protección de los derechos e intereses de los usuarios de servicios públicos en estado de *sujeción* a la autoridad pública.<sup>43</sup>

### 3.3 Naturaleza jurídica de los contratos de Participación Financiera

Un negocio jurídico público y privado con estas peculiares, sobre todo en un contexto jurídico, social y económico con poca adhesión al mercado de capitales como medio de financiación de la capacidad productiva empresarial, tal como el mercado brasileño de la década de 1990, poseía todos los ingredientes para convertirse en un tema ampliamente

---

mayo 2021). Además, en aquella época había una larga cola para la adquisición de una línea telefónica.

43. Se nota una renovación del contenido del concepto de supremacía del interés público en la doctrina administrativista actual. Por todos, Binjenbojm, al negar la existencia de un principio de la supremacía del interés público sobre el interés particular, afirma que “su inconsistencia teórica y su incompatibilidad visceral con la sistemática constitucional de los derechos fundamentales son patentes”. (BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, 239, 2005, p. 29). Acerca de la creciente protección jurídica de los usuarios de servicios públicos, ver: Ley n.º 13.460/2017 (Código de Defesa do Usuário do Serviço Público).

te judicializado y contencioso en cualquiera de las vertientes posibles. Cómo, de hecho, sucedió.

Los principales intentos de análisis doctrinario, para fines de clasificación y determinación de la naturaleza jurídica del contrato de participación financiera, firmado entre los clientes adquirentes de las líneas telefónicas en la década de 1990 y las compañías telefónicas, se realizaron en dictámenes presentados en ese proceso y/u otros con discusión semejante por los autores Wald,<sup>44</sup> Carvalhosa,<sup>45</sup> Leães<sup>46</sup> y Tepedino.<sup>47</sup> Arnoldo Wald,<sup>48</sup> en un dictamen elaborado a petición de CRT, considera que el contrato de participación financiera es “un contrato de inversión en forma de anticipo, realizado con el fin de participación futura en el capital de la sociedad mediante la suscripción de acciones al valor patrimonial del final del ejercicio anterior al de la capitalización de dichos créditos”. Para el autor, son contratos de adhesión con naturaleza jurídica de “Contrato de Inversión en Participación Accionaria en Futuro Aumento de Capital de la Concesionaria”, contrato accesorio (subsidiario, en las palabras de Wald) al contrato de suscripción de uso de línea telefónica.<sup>49</sup>

44. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

45. CARVALHOSA, Modesto. Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital. São Paulo, 22 fev. 2008. (No publicado, disponibilizado por el autor).

46. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.

47. TEPEDINO, Gustavo. *Opinião Doutrinária*. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

48. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 326. Para el autor, a pesar de la relación jurídica entre la compañía y el usuario de servicios públicos ser, también, una relación de consumo, la obligación contenida en el contrato no generaba relación de consumo, por cuanto se trataba de una inversión en participación accionaria, encontrándose, entonces, en el ámbito de las relaciones de derecho societario.

49. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 326. Para el autor, a pesar



Sin embargo, a pesar del encomiable esfuerzo analítico de Wald, es importante señalar que el análisis no profundiza en algunos aspectos esenciales para establecer correctamente la naturaleza jurídica del contrato de participación financiera y, sobre todo, la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las compañías telefónicas y los compradores de las líneas telefónicas. En este sentido, el autor<sup>50</sup> ignora, por ejemplo, los aspectos jurídico-públicos de la relación jurídica entre la compañía telefónica y sus clientes. En la época del Contrato de Participación Financiera, la prestación del servicio público telefónico correspondía íntegramente al Estado, que prestaba este servicio público a través de empresas públicas o, principalmente, sociedades de capital mixto controladas por los poderes ejecutivos estatales o federal. Por lo tanto, administración pública indirecta.

Así, el correcto análisis del vínculo contractual mantenido entre los adquirentes de las líneas telefónicas y las compañías telefónicas debe partir de la consideración de la naturaleza jurídico-pública de la imposición hecha por el Estado a los usuarios del servicio público, que forzosamente debían adherirse al contrato de participación financiera y hacer justicia al *beneficio* de convertirse en accionista de la compañía telefónica en algún momento en el futuro.

El acto jurídico, practicado por la compañía prestadora del servicio de telefonía capaz de obligar a los consumidores a participar del costo de la expansión de la infraestructura de telefonía, en el caso analizado, la CRT, es un acto administrativo clasificado como

---

de la relación jurídica entre la compañía y el usuario de servicios públicos ser, también, una relación de consumo, la obligación contenida en el contrato no generaba relación de consumo, por cuanto se trataba de una inversión en participación accionaria, encontrándose, entonces, en el ámbito de las relaciones de derecho societario.

50. WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

acto-condición.<sup>51</sup> Es decir, un acto de la administración pública necesario para la práctica de otro acto posterior por la administración pública indirecta (en este caso, la instalación de la red de telefonía por la compañía telefónica).<sup>52</sup> Solamente después de practicados esos actos administrativos, los particulares manifiestan su voluntad de ingresar en el contrato de participación financiera e empezaba la prestación de los servicios telefónicos y la relación estrictamente jurídico-privada, en la que la compañía telefónica, ahora despojada del poder de imperio del estado, prestaba el servicio de telefonía a cambio de una remuneración periódica (tarifa mensual).

Una vez desplegada la dinámica práctica de la estructura técnica, contractual y financiera establecida entre la compañía telefónica y los compradores de las líneas telefónicas, es posible centrar la atención en una peculiaridad de la operación de financiación orquestada por las compañías telefónicas: la promesa de *retribución a los accionistas* como medio de atraer a los interesados en la compra de la línea telefónica. Dado que el pago inicialmente hecho por los compradores de las líneas telefónicas no se trataba de una contrapartida para la compra de dicha línea, sino de un aporte de recursos hecho por los adquirentes en el cajero de la compañía telefónica como coste privado de la expansión de la red de telefonía

51. El jurista francés León Duguit fue responsable de la formulación de la clasificación tripartita del acto jurídico (actos administrativos aquí incluidos). Para él, los actos jurídicos se dividen en acto-regla, acto-condición y acto-subjetivo (MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle, *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, Paris, nº 21, 2000, p. 77). En la concepción de Duguit, al contrario de lo que tradicionalmente se afirma en el derecho administrativo brasileño, acto-condición sería aquel donde la administración pública atribuye un determinado régimen jurídico normativo a un particular. Es decir, un acto de la administración pública que hace la libertad de acción del particular condicionada, restringida o matizada en determinado sector, y no el acto que impone un requisito previo (condición) específico a seguir por el particular para lograr determinado resultado esperado de la administración pública.

52. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 202.

necesaria para la prestación de servicios de teléfono fijo, era importante que la compañía telefónica ofreciera a los compradores de nuevas líneas algún tipo de restitución o compensación pecuniaria por la supuesta “participación financiera”. Esta remuneración al accionista era importante, ya que brindaba un barniz de voluntad y oportunidad de inversión a una operación financiera que, desde la perspectiva del contratante, era más bien el cumplimiento de un deber impuesto por la administración pública: pagar la ampliación de la estructura de telecomunicaciones para contratar el servicio público. Era importante dar este barniz de inversión a la adquisición de una nueva línea, sobre todo si se tiene en cuenta que en aquel momento (i) existía un mercado secundario paralelo de líneas telefónicas en el que la compañía telefónica buscaba ampliar su red instalada; y (ii) las líneas telefónicas que existían en aquel momento se consideraban una oportunidad de inversión. A pesar de los altos precios que se cobraban en aquel momento en el mercado paralelo para adquirirse una línea telefónica, lo que restringía el acceso a una pequeña parte de la población, la compañía telefónica consideró pertinente ofrecer algún tipo de “atractivo” para que los potenciales compradores prefirieran adquirir nuevas líneas en lugar de las ya existentes.

Siendo así, el establecimiento del vínculo entre adquirentes de líneas telefónicas debe ser analizado teniéndose en cuenta que la manifestación de voluntad de los adquirentes estaba triplemente subordinada a la compañía telefónica. Haya vista que (i) se trataba de la garantía de acceso a un servicio público de primera necesidad: puntos fijos de telefonía; (ii) la administración pública podía imponer unilateralmente obligaciones a los clientes y condicionar así el acceso a este servicio público a la asunción de obligaciones no deseadas por los clientes; y (iii) los compradores de líneas telefónicas no podían negociar las condiciones de su relación contractual con

el proveedor del servicio. En este último caso, la relación entre los compradores y la compañía telefónica es muy semejante a la que mantiene cualquier consumidor hiposuficiente y una gran empresa proveedora de bienes y servicios en el mercado de consumo.

Sin embargo, es importante señalar que, en relación con los dos primeros elementos de subordinación del adquirente y de su manifestación de voluntad, solo estaban presentes dadas (a) incapacidad de las políticas públicas estatales de universalizar el acceso al servicio de telefonía en las décadas de 1960 a 1990 — antes de las políticas de privatizaciones en el sector de la telefonía, que se inició a finales de la década de 1990; y (b) el poder del Estado ejercido a través de la administración pública directa — el Ministério das Comunicações, que aprobó las Ordenanzas 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 y 1.028/96 y permitió la adopción de la política de “autofinanciamiento” por parte de las empresas de telefonía para cubrir los costos de expansión de la red de infraestructura necesaria para universalizar el acceso a la telefonía en Brasil — e indirectamente, ya que podían utilizar el poder de imperio del Estado para acceder al ahorro público a través de mecanismos diferentes de los disponibles para los particulares.

El contrato de participación financiera tenía, entonces, un doble objetivo, uno público y otro privado, respectivamente: fomentar la expansión de la infraestructura telefónica instalada en Brasil y captar fondos, por parte de la empresa controlada por el poder público, del público inversor. Es decir, posibilitar una forma de capitalización de la sociedad mediante la oferta de un contrato de inversión<sup>53</sup> que otorgaba al adquirente el derecho a suscribir accio-

---

53. El término “contrato de inversión” se utiliza aquí para simplificar la finalidad y la estructura del contrato de participación financiera. Sin embargo, no debe confundirse con el concepto de contrato de inversión colectiva que fue introducido en el derecho brasileño en 2001, por la modificación de la Ley nº 6.385/1976.

nes emitidas en el futuro por la sociedad emisora de los contratos. Con estas consideraciones sobre la naturaleza jurídica (pública y privada) de los contratos de participación financiera, pretendemos demostrar lo erróneo de calificar el contrato de participación financiera como un simple contrato de adhesión. Por ejemplo, basta observar que el usuario, al firmar el contrato de participación financiera con la compañía telefónica estaba, de hecho, cumpliendo con el deber de solidaridad impuesto a todos los usuarios efectivos o potenciales de servicios públicos, y no manifestando una voluntad de participar en el contrato.

Aunque, en los contratos de adhesión, sólo una de las partes tenga la libertad contractual de definir los términos del contrato, mientras que otras (normalmente consumidores hiposuficientes) sólo pueden aceptar participar o no en el contrato, incluir los contratos de participación en esta clasificación supone ignorar la relación jurídico-pública que los involucraba. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que el contrato de participación financiera surgió como uno de los medios para recaudar los fondos necesarios para la inversión financiera en el sector telefónico. Se nota también que esos fondos correspondían a una parte necesaria a la implantación de políticas públicas de telecomunicaciones en la década de 1960. De este modo, exigir el reparto de los costes de la estructura necesaria para el desarrollo de las actividades de una sociedad de economía mixta como condición de acceso al sistema nos parece ir más allá del concepto de contrato de adhesión.

