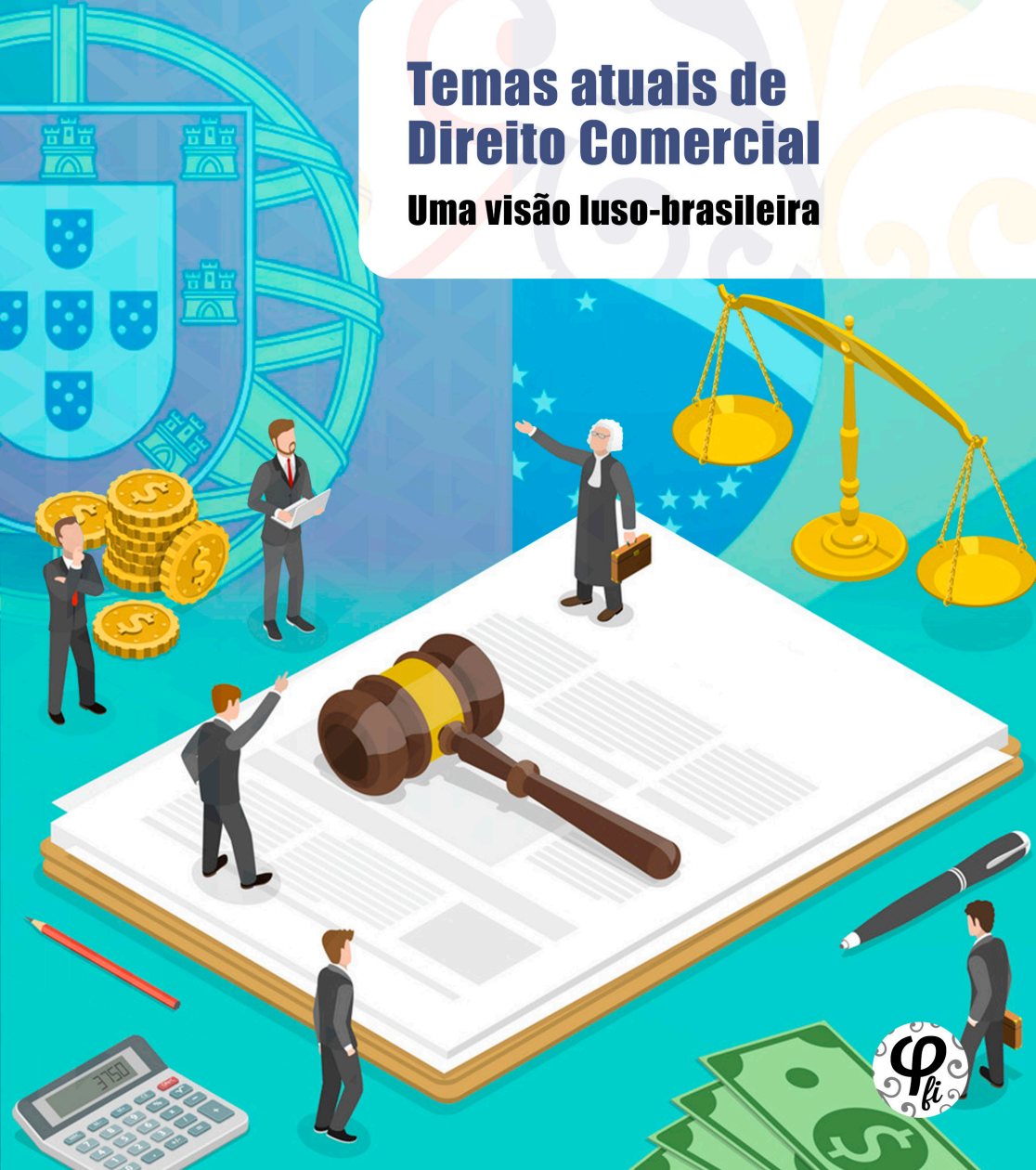


Ricardo Lupion
Oksandro Gonçalves
(Orgs.)