En resumen, nos parece que la transacción entre la empresa, como empresa controlada por el Estado, y el usuario contratante es el resultado del llamado “efecto de torsión del brazo”, en el que el particular, siempre en situación de desventaja frente al Poder Público, asume obligaciones sólo para tener acceso a algún tipo de servicio

público.<sup>54</sup> En este caso, se trataba de la imposición de una carga al usuario de los servicios telefónicos públicos encubierta como mera libertad contractual.

## CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del trabajo, se analizaron las principales características de los contratos discutidos por el STJ en el REsp 975.834, así como las relaciones generadas por el contrato de participación financiera, cuyas obligaciones involucraban al Estado, a la empresa telefónica y a los usuarios del servicio público telefónico. Como resultado, se identificó que la captación de recursos de ahorro por parte de la empresa, a través de la oferta de una oportunidad de inversión en acciones, se desdobló en por lo menos dos vínculos de naturaleza jurídico-pública y dos vínculos de naturaleza jurídico-privada.

A partir del estudio realizado, se percibe que la doctrina jurídica brasileña — sea ella de derecho societario, de derecho del consumidor o políticas públicas — puede haber ignorado el tema a despecho de su innegable relevancia práctica.<sup>55</sup> A lo largo de los años, el asunto ha sido mayoritariamente tratado con el objetivo de registrar la historia política, legislativa y regulatoria del sector de telecomunicaciones en Brasil y señalar posibles impactos de la privatización del sector.<sup>56</sup> Sin

54. GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista De Direito Administrativo*, 2018, p. 162.

55. En la senda del derecho del consumidor se encuentran algunas discusiones sobre la posibilidad de inversión de la carga de la producción de pruebas en demandas como esas, ya que miles de acciones sobre el tema fueron juzgadas sin el debido lastre probatorio (léase: el propio contrato de participación financiera).

56. Por todos, véase: KESTELMAN, Helio Nahmen. *Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fun-

embargo, la cuestión permaneció durante años sin un análisis jurídico que abarcara todos los aspectos involucrados en la relación entre el Estado, la empresa y el usuario contratante. El análisis de la decisión concedida por el STJ al REsp 975.834, considerándose la naturaleza jurídica de los contratos de participación financiera en esta obra, permite deducir que:

- a) Sobre la ausencia de discusiones doctrinarias acerca de los contratos de participación financiera: (i) la concepción equivocada que la materia interesaba solamente a las compañías de telefonía y, por lo tanto, su debate quedaría indiferente para aplicación en otros ámbitos; (ii) la creencia de que el tema relataba un pasado distante e improbable de repetirse en el país; y (iii) el poco detalle en la distinción entre los institutos jurídicos de consumidor y accionista minoritario.
- b) En cuanto a la decisión del STJ en el recurso especial: la materia merecía ser juzgada por la Corte Especial del STJ<sup>57</sup> por dos razones: (Ii) composición de dicho órgano, cuyos análisis y juicio del recurso serían realizados por ministros actuantes en la Sección de Derecho Privado y en la Sección de Derecho Público; y (iiii) la relevancia de la cuestión jurídica a ser juzgada, en razón de las miles de acciones similares que ya tramitaban en el poder judicial. La sentencia del recurso especial por la Sección Segunda de Derecho Privado del STJ no sólo perjudicó el análisis del caso, en la medida de las li-

---

dação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002 e AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. **Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação.** *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, p. 283-325, 2015.

57. El párrafo 2 del artículo 2 del Reglamento Interno del STJ prevé que “[la] Corte Especial será integrada por los quince Ministros más antiguos y presidida por el Presidente del Tribunal”.

mitaciones previstas por la composición institucional y temática del propio órgano juzgador,<sup>58</sup> sino que también excluyó del análisis los elementos de derecho público del contrato de participación financiera que podrían haber llevado al STJ a un juicio completamente distinto. La demora y aparente dificultad del STJ en pacificar sus tesis jurídicas y uniformizar su jurisprudencia sobre el tema ante los tribunales estatales<sup>59</sup> nos permite reflexionar sobre la necesidad de crear un sistema de gestión que identifique el volumen de demandas judiciales sobre el mismo tema y señale al STJ.

- c) Sobre el mercado de capitales: se ha podido determinar que la inexistencia de un valor mobiliario exclusivo para la captación de recursos por sociedades de economía mixta que, por el lado del particular, le diera transparencia del potencial ejercicio unilateral de poderes estatales que podrían afectar su decisión de invertir y el resultado de sus inversiones y, por otra parte (del Estado), permitieran una mejor adaptación de los intereses de políticas públicas del accionista controlador (financiar la infraestructura para la universalización de los servicios de telefonía) y de los intereses privados de la sociedad de economía mixta (obtener y distribuir beneficios mediante la prestación del servicio de telefonía). Esto provocó una avalancha de demandas sobre el tema. Aunque Brasil no

58. El inciso IV del artículo 16 del Reglamento Interno del STJ prevé el encaminamiento del recurso a la Corte Especial cuando el tema debatido posea relevancia jurídica o por la necesidad de prevenir divergencia entre las Secciones.

59. Diez años después del recurso analizado, el STJ consideró que los recursos de las compañías telefónicas en los casos que se refieren a la indemnización derivada de los contratos de telefonía tendrán que ser presentados caso por caso, conforme LIS, Laís. STJ dice que los recursos de empresa de telefonía contra indemnización de accionistas tendrán que ser juzgados caso por caso. G1, [Brasilia], 13 dic. 2017. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz--recursos-de-empresa-telefonía-contraindennizaciónde los accionistas-terao-de-ser-juzgados-caso-a-ghito.ml>. Accedido el: 20 abr. 2021.



desarrolló entonces, y sigue sin hacerlo ahora, una vía legal para la captación de ahorro público por sociedades de capital mixto — cuyos títulos conceden a sus titulares derechos de remuneración fija o variable —, países como Francia y Portugal, por ejemplo, ya permitían esta forma de captación de ahorro público desde los años 1980. En Francia, los títulos que permitían a las empresas públicas (*sociétés nationalisées*), a las sociedades anónimas cooperativas (*sociétés anonymes coopératives*) y a las mutualidades (*sociétés mutuelles*) captar ahorro público se denominaban *titres participatifs*, aunque sin concederles derechos de voto ni participaciones en el capital.<sup>60</sup> Este *título participativo* permite una remuneración fija y otra variable (según el rendimiento de la sociedad en el momento del rescate del valor y sobre la base del valor nominal de la acción). Del mismo modo, Portugal permite que las empresas públicas y las sociedades de economía mixta emitan títulos de crédito denominados *títulos de participación* que garantizaban el derecho a una remuneración anual con criterios similares a los *titres participatifs*.<sup>61</sup>

- d) Sobre derecho y políticas públicas: análisis de una situación concreta en Brasil, donde una política pública, incluso cuando ha tenido éxito (en este caso, la universalización del acceso al

60. Ese título fue creado por la Ley nº 83-1, del 3 de enero de 1983. Con algunas modificaciones legislativas, actualmente las sociedades por acciones del sector público y cooperativas, constituidas bajo la forma de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad, también son autorizadas a emitir dicho título, conforme a los artículos L228-36 del Código Comercial (*Code de Commerce*) y L213-32 del Código Monetario y Financiero. (*Code monétaire et financier*).

61. Los títulos de participación se describen en el artículo 1 del Decreto-ley nº 321/1985, que establece que “[l]as empresas públicas y las sociedades anónimas participadas mayoritariamente por el Estado, directa o indirectamente, podrán, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, emitir títulos de crédito denominados “títulos de participación”, representativos de préstamos que hayan contraído”.

servicio telefónico), ha dado lugar a miles de pleitos en todo el país durante aproximadamente 30 años.

El presente trabajo buscó contribuir para la mejor comprensión de las relaciones públicas y privadas relacionadas con la actuación de sociedades empresarias controladas por el Poder Público, mediante el análisis de los aspectos de derecho público y privado relativos a los contratos de participación financiera. En virtud de la multiplicidad de temas jurídicos abarcados por la discusión en el REsp 975.834 y las limitaciones de la investigación, algunas cuestiones jurídicas introducidas en este trabajo serán abordadas en el futuro en artículos específicos. Un ejemplo de ello es la necesidad de realizar al menos otros dos análisis separados: uno desde la perspectiva del derecho de sociedades y mercados de capitales, que aborde las contribuciones de la discusión que tuvo lugar en este caso a una posible redefinición de la naturaleza jurídica y los efectos del balance y el balance general contable; y otro desde la perspectiva del derecho, el desarrollo y las políticas públicas, que analice, por ejemplo, la importancia de este caso para el estudio de la relación entre el derecho, el desarrollo y la aplicación de políticas públicas en Brasil.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, p. 283-325, 2015.
- ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília v. 1, nº 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bits-tream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bits-tream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Acesso em: 2 maio 2021.

- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 239, 1-32, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. **Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações — CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital**. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).
- FGV DIREITO RIO. O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet n.1 — Apresentação geral do projeto de pesquisa. **FGV Direito Rio**, 2020a. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/dest\\_j\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/dest_j_x_fact_sheet_no_1.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.
- \_\_\_\_\_. REsp 975.834/RS — Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. **FGV Direito Rio**, Rio de Janeiro, 2020b. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/diretorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021.
- GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB — Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p.135-169, 2018.
- GUERREIRO, Renato Navarro. A nova fase das telecomunicações. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz10099909.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.
- KESTELMAN, Helio Nahmen. **Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) — Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Novos pareceres**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Singular, 2018, p. 895-911.
- LIS, Laís. STJ diz que recursos de empresa de telefonia contra indenização de acionistas terão de ser julgados caso a caso. **G1**, Brasília, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz-que-recursos-de-empresa-de-telefonia-contra-indenizacao-de-acionistas-terao-de-ser-julgados-caso-a-caso.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle. **Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique**, Paris, nº 21, p. 45-88, 2000.
- POSSEBOM, Samuel. A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1. **Exame**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Acesso em: 5 maio 2021.
- PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. **O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí — Univali, Itajaí, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. **Opinião Doutrinária**. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).
- VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 146, p. 30-45, 2007.
- WALD, Arnoldo. **Parecer: Linha telefônica — Assinantes — Emissão de ações**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

# LA LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA RECUPERACIÓN JUDICIAL DE LAS COOPERATIVAS MÉDICAS QUE OPERAN PLANES DE SALUD: UN ANÁLISIS SOBRE LA RECUPERACIÓN JUDICIAL DE UNIMED PETRÓPOLIS

*Érica Guerra da Silva<sup>1</sup>*

*Christiana Grangê Neves<sup>2</sup>*

*Deivison da Silva Avelino<sup>3</sup>*

*Heloisa Fonseca de Sá Pinheiro<sup>4</sup>*

*Rafael Rodrigues Andrade<sup>5</sup>*

*Raquel Severino Viana<sup>6</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Se sabe que la Ley nº 11.101, de 9 de febrero de 2005, regula la recuperación judicial, la extrajudicial y la quiebra del empresario y de

1. Postdoctora en Derecho por la PUC-Minas. Profesora Adjunta de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
2. Estudiante de Derecho en la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
3. Estudiante de Derecho en la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
4. Estudiante de Derecho en la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
5. Estudiante de Derecho en la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
6. Estudiante de Derecho en la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.

la sociedad empresaria. En líneas generales, el instituto de recuperación judicial introducido por dicha ley busca la superación de crisis económico-financiera por la cual el deudor se sitúa, con el objetivo de mantener la fuente de producción, velar por el empleo de los trabajadores y por el interés de los acreedores, de modo que la empresa logre ser preservada y siga cumpliendo su función social en conjunto con sus actividades económicas.