Temas atuais de Direito Comercial

Uma visão luso-brasileira



A presente obra é fruto das reflexões e debates realizados durante o evento I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMERCIAL, realizado na semana de 09 a 13 de novembro de 2020 (na modalidade online - webinar), pela Escola de Direito da PUCPR, Escola de Direito da PUCRS, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Centro Acadêmico Sobral Pinto, da Escola de Direito da PUCPR. O evento contou com cinco painéis e presença de 19 pesquisadores nacionais e internacionais de diversas IES, que possuem livros, publicações em periódicos e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento. Esta coletânea está organizada em duas Seções. A **Seção I – autores brasileiros**, conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento e alunos dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, PUCRS, PUCSP, UnB, UFPR, USP e FGV-SP. A **Seção II – autores estrangeiros**, conta com textos elaborados por professores conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, de renomadas Instituições de Ensino Superior Estrangeiras, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal, Université Paris I Panthéon Sorbonne e Faculdade de Direito da Universidade Católica do Peru.



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LUPION, Ricardo; GONÇALVES, Oksandro (Org.)

Temas atuais de direito comercial: uma visão luso-brasileira [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion; Oksandro Gonçalves (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

332 p.

ISBN - 978-65-5917-214-6

DOI - 10.22350/9786559172146

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Comercial; 2. Coletânea; 3. Estado; 4. Brasil; 5. Portugal; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio **11**

Oksandro Gonçalves

Ricardo Lupion

Sumário: Seção I – Autores brasileiros (em ordem alfabética). Seção II – Autores estrangeiros (em ordem alfabética)

Seção I **Autores brasileiros**

1 **21**

Economia movida a dados e estratégias predatórias

Ana Frazão

2 **35**

A importância da liberdade econômica: uma breve contextualização à luz da Lei de Liberdade Econômica

Fernanda Linden Ruaro Peringer

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria liberal x democracia. 3. Liberdade econômica como mecanismo para o desenvolvimento e crescimento econômico. 4. Conclusão. 5. Referências.

3 **54**

Problemas na interpretação da atividade econômica não-empresaria

Gustavo Saad Diniz

4 **64**

Interfaces entre o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência

José Marcelo Martins Proença

5 **79**

Empresas em dificuldade e seu tratamento precoce

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios

Mariana Pargendler

Sumário: Introdução. II. A separação patrimonial e separação regulatória e os efeitos da sua desconsideração. III. A origem da desconsideração regulatória. IV. Desconsideração regulatória da personalidade jurídica: critérios jurídicos. V. A desconsideração regulatória no Brasil. VI. Conclusão.

A Proteção Autoral do Video Game

Martina Gaudie Ley Recena

Sumário: Introdução. 1. Elaboração de Jogos Eletrônicos. 2. Requisitos do Direito Autoral. 2.1. Originalidade. 2.2. Ideia/Expressão. 3. *Software* ou Audiovisual? A possibilidade de cumulação de proteções sob a mesma obra. Conclusão. Referências.

A regra da decisão negocial em tempos de pandemia

Ricardo Lupion

Sumário: Introdução. 1. A visão doutrinária a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*. 2. Notas sobre o entendimento da CVM a respeito do dever de diligência e da *business judgment rule*. 3. O caso Smiles: red flags e entire fairness. 3.1. As partes envolvidas e os detalhes da Operação. 3.2. Os *red flags* e o teste da *entire fairness* da Operação. 4. Covid-19, gerenciamento de crises e o papel dos administradores: pesquisa do IBGC. Conclusão.

A Alocação de Riscos nos Contratos Empresariais e a Lei de Liberdade Econômica

Tiago Faganello

Sumário: 1. introdução. 2. O Contrato e as Suas Acepções. 2.1 Contrato na economia. 2.2 Contrato na dogmática jurídica. 2.3 Contrato e o Direito Contratual. 3. Os Contratos Empresariais. 4. O Contrato Como Mecanismo de Alocação de Riscos e a Lei de Liberdade Econômica. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia.

Consequências da Confidencialidade nas Arbitragem em Companhias Abertas

Viviane Muller Prado

Seção II

Autores estrangeiros

11

209

Os desafios do direito da insolvência em Portugal

Alexandre de Soveral Martins

Sumário: 1. Introdução. 2. A reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores. 3. O art. 19.º da Diretiva 2019/1023. 4. A suspensão do prazo de apresentação à insolvência. 5. Notas finais.

12

222

De la valorisation des donnés publiques à l'automatisation des procédures collectives Signaux Faibles

Caroline de Bonville

Sumário: Introduction. §1. Présentation historique de « Signaux Faibles », un exemple de valorisation des données publiques au service des politiques publiques. §2. Fonctionnement de l'outil « Signaux Faibles » : de la détection des difficultés à l'accompagnement des entreprises. § 3. Généraliser un dispositif de politique publique: le déploiement de l'outil « Signaux Faibles » au niveau national. § 4. De « Signaux faibles » à « Signaux Forts » ? Et évolutions possibles de l'outil « Signaux Faibles ». §5. « Signaux Faible » et la Covid-19. §6. « Signaux Faibles » et la reprise des entreprises.

13

231

As fronteiras da empresa na tradição coaseana

Fernando Araújo

Sumário: 1. Custos de transacção. 2. As fronteiras do contrato e do mercado. 3. Problemas de agência. 4. Incentivos e a ameaça de desintegração vertical.

14

243

Os contratos de distribuição nos direitos português e brasileiro

Fernando A. Ferreira Pinto

Oksandro Gonçalves

I – As dificuldades do direito dos contratos de distribuição. II – Concepção prevalecente no direito português sobre a delimitação do conceito de contratos de distribuição. III. Principais modalidades de contratos de distribuição. IV – A disciplina dos contratos de distribuição no direito português e noutros direitos lusófonos. V – Panorama geral do direito brasileiro. V.I – O tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema: a confusão conceitual. V.II. Elementos do contrato de distribuição à luz do direito brasileiro. VI – Algumas semelhanças e diferenças na regulamentação do contrato de agência nos dois lados do Atlântico.

15

293

O modelo português de regulação das sociedades desportivas

Maria de Fátima Ribeiro

16

304

Os desafios da Insolvência em Portugal – Parte 1

Maria do Rosário Epifânio

17

312

Os negócios fiduciários em Direito Comercial

Miguel Pestana de Vasconcelos

18

320

Reflexiones generales del derecho civil peruano ante la crisis sanitaria y económica generado por la Covid-19

Roger Vidal Ramos

Os desafios da Insolvência em Portugal – Parte 1

Maria do Rosário Epifânio ¹

I. Muito obrigada. Muito boa tarde. É um gosto participar neste primeiro Congresso Internacional de Direito Comercial, a partir de Portugal, mais concretamente da minha cidade, a cidade do Porto. E começo agradecendo à PUC os honrosos convites que me foram dirigidos para organizar e participar no Primeiro Congresso Internacional. Agradeço na pessoa do Senhor Professor Carlos Alberto Farracho de Castro e também na do Senhor Professor Oksandro Gonçalves. Cumprimento o Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins e agradeço a prontidão com que aceitou participar neste Congresso. Saúdo igualmente a Professora Ana Frazão, que integra o painel do dia de hoje.

A situação pandémica que vivemos, desde o início de 2020, veio criar novos desafios ao Direito da Insolvência português, sobretudo no âmbito da recuperação empresarial. As iniciativas legislativas em curso deverão ter presente a experiência dos diferentes modelos recuperatórios que já foram adotados pelo legislador português. Importa, por isso, antes de nos determos sobre as soluções que estão a ser adotadas em Portugal, fazer um breve excuro pela evolução do Direito da Insolvência na última quinzena de anos.

II. Assim, num primeiro momento, que podemos datar no ano de 2004, com a aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de

¹ Doutoranda na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Docente na mesma instituição.