La Ley nº 11.101/2005, en su artículo 1º, enumera los legitimados activos para utilizar los institutos de recuperación judicial, recuperación extrajudicial y quiebra, refiriéndose al empresario y a la sociedad empresarial. Sin embargo, la jurisprudencia ha ampliado la lista de los legitimados activos para solicitar la recuperación judicial, teniendo en cuenta la legitimidad de la actividad que desarrolle su objeto de forma profesional y es capaz de soportar sus costes, aunque no tenga ánimo de lucro y no se califique como actividad empresarial.

La recuperación judicial se introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño por la Ley nº 11.101/2005, basándose en los comentarios de Paulo F. C. Salles de Toledo y Carlos Henrique Abrão (2009), que dictan en su obra que ésta viene de la idea de evitar el enfrentamiento entre acreedores y deudores y traer consigo la búsqueda por los fines comunes, a fin de salvar la empresa que se encuentra en crisis.

El análisis desarrollado en este estudio se basa en la evaluación de la legitimidad de los agentes económicos no enumerados en la Ley 11.101/2005 para solicitar la recuperación judicial. Se estudió el caso de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, tramitado ante el Poder Judiciário do Estado de Río de Janeiro, Proceso nº 0022156-21.2018.8.19.0042, en el municipio de Petrópolis.

## 1. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE RECUPERACIÓN JUDICIAL DE LA UNIMED PETRÓPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

La recuperación judicial es un plan de saneamiento de una empresa en crisis económica, financiera y patrimonial, en el que el deudor demuestra que los costes de mantenimiento de la empresa son inferiores a los de su liquidación, y lo presenta al Poder Judicial para que autorice su ejecución.

Es importante resaltar el concepto de crisis económica, financiera y patrimonial elaborado por la doctrina de Fábio Ulhoa Coelho:

Una crisis económica se produce cuando las ventas de productos o la prestación de servicios no son suficientes para mantener la empresa. Una crisis financiera ocurre cuando el empresario no dispone de liquidez, dinero o recursos suficientes para pagar sus obligaciones. Una crisis patrimonial ocurre cuando el activo del empresario es inferior a su pasivo y sus deudas superan sus bienes y derechos (COELHO, 2011, p. 252).

El punto de partida de este estudio es la presentación de una petición de recuperación judicial en el tribunal civil de Petrópolis por Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, que se denominará Unimed Petrópolis.

Unimed Petrópolis presentó los preliminares de la solicitud, determinando que cumplía con los requisitos que aparecen como condiciones de la acción, que son legitimidad y posibilidad jurídica.

Al mismo tiempo, dado que la causa de la solicitud se refiere a la difícil situación financiera de Unimed Petrópolis, ésta expuso que tal dinámica impide el pago total de los costes procesales iniciales y solicitó que sean pagadas durante el proceso, con el objetivo de posibilitar el acceso a la justicia, con base en el derecho constitucional de jurisdicción, y la fluida marcha del hecho, con base en el art. 4º de la Ley Estatal nº 6.369/2012 y en la jurisprudencia del Tribunal Supe-

rior de Justiça (STJ). En consecuencia, solicitó, entonces, que el pago de los costes se exija en la etapa final del proceso, es decir, cuando se dicte la sentencia de cierre de a la recuperación judicial, utilizándose lo dispuesto en el art. 63, II, de la Ley nº 11.101/2005.

En cuanto al fuero competente para el ingreso de la solicitud de recuperación judicial, en que aquel es el responsable por el procesamiento y enjuiciamiento de este, la Unimed Petrópolis expuso que debería referirse al lugar en que ésta ejerce sus actividades, que es en el municipio de Petrópolis/RJ, ya que, según ella, es donde realiza sus actividades y desde donde irradian los actos de su administración en totalidad, por lo tanto, su principal establecimiento.

En el análisis de la legitimidad activa para solicitar la recuperación judicial, se considera que Unimed Petrópolis es una Cooperativa y está sujeta a la supervisión de la Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agencia reguladora de las actividades de la Unimed Petrópolis por determinación de la Ley nº 9.656/1998. Al mismo tiempo, Unimed Petrópolis ha demostrado ser una empresa a la que se le permite generar riqueza, de modo que produzca movimiento en el sector económico en el que opera, generando también puestos de trabajo e impuestos y, por ello, de acuerdo con su solicitud, Unimed Petrópolis estaría encuadrada en la Ley 11.101/2005 y, por lo tanto, podría utilizar la dinámica de la recuperación judicial.

Sobre este tema, Unimed Petrópolis argumentó que no hay mención explícita de su figura en la Ley 11.101/2005, lo que requiere una cierta interpretación en consonancia con los preceptos sociales y económicos, así como constitucionales, para presentar la posibilidad legal de su solicitud. Además, se destacó que, con base en el art. 4º de la Ley nº 12.376, de 2010, popularmente conocida como Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, en caso de omisión legislativa, el juez tiene el deber de decidir de acuerdo con la analogía, la costumbre y los principios generales del derecho.



Así, señaló que el art. 1º de la Ley nº 11.101/2005 trae consigo al empresario individual y a la sociedad empresaria como legitimados para ingresar en el ámbito de la recuperación judicial, recuperación extrajudicial y de la quiebra, y la caracterización de empresario está contenida en el Código Civil, fugándose de dicha ley, presentándose que la empresa es un fenómeno económico que posee reflejos en la sociedad, siendo necesario preservarlo. En ese sentido, por ser la Unimed Petrópolis una actividad que genera la producción y circulación de bienes y servicios y que actúa como transformadora y civilizadora, de modo a tener reflejos económicos y sociales, expuso que la misma debería enmarcarse en el rol de legitimados.

En cambio, el propio Código Civil excluye del marco normativo de empresario (persona jurídica) a las sociedades simples, que engloban a las cooperativas. A partir de eso, la Unimed Petrópolis reveló que tal exclusión no consideró cualesquier efectos económicos o sociales y que, en Brasil, las cooperativas son responsables por generar riquezas y empleos, lo que demuestra un trato injusto recibido por el Código. De esa manera, Unimed Petrópolis afirmó que la Ley nº 11.101/2005 trajo una solución con el fin de preservación y recuperación de una actividad económica en crisis, además de la Constitución Federal establecer, en su art. 174, § 2º, que el Estado debe visar el cooperativismo, aplicándose principalmente a las modalidades societarias responsables por generar riquezas en el país. Así, se defendió la existencia de la naturaleza empresarial de las Cooperativas, basándose en la posición de juristas y doctrinadores, en el mencionado principio constitucional y en la Enunciación nº 207 del Conselho de Justiça Federal, además de reafirmar la posibilidad de aplicación de la Ley nº 11.101/2005.

Asimismo se señaló que el Proyecto de Ley 6.150/2016 propuesto y en trámite que trata sobre la inclusión de las cooperativas en el ámbito de la recuperación judicial y la quiebra, lo que demuestra la necesidad urgente de que este hecho sea tratado por el Poder Judicial.

Al fin, Unimed Petrópolis informó de que cumplía los requisitos de empresa o, al menos, una actividad asimilada a ella, presentando datos enfáticos relativos al PIB del país. Esto demuestra su contribución económica, justificando así su participación efectiva en la generación y circulación de servicios de importancia nacional. Es verdad también que Unimed Petrópolis posee importante actuación en la ciudad de Petrópolis, atendiendo gran parte de la población, la cual, sin sus actividades, estaría desamparada, ya que depende de la actividad de Unimed Petrópolis exclusivamente, lo que se utilizó como argumento para sensibilizar al magistrado.

Unimed Petrópolis citó el caso de la Asociación Casa de Portugal que, a finales de la década pasada, tuvo éxito en su solicitud de recuperación judicial, a pesar de ser un agente económico excluido de las disposiciones literales de la ley. Además, presentó los datos que demostraron que, aunque esté en situación económicamente desagradable, sus índices revelaban un escenario propicio a alzarse de la crisis financiera que la acometía, sin nunca haber decretado o solicitado su quiebra ni siquiera solicitud de recuperación judicial o extrajudicial, lo que la encuadraba en lo dispuesto en el art. 48, I, II y III, de la Ley nº 11.101/2005. Asimismo, su administrador y el socio de la institución jamás han sido condenados por algún delito contenido en la legislación de quiebra, cumpliendo, así, lo que dispone el inciso IV del art. 48 de la misma ley.

## 2. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE TRAMITAR LA RECUPERACIÓN JUDICIAL DE UNIMED PETRÓPOLIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

En cuanto a la decisión en comentario, la cual discute sobre la admisibilidad de la recuperación judicial requerida por Unimed Petrópolis, el Ministerio Público, en calidad de *custus legis*, opinó en sentido contra-

rio a la solicitud de recuperación judicial, al amparo de la restricción inserta en el art. 2º, I, quinta figura, de la Ley nº 11.101/2005 c/c art. 23 de la Ley nº 9.656/1998 c/c art. 4º de la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

En sentido diametralmente opuesto, el magistrado que actuó en el caso afirmó que era necesario reconocer, en primera instancia, que existen situaciones especiales que exigen un razonamiento previo sobre las posibles repercusiones que la aplicación concreta de la ley podría tener en las estructuras socioeconómicas.

El Magistrado señaló la importancia de que el intérprete/aplicador no permanezca ajeno a las transmutaciones sociales, so pena de incurrir en una prestación jurisdiccional contraria a los valores protegidos constitucionalmente, posibilitando la “inseguridad humana y/o inseguridad económica y/o inseguridad financiera y/o la disponibilidad de tratamiento isonómico”. Con respecto a eso, el Juez responsable por esa decisión consideró conveniente aplicar el fenómeno de la “ponderación” (juicio ponderable), con el fin de solucionar el dilema de la legitimación de Unimed Petrópolis a la recuperación reglada por la Ley nº 11.101/2005.

Como señalado en la decisión, *in fine*:

“Sin embargo, la cuidadosa evaluación de los principios que transitan en este proceso, estamos ciertos de que la “justa justicia” de la provisión judicial no se vincula al vetusto juicio de ponderación. ¿Por qué? Porque, para evaluar la “legitimación” de Unimed Petrópolis, ahora solicitante, punto nodal en esta etapa decisoria, vislumbro que no existen principios constitucionales opuestos, sino principios en armoniosa convivencia”. (Comarca de Petrópolis, 4ª Vara Cível. Proceso nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Acción de Recuperación Judicial. Juez: Jorge Luiz Martins Alves, Fecha de la Decisión: 18/10/18. Fecha de la Publicación DJERJ 18/10/18)

El Magistrado mencionó que los conceptos cambiaron, así como las premisas, de tal forma que es necesario que se vea la solicitud objeto del acto decisorio bajo esa nueva óptica, importando una sincera inflexión sobre la posibilidad de flexibilización del impedimento de las cooperativas a las normas de la Ley nº 11.101/2005.