Empresas (diploma que ainda está em vigor neste momento, embora já tenha sofrido profundas alterações), consagrou-se o primado da satisfação dos interesses dos credores. Este diploma legal estava, na altura (em 2004), fortemente eivado de um cariz “creditor friendly”, assim se infletindo a tendência que o antecedeu durante mais de uma década.

Aliás, como se afirma no preâmbulo do respetivo diploma de aprovação, a partir desta data, “o objetivo precípua de qualquer processo de insolvência [passou a ser] a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”. E assim entendeu o legislador, à data, que ao direito de insolvência competiria a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa apenas sob uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores, que ficaram convertidos, por força da insolvência, em verdadeiros proprietários da empresa.

****interrupção da apresentação para colocação dos slides****

III. Depois, e agora num segundo momento, que podemos datar a partir de 2012 (na sequência da crise financeira “subprime” de 2008), foi aprovado um programa governamental que se designou de “Programa Revitalizar”. Tratou-se de uma iniciativa “que teve por missão otimizar o ambiente legal, tributário e financeiro do tecido empresarial português, tendo em vista a revitalização de empresas economicamente viáveis, que se encontram numa situação financeira desfavorável ou desajustada de seu modelo de negócio”.

E, neste contexto, foi acrescentado ao nosso ordenamento jurídico um novo processo insolvencial, designado de “Processo Especial de Revitalização” (abreviadamente, PER), e que ainda vigora entre nós. É um processo judicial, embora fortemente desjudicializado por forma a permitir uma diminuição do tempo de decisão, vital no contexto destes processos

recuperatórios. Além disso, visou-se facilitar, através deste PER, o ambiente negocial de um plano de reestruturação do passivo que vincule todos os credores – e, portanto, que tenha uma natureza concursal. Pretendeu-se ainda, em simultâneo, garantir a capacidade produtiva da empresa e dos postos de trabalho, bem como a suspensão das ações judiciais (incluindo as ações de insolvência).

Ora, na altura, a doutrina receou que a disciplina jurídica deste PER potenciase uma utilização abusiva do mesmo. E a realidade veio a confirmar este receio, pois o PER transformou-se num pesadelo para os credores e numa autêntica via verde para utilizações fraudulentas. E, assim, um mecanismo que foi pensado para a recuperação empresarial, acabou por proteger em demasia o devedor, pela facilidade de recurso ao mesmo (designadamente, porque era suficiente o acordo de apenas um credor e uma mera autocertificação feita pelo próprio devedor quanto à observância dos respectivos pressupostos). Efetivamente, o PER foi utilizado por empresas inviáveis com o mero propósito de retardarem a declaração de insolvência, assim se prejudicando o regular funcionamento da economia, o Estado, os trabalhadores e, naturalmente, os credores.

IV. E por isso, em 2017, foram introduzidas diversas alterações neste processo especial de revitalização – designadamente, com o intuito de o credibilizar, tornou-se mais exigente o acesso ao mesmo.

Para contrabalançar este acréscimo de dificuldade no acesso ao PER, e porque não se quis em simultâneo perder de vista a tônica na recuperação, em simultâneo (em rigor com algum atraso no processo legislativo, pois foi um ano mais tarde, em 2018) introduziu-se um novo mecanismo recuperatório – o “Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas” (RERE). E, assim, no Direito Insolvencial português passaram a co-existir três instrumentos recuperatórios – ao plano de insolvência e ao PER juntou-se o RERE .

Este novo mecanismo tem sido muito pouco utilizado pelas empresas, porque, muito embora tenha um cariz voluntário e extrajudicial, é excessivamente burocrático e, em consequência, pouco atrativo para as partes, para além de só vincular aqueles credores que voluntariamente participam no mesmo. Ademais, de uma leitura atenta do diploma (confesso aqui que sou muito cética em relação à figura do RERE, e tenho manifestado esse meu ceticismo nos textos que tenho escrito) resulta que esta figura envolve riscos camuflados muito elevados para os credores, devendo assim ser utilizada com cautela pelos mesmos, para que não caiam nas respetivas armadilhas.