Para apoyar la posibilidad de que Unimed Petrópolis tenga éxito en su solicitud de recuperación judicial, el Magistrado expuso:

“Las exitosas interpretación y sistematización del Derecho, conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, solo se logrará con la sincera integración i) de la metodología exegética, ii) del método dogmático [...] y iii) de la jurisprudencia de los intereses, sin ignorar la relevancia de las directivas sociológicas”. (Distrito de Petrópolis 4ª Corte Civil. Proceso nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Acción de Recuperación Judicial. Juez: Jorge Luiz Martins Alves, Fecha de la Decisión: 18/10/18. Fecha de la Publicación DJERJ 18/10/18)

El Magistrado esbozó la necesidad de, antes de llegarse a una conclusión para el caso, buscarse la ayuda de esos tres métodos para la búsqueda del real sentido de la aplicación de la Ley nº 11.101/2005 al caso en examen.

Según el magistrado, para lograr excelentes interpretación y aplicación de una ley a un caso concreto, el hermeneuta debe, en primer lugar, comprender las palabras de la ley. En segundo lugar, se debe confirmarla en consonancia con otras normas y, por último, pero no por ello menos importante, el hermeneuta debe, utilizando la jurisprudencia de intereses, buscar el significado y la finalidad de la norma en un sentido que no sea meramente estricto, sino armónico con los intereses y deseos sociales. Como sintetiza el Magistrado, se hace efectiva al hermeneuta, ante todo, la necesidad “[...] de un primer esfuerzo de exégesis. Luego hay que relacionarlos para lograr de ellos una visión de conjunto (...). Después tiene que bajar a la Tierra y mirar los con-

cretos intereses vitales”. Es por medio de ese camino que se alcanzará, conforme señala el Magistrado, la solución para el caso concreto.

Trayendo estos métodos al caso analizado, el Magistrado denota que la apreciación de si Unimed Petrópolis está legitimada por la Ley 11.101/2005 necesita ser analizada en la exacta medida en que demuestre un considerable grado de simetría y semejanza entre la finalidad social y económica de la actividad empresarial.

Al traer tales métodos al caso analizado, el Magistrado denota que la evaluación de si Unimed Petrópolis está legitimada por la Ley nº 11.101/2005 debe analizarse en la medida exacta en que demuestre tener un grado considerable de simetría y similitud entre el propósito social y económico de la actividad empresarial.

En ese sentido, Unimed Petrópolis, si bien, bajo la lente de una interpretación restringida, no esté legitimada al procedimiento de recuperación judicial por ser una cooperativa médica, su condición peculiar ser una respetable institución comunitaria, así como su carácter profesional, de ser la segunda mayor institución médica de la ciudad, así como ostentar una gran capacidad de manipulación financiera de bienes son aspectos que permiten que la red hospitalaria, desde una perspectiva teleológica y ponderada, sea vista como una actividad empresarial, por lo tanto legitimada a ser sometida al proceso de recuperación judicial.

En palabras del Magistrado, Unimed Petrópolis, por su importancia social y económica:

“No [...] encaja en la definición y finalidades primarias de la especie ‘cooperativa’ por cuanto la interrelación y conexión con múltiples segmentos empresariales que están inextricablemente entrelazados para la efectividad de su actividad principal, la mueven a un hecho consumado porque observamos que hay una especie de transmutación metafísica a la categoría de ‘actividad empresarial’”. (Comarca de Petrópolis, 4º Vara Cível. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042.

Acción de Recuperación Judicial. Juez: Jorge Luiz Martins Alves,  
Fecha de Decisión: 18/10/18. Fecha de Publicación: DJERJ 18/10/18)

Por medio de esa fundamentación, el Magistrado, en base a la interconexión entre la institución y su carácter social y económico empresarial, decidió reconocer la legitimidad activa de Unimed Petrópolis para el procedimiento de la recuperación judicial, determinando la tramitación de la recuperación judicial.

### 3. MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY N° 14.112/2020

La sentencia dictada por el Juez del 4º Juzgado Civil de Petrópolis se configuró como un hito en el instituto de recuperación judicial, ya que, por primera vez, a una cooperativa médica se le otorgó la legitimidad para el procedimiento de recuperación judicial, lo que antes estaba estrictamente prohibido por la Ley nº 11.101, de 9 de febrero de 2005.

La solicitud por Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico ha sido presentada en el año 2018, sin embargo la decisión que concedió el procesamiento acarrió la idealización de la Ley nº 14.112/2020,<sup>7</sup> que fundamentó tal derecho con la apertura de las

---

7. Daniel Carnio Costa y Alexandre Correa Nasser de Melo señalan: “La redacción de esta disposición fue modificada por el Senado durante el proceso legislativo, al aceptar una enmienda de redacción. De hecho, la enmienda fue aceptada como una enmienda de redacción, pero abre la posibilidad de interpretarla como un cambio profundo en la legislación, ya que incluye a las cooperativas médicas que operan planes de salud entre la lista de empresas que podrían utilizar la recuperación de negocios, haciendo una excepción expresa a la prohibición de la Ley 11.101/2005, art. 2º”. Aunque ya ha habido varias decisiones judiciales aceptando solicitudes de recuperación judicial de cooperativas médicas que administran planes de salud, como los casos que implican a UNIMEDs, este entendimiento no estaba resuelto por los tribunales. (COSTA, Daniel Carnio e MELO Alexandre Nasser. *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. 1ª. Juruá. 2021, p. 72).

puertas no solo para las cooperativas de médicos, sino también para el progreso del instituto de recuperación judicial.

En primer lugar, cabe señalar que, como se explicó en el apartado anterior, el Magistrado entendió que Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico ejercía funciones similares a la actividad empresarial, mostrando características como el nivel de organización y el elevado volumen de negocios económicos. Por ello, le atribuyó el carácter de “iniciativa empresarial”. Así, consideró que debía aplicarse el criterio de la ponderación, para plantear la incompatibilidad de la ley vigente en 2018 y la realidad factible.

Como se ha mencionado anteriormente, la decisión emblemática en cuestión, junto con otras adiciones innovadoras, como la inclusión del Productor Rural como uno de los legitimados de la Ley nº 11.101/2005 (inserción que también se motivó por otra decisión insólita) efluye en la elaboración de la Ley nº 14.112/2020. Por consiguiente, se ha añadido al art. 6 de la Ley nº 11.101/2005 el párrafo 13, que expresa que:

§ 13. No se someterán a los efectos de la recuperación judicial los contratos y obligaciones derivados de los actos cooperativos practicados por las sociedades cooperativas con sus cooperados, en la forma del art.79 de la Ley nº 5.764, de 16 de diciembre de 1971, y, en consecuencia, *no se aplica el sellado contenido en el inciso II del art. 2º cuando la sociedad operadora de plan de asistencia a la salud sea cooperativa médica.* (Énfasis añadido)

Dicho esto, queda claro del extracto anterior que la prohibición establecida en el art. 2º de la Ley 11.105/2005, que prohibía vehementemente la participación activa de las cooperativas médicas, ha perdido su fuerza normativa y ya no es aplicable. Por lo tanto, actualmente, cualquier empresa de planes de salud que sea una cooperativa médica puede solicitar la recuperación judicial.

Sin embargo, a pesar de la inclusión del apartado 13 en el art. 6º, el art. 2º de la Ley nº 11.101/2005 no quedó derogado.

En este sentido, a fin de consolidar el derecho dispuesto en el art. 6º, § 13º de la Ley nº 11.101/2005, con el objetivo de aseverar la seguridad jurídica, se verifica que hay, por lo menos, dos proyectos de ley que objetivan alterar el art. 2º, inciso II, de la Ley nº 11.101/2005, teniendo en cuenta que, sin perjuicio de la modificación introducida por la Ley nº 14.112/2020, la redacción del artículo anteriormente mencionado ha perdurado inalterable. Se trata de los siguientes proyectos: el PL nº 383/2020,<sup>8</sup> propuesto por el senador Rogério Carvalho (PT/SE), que se encuentra actualmente en el Senado Federal, y el PL nº 815/2022,<sup>9</sup> propuesto por el diputado federal Hugo Leal (PSD/RJ), que dispone sobre la recuperación judicial y extrajudicial de las cooperativas.

## CONSIDERACIONES FINALES

En el caso estudiado de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico se verificó la saludable importancia de la cooperativa, ya sea en el ámbito económico — movilizándolo la economía por medio de sus más de 36 mil clientes, además de los 10 mil ciudadanos que utilizan sus servicios indirectamente — ya sea por su notable influencia en la sociedad, tanto por el empleo de más de 250 médicos cooperados como por la actividad laboral ejercida, lo que actualmente, en un período post-pandemia, es indudable. Así, conjugándose esos atributos con el principio de la preservación de la empresa, se desprende que la fundamentación del Magistrado estaba en consonancia con los principios básicos del instituto de la recuperación judicial.

---

8. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151924>

9. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2319195>



Sin embargo, cabe señalar que, a pesar de la decisión favorable a la tramitación de la recuperación judicial de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, la institución manifestó su desistimiento del proceso de recuperación judicial, que fue homologado y juzgado extinto, sin resolución de fondo, por el juez del 4º Juzgado Civil de Petrópolis.

Según la información proporcionada por el presidente de la Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, la renuncia se motivó en la Ordenanza 742/2018 de la Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que posibilitó la negociación de las deudas directamente con el órgano federal.<sup>10</sup>

Sin embargo, la renuncia al proceso de recuperación judicial no reduce la relevancia y menos aún las implicaciones que genera la decisión. Además, a través de la solicitud de recuperación judicial la cooperativa logró evitar la interrupción de sus actividades, lo que nuevamente, en un escenario de pandemia, era no sólo una necesidad de carácter patrimonial, sino también de carácter social.

Además del advenimiento de la Ley nº 14.112/2020, la decisión de aplazamiento del procesamiento de la recuperación judicial también suscitó antiguos debates, uno de ellos el de la calificación y la circunscripción de la actividad empresarial, ya que, en el caso concreto, el Magistrado entendió que Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico ejercía funciones comunes a la actividad empresarial. De igual modo, en el actual escenario económico, se denota el carácter versátil y cambiante de las empresas, siendo verdaderamente complejo

---

10. [https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p\\_l\\_back\\_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_formDate%3D1663009464171%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3Drecupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bjudicial%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_scope%3D](https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p_l_back_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_formDate%3D1663009464171%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3Drecupera%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bjudicial%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_scope%3D)

el encuadramiento de éstas en categorías específicas y limitadas. En este sentido, el jurista italiano Alberto Asquini, en uno de sus artículos titulado *Perfiles de la empresa* (en italiano, *Profili dell'impresa*) publicado en la *Revista de Derecho Mercantil* (en italiano, *Rivista del Diritto CoMmerciale*, 1943, p. 41), afirma que la solución a este embrollo sería concebir la empresa como “un fenómeno económico poliédrico”, es decir, contemplarla no sólo desde una perspectiva jurídica, sino a través de la multiplicidad de sus facetas.

El autor distinguía el fenómeno económico de la empresa en cuatro perfiles: subjetivo, funcional, patrimonial y corporativo. El primero comprende el sujeto, o sea, el empresario; el segundo incluye la propia actividad de la empresa; ya el tercero engloba el carácter patrimonial, es decir, en algunos casos, el propio establecimiento de la empresa; el último comprende el aspecto corporativo, objetivando la institución y su finalidad. En cuanto a éste, Asquini (1943) afirma que:

El empresario y sus colaboradores directivos, empleados, trabajadores no son, en realidad, una simple pluralidad de personas vinculadas entre sí por una suma de relaciones individuales de trabajo, con una finalidad individual; sino que forman un núcleo social organizado en función de un objetivo económico común, en el que se funden los fines individuales del empresario y de los colaboradores singulares: la consecución del mejor resultado económico en la producción.