V. Por último, e agora chegando ao momento atual. O ano de 2020 está a ser marcado por uma crise pandémica, que obrigou os Estados a adotarem um conjunto de medidas excepcionais e transitórias. E, em concreto em Portugal, e creio na esmagadora maioria dos países (aqui se incluindo também o Brasil), a pandemia causada pelo vírus SARS-cov2 provocou uma grave emergência de saúde pública, que impôs não só uma resposta sanitária, mas igualmente a adoção de um conjunto de medidas excepcionais e transitórias de natureza económica e social.

Em Portugal, em 18 de março foi declarado o estado de emergência, já entretanto renovado por duas vezes. E muito recentemente, dia 6 de novembro último, já no contexto da segunda vaga da pandemia, foi declarado um segundo estado de emergência (preventivo e parcial). Estes estados de emergência obrigaram, por força de uma decisão política, a uma paralisação dos agentes económicos, daí advindo constrangimentos financeiros inelutáveis. Foi neste contexto que foi aprovado o “Programa de Estabilização Económica e Financeira” o qual, entre outras medidas, virá acrescentar ao cardápio de mecanismos recuperatórios já existentes

um novo processo – o “Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas” (abreviadamente, PEVE) – que se juntará, provisoriamente, aos mecanismos já existentes.

Portanto, à trilogia que foi referida acima vai juntar-se (porque, na verdade, ainda está em curso o processo legislativo que terminará muito em breve), um quarto mecanismo recuperatório, que se situa a meio caminho entre o RERE (que é um mecanismo puramente extrajudicial) e o PER (que é um processo judicial híbrido).

Vamomo-no focar, então, no PEVE. Trata-se de um instrumento recuperatório de carácter excecional e temporário – foi desenhado, apenas, para fazer face a esta situação pandémica que, espera-se, termine em breve. Está, por isso, datado e vigorará até 31 de dezembro de 2021.

É um instrumento recuperatório que se aplica tendencialmente a empresas – o legislador acaba por alargar a entidades não empresariais – que estão numa situação difícil ou numa situação de insolvência atual ou iminente, em resultado da pandemia da doença COVID19. Como se demonstra esse nexo de causalidade entre a pandemia da doença COVID19 e a situação em que a empresa se encontra? Para facilitar a prova e porque este é um processo urgente, o legislador contenta-se com a demonstração, através das normas contabilísticas aplicáveis, de que, em 31 de dezembro de 2019, a empresa tinha um ativo superior ao seu passivo. Esta prova é suficiente para demonstrar o nexo de causalidade.

Quanto às características deste PEVE. Desde logo, trata-se de um processo que se pretende que seja célere, super célere. Por isso, é um processo urgente que, por força de estatuição legal expressa, goza de prioridade sobre a tramitação e julgamento dos outros processos insolvenciais – seja o processo de insolvência, seja o processo especial de revitalização.

Ademais, pretende-se a homologação de um acordo entre a empresa e aqueles credores que a empresa venha a designar para participarem

neste processo – é, por isso, nesta medida, próximo do RERE (que não é totalmente concursal, porque só vai vincular aqueles credores que a empresa chamou a participar neste procedimento).

Depois, é um mecanismo recuperatório. E o que se pretende, aqui, é efetivamente recuperar e não, contrariamente ao que aconteceu com o PER, adiar uma insolvência que é inevitável. E, para garantir que recorrem ao processo, apenas, as empresas que efetivamente são viáveis, a lei impõe alguns requisitos. A lei exige que o administrador judicial provisório emita um parecer sobre se o acordo oferece perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa. E impõe ao juiz, no momento da homologação do plano, o controlo da viabilidade da empresa. Este controlo jurisdicional é, aliás, inédito entre nós.

Quanto às vantagens do PEVE, desde logo, uma das vantagens (que, aliás, é típica nestes processos) é a de permitir criar um ambiente negocial mais favorável à obtenção de um acordo. E um dos efeitos clássicos potenciadores desse ambiente é a suspensão das ações para cobrança de dívidas, concretamente das ações executivas. Para além das ações para cobrança de dívidas, também ficam suspensas as ações de insolvência que estejam em curso à data, naturalmente desde que ainda não tenha sido declarada a insolvência.

Outra vantagem é a possibilidade de o acordo obtido vincular os credores que votem contra (em rigor os credores dissidentes) e também aqueles que não venham a participar, nestes processos (porque não querem ou o desconhecem). Se eles forem chamados pela empresa a participar, ficam vinculados pelo acordo – trata-se, assim, de um desvio ao princípio fundamental da eficácia relativa dos contratos. E é permitida porque este acordo vai passar por um filtro, por um controlo de legalidade, realizado pelo tribunal e que legitima essa eficácia externa.

Adicionalmente, este processo garante a manutenção dos serviços públicos essenciais. Durante as negociações, os fornecedores de serviços públicos essenciais, cujo elenco está tipificado na lei, ficam impedidos de suspender ou de resolver os contratos por incumprimentos do devedor na pendência do processo. Esses serviços estão elencados na lei: fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviços de comunicações eletrônicas, postais, de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos.

Para além disso, tem a vantagem (face ao processo de insolvência e à semelhança do PER) de não importar a liquidação ou apreensão de bens do devedor (pois não há lugar a pagamento aos credores). Garante-se, deste modo, que o devedor continuará a dirigir a empresa. É, sem dúvida, um procedimento pouco invasivo.

Depois, tem uma vantagem que também é comum aos outros mecanismos recuperatórios – os benefícios fiscais para a empresa e os credores.

Por último, e constituindo uma novidade no nosso ordenamento jurídico, o PEVE protege o financiamento interno: ou seja, se os credores, os sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas que estejam especialmente relacionadas com o devedor no âmbito deste processo, financiarem a atividade da empresa, vão gozar de um privilégio creditório mobiliário geral graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores; para além de que este financiamento fica também imune à resolução em benefício da massa insolvente.

Quanto às suas desvantagens. Podemos apontar, em primeiro lugar, a publicidade incontornável deste tipo de processos. Efetivamente, o efeito estigmatizante associado ao envolvimento da empresa num processo recuperatório poderá acabar por prejudicar e agravar a sua situação pela desconfiança que gera junto dos seus credores, fornecedores, financiadores.

Uma segunda desvantagem que podemos destacar relativamente ao PEVE é a não suspensão do dever de apresentação à insolvência.

Uma outra desvantagem que tem sido apontada e que foi identificada nos pareceres que foram elaborados no âmbito do processo legislativo é a excessiva celeridade que poderá prejudicar o juízo de viabilidade da empresa.

Em jeito de balanço do PEVE no panorama dos mecanismos recuperatórios que existem no ordenamento jurídico português, podemos concluir que tem a potencialidade de permitir a uma empresa em situação de insolvência atual obter um acordo concursal (isto é, um acordo que vai vincular todos os credores que sejam designados pela empresa). Em simultâneo, permite blindar o seu património através da suspensão das cobranças de dívidas e das ações de insolvência. Por outro lado, também, como vimos, é potenciador do investimento interno.

Estas vantagens não podem, no entanto, abrandar as cautelas que se impõem na utilização destes mecanismos (é preciso lembrar a experiência negativa que tivemos com o PER). E a este propósito, mesmo para fechar, é mais do que oportuna a transcrição do preâmbulo do Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência (e sobre a qual devemos refletir):

“Se a expectativa de recuperação financeira da devedora claudica, cessa toda a legitimidade dos sacrifícios impostos, em nome da solidariedade nacional, às múltiplas entidades suas credoras. Os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio”.

É tudo, meus Senhores. Foi um gosto. Estou disponível para as questões que me pretendam colocar. Muito obrigada.