Sin embargo, a pesar de que los ideales de Asquini (1943) tienden al avance y a la amplificación del concepto de empresa, Brasil, según Fábio Coelho Ulhoa (2011), adopta solo el aspecto funcional, suprimiendo, entonces, la visión multifacetaria propuesta por Asquini. Pese a que, frente a tantas quiebras de paradigmas, principalmente las contenidas en la Ley nº 14.112/2020, se supone que ese futuro no está tan distante.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ASQUINE, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista CoMmercial*, Itália, v. 41, pág. 41, 1943.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 815, de 2022**. Regula a reorganização de sociedades cooperativas, altera dispositivos da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 abr. 2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2155120](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2155120). Acesso em: 23 jul. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 383, de 2022**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, para prever a aplicabilidade das disposições referentes à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência ao produtor rural, às associações, às fundações e às cooperativas, excetuadas as de crédito, que exerçam atividade econômica, independente de inscrição ou natureza empresária. Brasília, DF, 23 fev. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151924>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 9 fev 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 23 de jul. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 9 set 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Daniel Carnio e MELO Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 1ª ed. Juruá, 2021.
- De Mattos. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves. **Poder Judiciário do Rio de Janeiro**, Petrópolis, 18 de out. de 2018. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consulta-processual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 jul. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça; Comarca de Petrópolis. Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Recuperação Judicial. Autor: UNIMED Petrópolis Cooperativa De Trabalho Médico. Relator: Juiz Jorge Luiz Martins Alves. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**: Petrópolis, p. 621, 18 out. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=000419C40A-BB98F759EA4E784E6F34853294C5091315252A>. Acesso em: 23 jul. 2022.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito Volume II**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

UNIMED. Unimed Petrópolis realizou negociação inédita para pagamento de dívida tributária. **Unimed Petrópolis**. Petrópolis, 2020. Disponível em: [https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p\\_l\\_back\\_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_formDate%3D1675209033514%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3D%2BUnimed%2BPetr%25C3%25B3polis%2Brealizou%2Bnegocia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bin%25C3%25A9dita%2Bpara%2Bpagamento%2Bde%2Bd%25C3%25ADvida%2Btribut%25C3%25A1ria%26\\_com\\_liferay\\_portal\\_search\\_web\\_search\\_bar\\_portlet\\_SearchBarPortlet\\_INSTANCE\\_templateSearch\\_scope%3D](https://www.unimed.coop.br/site/web/petropolis/-/unimed-petr-c3-b3polis-realizou-negocia-c3-a7-c3-a3o-in-c3-a9dita-para-pagamento-de-d-c3-advida-tribut-c3-a1ria?p_l_back_url=%2Fsite%2Fweb%2Fpetropolis%2Fsearch%3F_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_formDate%3D1675209033514%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_emptySearchEnabled%3Dfalse%26q%3D%2BUnimed%2BPetr%25C3%25B3polis%2Brealizou%2Bnegocia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bin%25C3%25A9dita%2Bpara%2Bpagamento%2Bde%2Bd%25C3%25ADvida%2Btribut%25C3%25A1ria%26_com_liferay_portal_search_web_search_bar_portlet_SearchBarPortlet_INSTANCE_templateSearch_scope%3D). Acesso em: 23 jul. 2022.

# EL RIESGO COMO FUNDAMENTO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL DERECHO DE EMPRESARIAL<sup>1</sup>

*José Gabriel Assis de Almeida<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Desde su aparición en la Edad Media, y durante muchos siglos, el derecho comercial fue el derecho de los comerciantes (sección 1); con la Revolución Francesa, se convirtió en el derecho de la actividad comercial (sección 2). La Revolución Industrial mezcló los conceptos, convirtió el derecho comercial en derecho empresarial y dio lugar a una gran confusión (sección 3). La solución a la crisis conceptual del derecho empresarial parece ser el concepto de riesgo (sección 4).

De hecho, la actividad empresarial se compone de buenos y malos momentos, de logros y fracasos, de victorias y derrotas. Corresponde

1. Las reflexiones hechas en este texto tienen origen en el II Congresso de Direito Comercial Latino Americano organizado por este autor y varios otros miembros de la Comissão de Direito Empresarial do IAB Instituto dos Advogados Brasileiros, en octubre de 2015 en Rio de Janeiro. El autor agradece a todos los participantes, brasileños y extranjeros, que participaron en este encuentro.
2. Doctor en Derecho por la Université Panthéon Assas – Paris II. Profesor Adjunto en UNIRIO – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Abogado.

al derecho empresarial dar estructura legal a esta oscilación entre la marea baja del error y la marea alta del acierto. Dicho de otra manera, la actividad empresarial es el riesgo. El objetivo de este artículo es proponer una relectura del derecho empresarial a la luz del riesgo.

## 1. EL DERECHO EMPRESARIAL COMO EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES

El comercio es una actividad ancestral, pero por motivos históricos y sociológicos, el derecho comercial surgió solo en la Edad Media.<sup>3</sup>

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, las invasiones de los bárbaros asolaron Europa.<sup>4</sup> La respuesta y la forma de resistir a esos ataques violentos<sup>5</sup> ha sido el feudalismo. A cambio de protección del señor feudal, las personas se sometían a él. El señor feudal tenía la obligación legal y moral de proteger a los que a él prestaban vasallaje. En cambio, el vasallo se obligaba a trabajar en favor del señor feudal.

La paz alcanzada con el fin de las invasiones bárbaras trajo prosperidad y amplió la producción de bienes. En los feudos surgieron excedentes que necesitaban ser vendidos a otros feudos. Los comerciantes, entonces, empezaron a vender estos excedentes.<sup>6</sup>

---

3. Para una gran narración de cómo el comercio surgió y se desarrolló, véase BERNSTEIN, William J. *A Splendid Change. How Trade Shaped the World*. New York: Grove Press, 2008.

4. Ver WERNER, Karl Ferdinand. In FAVIER, Jean (dir.). *Histoire de France*, vol 1. Les origines. Paris: Fayard, Le Livre de Poche, 1984, cap. VIII.

5. Hasta hoy, más de mil años después, y a más de 10 mil km de donde estos hechos se pasaron, usamos las palabras “bárbaro” y “vándalo” (ésta tiene origen en el pueblo germánico, natural de Escandinavia y que invadió Roma en el siglo V; para una versión más divertida, ver GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. *Astérix e os normandos*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1985.

6. Para un buen resumen de la aparición y evolución del comercio y el comerciante en la Edad Media, ver FAVIER, Jean. *De l’or et des épices*. Naissance de l’homme d’affaires au Moyen Age. Paris: Fayard, 1987, e HEERS, Jacques. *La naissance du capitalisme au Moyen Age*. Paris: Perrin, 2012; para um panorama mais amplo, ver BRAUDEL, Fernand.

Este comercio presentó dos problemas: el primero era la existencia de diferentes normas en cada feudo, lo que resultó en que cada señor feudal tuviera el poder de dictar las normas en sus dominios. El segundo era la inadecuación de las normas a las necesidades de la actividad comercial. En efecto, las reglas feudales estaban, fundamentalmente, destinadas a resolver problemas criminales o de propiedad o de familia (aunque éstas se tratan en el ámbito del derecho canónico). Los problemas que los comerciantes necesitaban resolver eran de orden práctico: la calidad de la mercancía vendida, el plazo de entrega de la mercancía, el valor debido por uno al otro etc.<sup>7</sup>

Ante el vacío del ordenamiento jurídico señorial, los comerciantes adoptaron ciertas prácticas que se repitieron y llegaron a considerarse obligatorias.<sup>8</sup> Así nació el la norma comercial consuetudinaria, la *lex mercatoria*.<sup>9</sup> El carácter consuetudinario del derecho comercial persiste hasta nuestros días y puede demostrarse con dos ejemplos. El primero se refiere a los Incoterms, verdaderas cláusulas contractuales en los contratos internacionales de compraventa de mercancías, cuyo contenido y cuyo alcance los define la Cámara de Comercio Internacional (CCI), órgano asociativo de las organizacio-

---

Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XVe-XVIIIe siècle. 3 volumes. Paris: Armand Colin, 1979.

- 7 . Aunque no se trate específicamente de asuntos comerciales, merece la pena observar, a propósito de la evolución de la cultura y del pensamiento jurídico europeo, ARNAUD, André-Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris: PUF (Presses Universitaires de France), 1991; específicamente sobre el derecho comercial, véase GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.
8. Ver SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa. Da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 124-125.
9. Esta expresión identificó posteriormente las normas consuetudinarias aplicadas en el comercio internacional y fue acuñada por el Prof. Berthold Goldman en un artículo publicado en 1956; ver GOLDMAN, Berthold. *La Compagnie de Suez, société internationale*. *Le Monde*, 04 de outubro de 1956, p. 3; uma cópia do artigo pode ser encontrada em [https://www.trans-lex.org/9/\\_goldman-berthold-le-monde-p-3/](https://www.trans-lex.org/9/_goldman-berthold-le-monde-p-3/). Acesso em: 26 abr. 2021.

nes empresariales nacionales, y no las leyes o tratados nacionales.<sup>10</sup> El segundo ejemplo es el art. 8º, inciso VI, de la Ley nº 8.934/1994, sobre el Registro Público de Empresas Mercantiles, que atribuyó a las Juntas Comerciales la incumbencia del asentamiento de los usos y de las prácticas mercantiles. El art. 50, § 6º, de la ley anterior (Ley nº 4.726/1965) reconocía el carácter obligatorio de estas costumbres mercantiles: “§ 6º. Solamente 3 (tres) meses tras la publicación se hará obligatorio, cuando sea el caso, el uso o práctica mercantil”.

Por su ADN, el derecho comercial — antecesor del derecho de empresa — era, por lo tanto, un derecho de los comerciantes, y no un derecho de la actividad comercial. Un segundo hecho contribuyó de manera decisiva a esto: con el paso del tiempo, los comerciantes se reunieron en gremios o corporaciones, normalmente organizados por tipo de mercancía vendida. La calidad de comerciante pasó a definirse por la participación en una corporación. Se consideraba comerciante aquel que perteneciera a tal o cual corporación. De ese modo, pertenecer a una corporación significaba obedecer a las normas consuetudinarias de aquel grupo.<sup>11</sup>

Así, el derecho comercial se definía por un eje vertical, a partir de la figura del sujeto. El derecho comercial era el derecho del comerciante. El derecho comercial se aplicaba al comerciante y, por derivación, a sus actividades profesionales. Y comerciante era aquel que estaba matriculado en una corporación. Los campos subjetivo y objetivo del derecho comercial eran definidos por la figura del comerciante. Se cerraba el círculo, sin mayores preocupaciones conceptuales.

10. Ver ICC BRASIL. *Incoterms 2020 © Regras da ICC para a utilização de termos de comércio nacional e internacional*. São Paulo: ICC Brasil, 2021.

11. Ver GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.



## 2. EL DERECHO DE EMPRESA COMO EL DERECHO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Este sistema estructurado, equilibrado y sólido duró más de diez siglos, hasta que fue brutalmente roto por la Revolución Francesa de 1789. Es conocido el lema revolucionario: Libertad, Igualdad y Fraternidad. La libertad y la igualdad también han tenido eco en la vida de los comerciantes y en el derecho comercial.<sup>12</sup>

A lo largo de los siglos, las corporaciones se habían convertido de aguerridas asociaciones para la promoción de los negocios de los comerciantes en organizaciones para el mantenimiento de privilegios. Con el paso de los siglos, los comerciantes lograron imponer la afiliación obligatoria a las corporaciones para ejercer una actividad comercial. Sólo aquellos que estaban inscritos en la corporación correspondiente (y sujetos a sus normas) podían ser comerciantes de una determinada mercancía. En consecuencia, el lugar (o la silla) en las corporaciones de comerciantes era comprado y a menudo vendido por valor mayor cuanto fuera el beneficio esperado obtener con el comercio de aquella mercancía. A tal punto que los lugares en las corporaciones pasaron a ser alquilados o delegados.<sup>13</sup>

Este monopolio tuvo el resultado de todos los monopolios: ineficacia y precios más altos de las mercancías vendidas. Era necesario combatir la situación restableciendo la libertad y la igualdad. Esto se hizo mediante la llamada *loi d'Allarde* (del nombre de su ponente en la Asamblea Constituyente, Pierre Allarde), fechada los días 2 y 17 de marzo de 1791, que abolía las corporaciones y creaba el principio de libertad de comercio e

12. Para una visión global de las consecuencias de la Revolución Francesa sobre el derecho en Europa, véase HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire des droits en Europe. De 1750 à nos jours*. nova ed. atualizada. Paris: Flammarion – coll. Champs, 2006.

13. Para un razonable y fácil resumen de la evolución de las corporaciones, véase: [https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation\\_sous\\_le\\_royaume\\_de\\_France#R%C3%A9glementation\\_des\\_corps\\_de\\_marchands\\_a\\_u\\_XVIe\\_si%C3%A8cle](https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation_sous_le_royaume_de_France#R%C3%A9glementation_des_corps_de_marchands_a_u_XVIe_si%C3%A8cle). Accedido el: 3 mayo 2021.

industria, declarando: “*Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon*”.<sup>14</sup> La *loi d'Allarde* ha sido completada por la *loi Le Chapelier* (decreto de la Asamblea Constituyente informado por Isaac Le Chapelier), de 17 de junio de 1791, que confirmaba la extinción de todas las corporaciones en su art. 1º: “*L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit*”.<sup>15</sup>

La consecuencia fue la necesidad de reinventar los fundamentos del derecho comercial. Al no existir ya las corporaciones, se hizo difícil identificar quién era comerciante y, con este obstáculo, se complicó la definición del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del derecho comercial. ¿A quién se le aplicaba el derecho comercial? ¿A qué actividades se les aplicaba el derecho comercial?

La solución, brillante por cierto, fue cambiar el eje del derecho comercial. Se pasó del derecho vertical al horizontal. El campo de aplicación del derecho comercial ya no estaba definido por la persona que ejercía la actividad, sino por la naturaleza de la actividad. Surge así la teoría de los actos de comercio, consagrada en el Código Comercial francés de 1807 y establecida tras el Código Civil francés de 1804. Obsérvese el breve periodo de 16 años<sup>16</sup> transcurrido entre la *loi d'Allarde* y el Código Comercial.

14. Traducción libre por el autor de este texto: “Cualquier persona será libre de hacer cualquier negocio o ejercer la profesión, arte o comercio que le parezca bueno”.

15. Traducción libre por el autor de este texto: “Siendo la extinción de todo tipo de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión una de las bases fundamentales de la constitución francesa, está prohibido restablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y bajo cualquier forma”.

16. Dieciséis años puede no parecer un plazo tan corto; ese plazo es, de hecho, muy corto, si se tiene en cuenta que, en ese período de tiempo, Francia pasó por una revolución que literalmente subvirtió todas las instituciones, incluso el propio calendario.

El artículo 1º del Código Comercial francés definía al comerciante como aquel que realizaba un acto de comercio (y ya no como aquel que estaba inscrito en una u otra corporación). El artículo 632 — en la parte del código relativa a la jurisdicción comercial — definía un acto de comercio como cualquier compra de mercancías para su venta, ya fuera *in natura* o después de “trabajadas”.<sup>17</sup>

En la misma dirección vino el Código Comercial brasileño de 1850, cuyo art. 4º establecía:

“Nadie es reputado comerciante a efectos de gozar de la protección que este Código liberaliza en pro del comercio, sin que se haya matriculado en alguno de los Tribunales del Comercio del Imperio, y haga de la mercancía profesión habitual [...]”.

Practicar actos de mercancía<sup>18</sup> era lo que definía el comerciante y, asimismo, el derecho comercial.

La teoría ha sido perfeccionada hasta que, al inicio del siglo XX, el acto de comercio era definido como el acto de intermediación, practicado con habitualidad y finalidad de lucro. A este acto de comercio por naturaleza se sumaban el acto de comercio por conexión (aquel que, a pesar de no cumplir las características del de naturaleza, era practicado por el comerciante en el ámbito y para los fines de su actividad comercial por naturaleza) y el acto de comercio por definición legal (aquel que la ley determinaba ser comercial).

17. La redacción actual de este artículo, renumerado como artículo L110-1, es la siguiente: “*La loi répute actes de commerce:*

1º *Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre*”.

18. El arte. 19, § 1, del Reglamento 737 de 1850 definía las mercancías de la siguiente manera: “Art. 19. Se considera mercancía: § 1 La compraventa o permuta de efectos muebles o inmuebles para venderlos al por mayor o al por menor, en el mismo tipo o fabricados, o para alquilar su uso”.

Esta teoría es de una extraordinaria belleza jurídica, ya que es muy sencilla, breve, fácil de entender y muy eficaz para el fin que pretende: definir el elemento distintivo del derecho comercial en relación con otros derechos y delimitar el campo de aplicación de las leyes comerciales.

### 3. EL DERECHO DE EMPRESA COMO EL DERECHO DE LA EMPRESA

Si una revolución hizo surgir la teoría del acto de comercio, otra revolución la hizo perecer, aunque lentamente. En efecto, la Revolución Industrial llevó a la muerte la teoría de los actos de comercio. Es curioso constatar que la Revolución Francesa y la Revolución Industrial son prácticamente contemporáneas, una en Francia y otra en el Reino Unido. Sin embargo, los efectos de la Revolución Industrial solo se hicieron sentir, en el derecho comercial, a principios del siglo XX, puesto que la transición de una producción manufacturada para una producción industrializada solo se acentuó del medio para finales del siglo XIX.<sup>19</sup>

La progresiva industrialización de la economía ha traído un nuevo problema para el derecho comercial. Hasta entonces, había una clara simetría entre las actividades económicas y las normas de regencia. La actividad agraria estaba regida por el derecho civil; la actividad comercial, por el derecho comercial.

Por lo demás, es de notar que, como el derecho refleja la sociedad, esta división correspondía también a una división social: la nobleza, cuya

19. La producción mundial llevó 120 años, de 1700 a 1820, para doblar de tamaño; y tardó solo 50 años, entre 1820 y 1870, para doblar de nuevo de tamaño y únicamente 40 años, entre 1870 y 1910, para doblar de tamaño por tercera vez. Disponible en: [https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution\\_industrielle#Puissance\\_agricole\\_et\\_industrielle](https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution_industrielle#Puissance_agricole_et_industrielle). Accedido el: 20 abr. 2021; para una visión histórica, véase BEAUD, Michel. **Histoire du capitalisme. 1500-2010**. 6ª ed. Paris: Éditions du Seuil – collection Points, 2010, en especial capítulos 3 e 4.

riqueza se basaba en el campo, utilizaba el derecho civil para sus negocios; y la burguesía, cuya fortuna venía del comercio, utilizaba el derecho comercial. Ni siquiera en el derecho las clases sociales se mezclaban.

Esta distinción entre actividades económicas, cada una con su propio derecho de gobierno, fue confrontada por la actividad industrial. ¿Cómo clasificar esta nueva actividad? En sentido estricto, no en el ámbito del derecho comercial, porque la actividad industrial no es una simple intermediación, ya que implica la transformación de materias primas. Sin embargo, el derecho civil, que regulaba la actividad agraria, que es transformadora en su esencia (el propietario vende algo distinto de lo que planta, porque no vende las semillas, sino el producto agrícola), era totalmente inadecuado para la actividad industrial, que deseaba disfrutar de los privilegios del derecho comercial, como, por ejemplo, el derecho a declararse en quiebra.<sup>20</sup>

Al mismo tiempo, surgieron nuevos problemas jurídicos para abordar cuestiones específicas como el libre mercado (el derecho de la competencia) y el consumo no profesional (derecho del consumidor). Estas nuevas ramas del derecho subrayaron la evidencia: era totalmente irrelevante si la actividad en cuestión era agrícola, comercial, industrial o de servicios. Lo importante es que se tratara de una actividad con contenido económico y que pudiera afectar al mercado o al consumidor. La frontera entre la actividad comercial y las demás actividades económicas se ha vuelto cada día más artificial. ¡Había que reinventar el fundamento teórico del derecho comercial!

Esa reinención fue más profunda de lo que inicialmente podría pensarse. No solo se reinventó el fundamento, sino que se refundó el derecho comercial. El fundamento de esta rama del derecho ya no es el comercio, sino la empresa. El propio derecho fue renombrado de derecho comercial a derecho de empresa o derecho empresarial.

20. Había numerosas diferencias entre las obligaciones y los contratos del derecho civil y el derecho comercial; para un buen resumen, véase MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial. Contratos e Obrigações Comerciais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

La teoría del acto de comercio se sustituyó por la teoría de la empresa. El gran muelle propulsor de la nueva teoría fue el Código Civil italiano de 1942, con la redacción del art. 2.082: “Es empresario quien ejerce profesionalmente actividad económica organizada para el fin de la producción o intercambio de bienes o de servicios”.

En Brasil, se hizo famosa la teoría de los perfiles de empresa, lanzada por Alberto Asquini en Italia, en 1942.<sup>21</sup> Esta hipótesis basaba el derecho comercial en cuatro perfiles que permitían a la rama del derecho captar el fenómeno económico y social que pretendía regular: el perfil subjetivo (la empresa como el empresario), el perfil funcional (la empresa como actividad empresarial), el perfil patrimonial y objetivo (la empresa como patrimonio y como establecimiento) y el perfil societario (la empresa como institución).

El art. 966 del Código Civil brasileño de 2002 — que, a pesar de haber sido promulgado a principios del siglo XXI, tiene raíces teóricas e ideológicas en las discusiones jurídicas del derecho comercial de los años 1950 y 1960 (ya que la parte del proyecto del código relativa al derecho de empresa data de principios de los años 1970) — adoptó esta teoría,<sup>22</sup> reproduciéndola con ciega fidelidad canina: “Se considera empresario a quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios”.<sup>23</sup>

21. Ver COMPARATO, Fabio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, Profili dell'impresa, in *Rivista Commerciale*, 1943, v. 41, L) dei Diritto. In *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXV (nova série), vol. 104, outubro-dezembro/1996, p. 109-126.

22. En verdad, el Derecho del Trabajo ya la usaba, como se ve en el art. 2º de la CLT: “Art. 2º – Se considera empleador de la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicio”. Ver ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. In *Revista de Informação Legislativa* *Revista de informação legislativa*, v. 36, nº 143, p. 211-229, jul./set.,1999.

23. El párrafo único hizo la siguiente reserva: “No se considera empresario quien ejerce una profesión intelectual, de carácter científico, literario o artístico, incluso con la ayuda de asistentes o colaboradores, a menos que el ejercicio de la profesión constituya un elemento de una empresa”.

Pese a toda la genialidad de Asquini<sup>24</sup> y de muchos otros autores que intentaron darle un formato, la teoría de la empresa como fundamento del derecho de empresa estaba condenada al fracaso. No solo porque “empresa” es un concepto totalmente incierto<sup>25</sup> y no unívoco<sup>26</sup> (lo que es mortal para cualquier concepto que se pretende científico), sino sobre todo, porque es un concepto insuficiente para explicar lo que es la actividad empresarial, el empresario y el derecho de empresa.

Un ejemplo simple basta para demostrar el defecto conceptual de la teoría de la empresa: acorde con el concepto de empresa, usado en el art. 2.082 del Código Civil italiano y en el art. 966 del Código Civil brasileño, el empleado de una tienda de ropa es un empresario. En efecto, este empleado ejerce profesionalmente (su profesión es vender ropa) una actividad económica organizada para la circulación de bienes (la venta de ropa a clientes de la tienda).

El sentido común reconoce que tal empleado no es un empresario. Está claro, por tanto, que falta un elemento esencial, aquel que realmente diferencia la actividad empresarial y el empresario de los demás.

---

24. Y, de hecho, la teoría propuesta por Asquini se limitó simplemente a dar una nueva apariencia a conceptos clásicos del derecho comercial tradicional, como los de comerciante (transformado en un perfil subjetivo de la empresa), de acto de comercio (transformado en un perfil funcional de la empresa), de establecimiento (transformado en perfil de activo u objetivo). Lo único verdaderamente diferente fue el perfil institucional, que, aun así, no era innovador. Maurice Hauriou ya había escrito sobre la teoría de la institución, desde la perspectiva del derecho público. Ver HAURIOU Maurice. *L'institution et le droit statutaire*. In *Récueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>a</sup> ed série, T. 11, 1906, p. 134-182, e ainda HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*. *Essai de vitalisme social*. In *Cahiers de la nouvelle journée*, nº 4, 1925, p. 2-45.

25. Algunos prefieren llamarlo concepto poliédrico.

26. Más allá de tener un contenido sustancialmente incierto, se trata de un concepto con límites variables; por ejemplo, si una persona empieza a ejercer una actividad económica de forma no profesional y luego empieza gradualmente a ejercerla de forma profesional, es difícil establecer, en la práctica, la fecha en la que la actividad se convirtió en empresarial.

## 4. EL DERECHO DE EMPRESA COMO EL DERECHO DEL RIESGO

El elemento esencial, ausente en las teorías anteriores, es el riesgo. Ni siquiera el concepto de comerciante, actividad comercial o empresa explicitaba el riesgo como elemento fundamental. Lo que caracteriza a la actividad empresarial y a los empresarios es el riesgo. La actividad empresarial es el riesgo en que se incurre en el ejercicio de la actividad económica. El empresario es quien corre el riesgo de ejercer la actividad económica.<sup>27</sup>

Con el riesgo como elemento esencial de la teoría, el ejemplo expuesto en el apartado anterior cobra todo su sentido. Lo que diferencia al empleado de la tienda de ropa del empresario es que el primero no asume el riesgo de la actividad que realiza, mientras que el segundo asume el riesgo de vender la ropa. El empleado recibirá un determinado salario a final de mes; el empresario no sabe cuánto recibirá al final del mismo período, ya que puede obtener beneficios o pérdidas.

El derecho de empresa deja de ser el derecho del comerciante, el derecho de la actividad comercial o el derecho de la empresa para ser el derecho del riesgo. Ya no tiene sentido distinguir entre las actividades agrarias, comerciales, industriales o de servicios, ya que, cuando haya riesgo en todas ellas, habrá actividad sujeta al derecho de empresa.

Es extraordinario constatar que el riesgo como elemento esencial de la actividad empresarial siempre ha estado presente en la historia del derecho comercial, a pesar de que se le ha prestado poca atención.

Por ejemplo, la quiebra solo existe por el riesgo al que estaban expuestos los comerciantes. Cabe recordar que hasta hace poco — si se considera la historia de la civilización — la responsabilidad era

---

27. Para un estudio notable del riesgo y su papel en la historia, véase BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Nova York: John Wiley & Sons, Inc, 1996. E-book Kindle.



personal.<sup>28</sup> El que no pagara una deuda respondía por la deuda con su propio cuerpo.<sup>29</sup> Además, la responsabilidad se extendía a la familia del deudor. A causa del riesgo, esta situación representaba un fuerte desincentivo para alguien que decidiera ser comerciante. La quiebra se ha evolucionado para convertirse en una forma de promover el correcto incentivo al comerciante: en caso de incapacidad de pago de sus deudas, el negociante se exoneraba de toda responsabilidad mediante la entrega a los acreedores de todos sus bienes. El riesgo se volvía limitado.

Otro ejemplo es la evolución del derecho societario.<sup>30</sup> Los diferentes tipos societarios son normalmente analizados desde la perspectiva de la reunión de capitales para la realización de un emprendimiento. Sin embargo, la historia del derecho societario es, en realidad, la historia del deseo y la necesidad de limitar el riesgo.<sup>31</sup> El surgimiento de nuevos tipos societarios se debió, básicamente, a la voluntad del empresario persona natural limitar su responsabilidad personal, léase reducir su riesgo. Inicialmente, a principios de la Edad Media,

28. V. TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 45 e 95.

29. Desgraciadamente, la interpretación que los tribunales brasileños han dado al artículo 139, IV, del Código de Processo Civil, adoptando medidas de carácter personal (suspensión de licencias de conducir, pasaportes etc.) al ejecutar deudas impagadas, representa un retroceso en términos de civilización, pues la responsabilidad ya no es patrimonial, sino personal.

30. Para una historia no jurídica de las sociedades, véase MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIGE, Adrian. *A companhia. Breve história de uma ideia revolucionária*. São Paulo: Objetiva, 2003; para una divertida parodia, véase GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. *Obélix e companhia*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1984; para una buena visión del derecho societario y sus orígenes, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário. Eficácia e sustentabilidade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

31. Es digno de elogio el art. 981 del Código Civil brasileño que fue más allá de la reunión de capitales y refirió el reparto del riesgo como elemento del concepto jurídico de sociedad: “Celebran contrato de sociedad las personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con bienes o servicios, al ejercicio de actividad económica y a *compartir, entre sí, los resultados*”.

la actividad comercial era ejercida por el comerciante en nombre individual. Esta situación implicaba que el comerciante absorbiera en solitario el riesgo total de la actividad.

Rápidamente surgió la sociedad colectiva, en la que todos los socios tenían —como siguen teniendo hoy— responsabilidad ilimitada y solidaria por las deudas de la sociedad.<sup>32</sup> Aunque hoy este tipo de sociedad parezca una tontería, en su momento ha sido un avance extraordinario, ya que representaba la mutualidad del riesgo. El comerciante ejercía la actividad en común con sus socios y el riesgo se repartía entre ellos, respondiendo el grupo solidariamente de las obligaciones de la empresa.

A la sociedad colectiva siguieron la sociedad comanditaria<sup>33</sup> y la sociedad en participación, en las que una categoría de socios no tenía — como no tiene hasta hoy — más responsabilidad que la que aportaba a la sociedad.<sup>34</sup> En otras palabras, la sociedad comanditaria y la sociedad en participación fueron los primeros modelos de ejercicio de actividad empresarial en los que era posible limitar el riesgo para determinados socios.

A continuación, alrededor del siglo XVI, surgió la sociedad anónima como respuesta a la necesidad de financiar y organizar el comercio con países lejanos, que comenzó con el viaje inaugural de Vasco da Gama a Calicut, en India, adonde llegó en 1498, poco más de diez meses después de salir de Portugal. Este comercio presentaba dos grandes dificultades: requería mucho capital y era muy arriesgado debido a los naufragios,<sup>35</sup> que provocaban la pérdida de mercancías e inversiones. La

32. V. art. 1.039 de Código Civil.

33. Para una hermosa novela que tiene como telón de fondo la sociedad comandita en el siglo XIX, véase MANN, Thomas. *Os Buddenbrook. Decadência de uma família*. São Paulo: Companhia das Letras, E-book Kindle.

34. V. párrafo único del art. 991 y art. 1.045, ambos del Código Civil.

35. Para una historia de naufragios, véase PEREIRA, José António Rodrigues. *Grandes naufrágios portugueses 1194-1991, Acidentes marítimos que marcaram a história de Portugal*. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2012.

solución consistió en permitir a los interesados — y en primera línea, a los comerciantes — crear una sociedad de nuevo tipo, en la que todos, absolutamente todos los socios, tuvieran su responsabilidad limitada al importe de su aportación. Al limitar el riesgo, se creaba el incentivo adecuado para proseguir la actividad empresarial.<sup>36</sup>

Se pasaron varios siglos, luego vinieron la Revolución Industrial y la necesidad de animar a los empresarios, sobre todo a los pequeños y medianos, dándoles la posibilidad de desarrollar juntos una actividad económica sin correr el riesgo de perder todo su patrimonio en caso de fracaso. Este modelo de empresa debía permitir a los empresarios combinar dos elementos importantes: limitar su riesgo personal y que cada uno ejerza personalmente la gestión del negocio. Ningún otro tipo de sociedad al alcance de los pequeños y medianos empresarios podría cumplir estos dos requisitos.<sup>37</sup> Por consiguiente, la sociedad limitada no surgió por casualidad; nació de una necesidad del mercado. Asimismo, no por casualidad, la semilla de ese tipo societario fue lanzada, primero, en el Reino Unido, ya que éste es la cuna de la Revolución Industrial.<sup>38</sup> De hecho, el camino seguido por

---

36. Para un relato de los éxitos y dificultades de este tipo de sociedades, ver ROBINS, Nick. *The Corporation That Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*. 2. ed. E-book Kindle; e BROWN, Stephan R. *Merchant Kings: When Companies Ruled the World, 1600-1900*. 2. ed. E-book Kindle, 2010n.

37. En las sociedades en comandita y en las sociedades en cuenta de participación, el socio con responsabilidad limitada era, obligatoriamente, excluido de la administración de la sociedad; la justificación para ello era, nuevamente, evitar el incentivo equivocado: si las consecuencias de los actos del socio administrador (beneficiario de la responsabilidad limitada) recayeran sobre los otros socios (de responsabilidad ilimitada), el socio administrador sería estimulado a ser menos cuidadoso en el trato de los negocios sociales. Por otro lado, las sociedades anónimas, en que todos los socios gozaban de responsabilidad limitada, eran restringidas a los grandes negocios, con requisitos mínimos de capital y número de socios, y solo podían constituirse por autorización del soberano, lo que hacía el proceso mucho más complicado y burocrático, dejando este tipo societario fuera del alcance del pequeño y medio emprendedor.

38. John Stuart Mill fue uno de los defensores de la limitación del riesgo en las *partnerships*. Ver MILL, John Stuart. *Political Economy*, 7ª ed. Londres: Longmans, Green, Reader

Reino Unido fue un poco diferente del de la Europa continental: la nación optó, primero, por una versión simplificada de la sociedad anónima, con la facilitación de las formalidades de constitución, por medio del *Joint Stock Companies Act*, de 1844, seguido de la limitación de la responsabilidad de los socios al importe de su contribución al capital social, previsto en el *Limited Liability Act*, de 1855. Las *partnerships* (que han sido consideradas equivalentes a las sociedades limitadas) surgieron solo en el *Partnership Act*, de 1890.<sup>39</sup> Ya en Europa continental, la sociedad anónima siguió reservada a los grandes emprendimientos y se creó un tipo nuevo: la sociedad a través de la cual todos los socios limitaban su riesgo, al mismo tiempo que podían administrar el negocio. Ese tipo societario, igualmente no por suerte, surgió primero en Alemania — precisamente uno de los países más industrializados de Europa y económicamente más desarrollados<sup>40</sup> —, en 1892.

El derecho societario es tan interesante, que el riesgo es también el elemento característico de la sociedad. Solo hay sociedad si todos los socios corren, en conjunto, el riesgo del emprendimiento. Tanto así que el art. 1.008 del Código Civil brasileño decretó: “Es nula la estipulación contractual que excluya cualquier socio de participar de los beneficios y de las pérdidas”. El art. 288 del Código Comercial de 1850 era más riguroso, pues fulminaba de nulidad toda la sociedad, y no solo la estipulación contractual:

“Es nula la sociedad o compañía en la que se estipule que la totalidad de los beneficios pertenezca a uno solo de los asociados, o en la

---

and Dyer, 1871, reimpressão, em especial vol. 2, Livro V, Capítulo IX, §§ 5, 6 e 7.

39. Ver BURDICK, Francis M. Limited Partnership in America and England. In *Michigan Law Review*. May, 1908, Vol. 6, nº 7 (May, 1908), p. 525-532. Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata_info_tab_contents). Consultado el: 18 abr. 2021.

40. Ver <https://www.britannica.com/place/Germany/The-economy-1870-90>. Acceso em: 5 maio 2021.

que alguno sea excluido, y a la que exonerar de toda contribución en las pérdidas las sumas o efectos entrados por uno o más socios para el fondo social”.<sup>41</sup>

Brasil vive, en la actualidad, un momento muy interesante, en el cual la actividad económica está, nítidamente, en busca de un nuevo fundamento para el derecho de empresa. Es signo de ese agotamiento del concepto de empresa la progresiva extensión de institutos de derecho de empresa a situaciones que, en rigor, no caben en el concepto tradicional de empresa.

Un primer ejemplo es la ampliación de la posibilidad de que asociaciones y sociedades no empresarias soliciten una recuperación judicial. La recuperación judicial es un sistema de reorganización de la actividad del deudor reservado a las empresas. La redacción del art. 1º de la Ley nº 11.101/2005 es de cristalina claridad y no admite interpretaciones: “Esta Ley disciplina la recuperación judicial, la recuperación extrajudicial y la quiebra del empresario y de la sociedad empresaria, en adelante referidos simplemente como deudor”. Sin embargo, en los últimos años, el Poder Judicial brasileño — dicho sea de paso, sin gran preocupación con los fundamentos

41. Por ello, la fábula de La Fontaine *La novilla, la cabra, la oveja en sociedad con el león* no traduce una verdadera sociedad, por falta de reparto del beneficio, es decir, por el hecho de que el riesgo no haya sido distribuido entre todos los socios; traducción libre hecha por el autor de La Fontaine <https://www.lafontaine.net/lesFables/afficheFable.php?id=6>. Accedido el: 6 mayo 2021: “La novilla, la cabra y su hermana, la oveja/ Con un león orgulloso, señor de la vecindad/ Hicieron una sociedad, dicen, que antiguamente/ Y pusieron en común la ganancia y la pérdida/ En la trampa de la cabra, se atrapó un ciervo/ A sus asociados, ella avisa inmediatamente/ Apenas llegaron, el león por las garras contó/ Y dijo: ‘Somos cuatro para compartir la presa’/ Entonces, en tantas partes, el ciervo descuartizó/ Tomó para sí la primera parte, en calidad de Señor/ ‘Esta debe ser mía’, dijo él, ‘y la razón es que yo me llamo león’/ A este respecto, no hay nada que decir/ La segunda parte, por derecho, todavía me es debido/ Este derecho, ustedes saben, es el derecho del más fuerte/ Como el más valiente, reivindico la tercera. / Si alguno de ustedes toca la cuarta, lo estrangularé primero”.

teóricos — aceptó extender la recuperación judicial a hospital,<sup>42</sup> universidad<sup>43</sup> y club de fútbol,<sup>44</sup> todos constituidos bajo la forma de asociaciones sin fines lucrativos. Hasta sociedades cooperativas, cuya ley expresamente determina que no son empresarias,<sup>45</sup> han intentado y obtenido decisiones, aunque sean transitorias, admitiéndolas en la recuperación judicial.<sup>46</sup> Eso significa reconocer, *ipso facto*, que estas entidades son también empresarias y ejercen una actividad empresarial.

Del mismo modo, ya se ha debatido en el Poder Judicial brasileño si una sociedad de abogados no tendría las características de sociedad empresaria, para fines de averiguación de haberes de sus antiguos socios.<sup>47</sup> Ahora bien, el Estatuto de la Abogacía establece expresamente que tales sociedades no son empresarias.<sup>48</sup>

42. BRASIL. 4ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0060517-56.2006.8.19.0001. Casa de Portugal (en tramitación).

43. BRASIL. 5ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 00093754-90.2020.8.19.0001, Associação Sociedade Brasileira de Instrução (– ASBI) – e Instituto Cândido Mendes (ICAM) (en tramitación).

44. BRASIL. Vara Regional de Recuperações Judiciais, Falências e Concordatas da Comarca de Florianópolis – SC. Processo nº 5024222-97.2021.8.24.0023. Figueirense Futebol Clube Ltda. e Figueirense Futebol Clube (en tramitación).

45. Ver Ley nº 5.764/1971, en particular art. 3º: “Celebran contrato de sociedad cooperativa las personas que recíprocamente se obligan a contribuir con bienes o servicios para el ejercicio de una actividad económica, de provecho común, sin objetivo de lucro”; y art. 4º: “Las cooperativas son sociedades de personas, con forma y naturaleza jurídica propias, de naturaleza civil, no sometidas a quiebra, constituidas para prestar servicios a los asociados, distinguiéndose de las demás sociedades por las siguientes características”.

46. BRASIL. 4ª Vara Cível da comarca de Petrópolis – RJ, Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042, Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico.

47. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1050857-97.2018.8.26.0100, Luis Antonio Semeghini de Souza x Cescon, Barriou, Fleisch e Barreto Sociedade de Advogados e outros. Relator Des. Fortes Barbosa, julg. 24 de fevereiro de 2021.

48. Ver el art. 16 de la Ley nº 8.906/1994: “No se admiten a registro ni pueden funcionar todas las especies de sociedades de abogados que presenten forma o características de sociedad empresarial [...]”.

En ese sentido, ya se aceptó la transformación de asociaciones sin ánimo de lucro en sociedades empresarias<sup>49</sup> sin haber alteración sustancial de su actividad, lo que significa reconocer que la actividad ejercida por la asociación era, de hecho, una actividad empresarial.

¿Cómo resolver esta cacofonía conceptual? La solución está en reconocer que el elemento en común a todas estas actividades y a las personas naturales y jurídicas que las ejercen es el riesgo y pasar a adoptar el riesgo como el eje de la teoría del derecho de empresa.

Así, se puede conceptualizar a la actividad empresarial como la actividad económica ejercida bajo el riesgo del éxito o fracaso y el empresario (ya sea individual o colectivo; es decir, la sociedad, la asociación u otra forma jurídica) es el que corre el riesgo del ejercicio de la actividad económica. Basta que haya una actividad económica y que esa actividad se ejerza mediante la asunción de un riesgo de éxito o fracaso.

La naturaleza de esta actividad (ya sea agrícola, comercial, industrial, de servicios, tecnológica, representativa de un profesional liberal, intelectual o cultural, o cualquier otra) ya no es relevante, como tampoco lo es la forma en que se ejerce esta actividad (directamente por la persona física o a través de una empresa individual de responsabilidad limitada, una sociedad — empresarial, simple, cooperativa —, una asociación o incluso una empresa pública).

La característica común a la gran multinacional, a la pequeña panadería, al gigante plantador de soja, al autónomo que vende maní

---

49. Fue el caso de la llamada desmutualización de Bovespa (hoy B3), en 2007, consubstanciada mediante la escisión parcial de Bovespa, una asociación civil sin fines lucrativos, con la versión de las parcelas de su patrimonio en dos sociedades, Bovespa Holding S.A. y Bovespa Serviços S.A., seguida de la incorporación de las acciones de la segunda al capital de la primera; para una descripción de la operación, que generó varios conflictos tributarios, véase, por ejemplo, BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Agravo 5040141-94.2018.4.04.0000, relator Des. Roger Raupp Rios, Kirton Bank S.A. – Banco Múltiplo x União Federal, julg. 12 jun 2019.

en la señal de tránsito y a Petrobras es el riesgo del ejercicio de la actividad económica. Después de todo, la vida empresarial es el riesgo, el éxito y el fracaso, la victoria y la derrota.

## CONSIDERACIONES FINALES

Las líneas anteriores trataron de demostrar que el riesgo es un elemento esencial para una nueva teoría del derecho de empresa. No obstante, el riesgo no es elemento suficiente.

En efecto, el riesgo, por sí solo, no puede fundamentar la teoría del derecho de empresa, ya que existen otras situaciones jurídicas en las que está presente. Por ejemplo, el riesgo es un elemento esencial en el contrato de seguro,<sup>50</sup> así como en los contratos aleatorios.<sup>51</sup>

La nueva teoría del derecho de empresa se basa en un segundo elemento, el mercado. El estudio del segundo elemento deberá ser objeto de otro estudio.

---

50. V. art 757 del Código Civil “Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga, mediante el pago del premio, a garantizar interés legítimo del asegurado, relativo a la persona o a la cosa, contra *riesgos* predeterminados”. (énfasis añadido)

51. V. art. 458 del Código Civil “Si el contrato es aleatorio, por referirse a cosas o hechos futuros, cuyo *riesgo* de que no vayan a existir uno de los contratantes asuma, tendrá el otro derecho a recibir íntegramente lo que se le fue prometió, siempre que de su parte no haya habido dolo o culpa, aunque no exista nada del acordado”. (énfasis añadido)





Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,  
composto com a família tipográfica Sabon LT Std  
e impresso em papel pólen, no ano de 2023.



Ao pensar em América Latina, estamos, automaticamente, pensando em riquezas e diversidade. Nos vem à mente uma explosão de ritmos musicais, culturas, e especificidades que tornam essa região única nos mais variados aspectos. Nesse sentido, *Direito Empresarial na América Latina* surge como uma oportunidade de mostrar também a pluralidade e a qualidade da produção acadêmica e intelectual que vem sendo construída no âmbito do Direito latino-americano.

Apresentados nas *III Jornadas Latino-americanas de Direito Comercial*, evento que ocorreu em outubro de 2015, os trabalhos que compõem a obra são fundamentais, uma vez que abrem portas para a integração científica e cultural, estreitando laços entre pesquisadores dessa região. Assim, a importância da obra em questão se torna evidente, tendo em vista a necessidade da produção própria e original de intelectuais latino-americanos acerca de temas contemporâneos no campo do Direito Empresarial, que foram analisados levando em consideração características e questões particulares da América Latina.

