XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-077-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

ESTRATÉGIAS JURÍDICAS COMO FORMA DE REPENSAR O DIREITO: ENFOQUE NO ÂMBITO DO DIREITO EMPRESARIAL

LEGAL STRATEGIES ON HOW TO RETHINK THE LAW: FOCUS ON THE SCOPE OF BUSINESS LAW

Antônio Carlos Diniz Murta
Luiza Machado Farhat Benedito

Resumo

O artigo científico atenta-se em demonstrar a necessidade de transformação do Direito, para que este acompanhe as crescentes, dinâmicas e constantes evoluções da civilização humana e suas novas exigências. Aponta-se a busca de um pensar jurídico estratégico, com observações das práticas da Análise Estratégica do Direito, cada vez mais imprescindível no mundo atual. Terá como objetivo demonstrar formas concretas para se alcançar e utilizar as estratégia jurídicas, bem como, destacar mecanismos do Direito Empresarial que comprovam o êxito, a capacidade de inovação e de adaptação que as estratégias jurídicas proporcionam. O trabalho tem como marco teórico o estudo de análises estratégicas do Direito e é realizado por meio da metodologia teórica e da revisão bibliográfica, com análise das legislações pertinentes ao tema, bem como de doutrinas e artigos jurídicos publicados.

Palavras-chave: Pesquisa acadêmica, Análise estratégica do direito, Direto empresarial, Scp, Governança corporativa

Abstract/Resumen/Résumé

The scientific article attempts to demonstrate the need of law to metamorphose, so that it is able to accompany the growth, dynamics and constant evolution of human civilization and their new requirements. It points out the search for a strategic legal thinking, with practical observations of the Strategic Analysis of Law , increasingly essential in today's world. Will aim to demonstrate the concrete forms highlighted to achieve and use the legal strategy, in order to stand out mechanisms of business law that prove successful, the capacity for innovation and adaptation that provides legal strategies. The work has the theoretical framework the study of strategic analysis of law, and is done through theoretical methodology and literature review, with consideration of the relevant legislation to the theme, as well as doctrines, published legal articles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Academic research, Strategic analysis of law, Business law, Scp, Corporate governance

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório que o século XXI é marcado por inúmeras transformações da civilização humana, não apenas no ramo tecnológico e científico, mas principalmente da própria população e dos seus meios de organização.

É flagrante, por exemplo, as novas formas de constituição de famílias, de profissões, relações de emprego, das estruturas empresariais, do ensino/educação e dos anseios sociais por um Direito que acompanhe todas essas evoluções.

A sociedade é cada vez mais dinâmica, veloz, e se preocupa[1] com a experiência, o sentir, e, principalmente, em conquistar a felicidade e a paz social. Vive-se uma era que busca a minimização dos conflitos e o menor custo (compreende-se, aqui, o menor tempo, a menor despesa financeira e o menor transtorno emocional), com o melhor resultado possível.

Imprescindível, pois, que o Direito evolua e acompanhe as transformações e desejos sociais, é preciso encará-lo como a Ciência do "sim" e não mais como sinônimo de conflito. Imperioso enxergá-lo como a Sabedoria que busca estabelecer alternativas aos problemas da comunidade, ofertando mecanismo de soluções mais céleres e efetivos, que resultem numa maior paz, felicidade e satisfação social, como os mecanismos da mediação, da conciliação e da arbitragem. Evidente, pois, a necessidade de alteração não apenas dos dogmas tradicionais de ensino do Direito, mas também das normas, da gestão estatal, do Poder Judiciário e do próprio modelo mental dominante na esfera jurídica.

O Brasil não pode quedar-se inerte, muito menos enrijecido pelos modelos padrões[2] das práticas de aplicação do direito e da gestão de governo. Não cabe mais hodiernamente um sistema jurídico engessado, rígido, pois, dessa forma, ele será incapaz de evoluir e alcançar a celeridade e a eficiência que a população exige e que são asseguradas pela Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), conforme artigos 5º, LXXVIII e artigo 37, *caput*.[3]

---

[1] Por muitas décadas a preocupação com o "ter" era o que movia parcela significativa da civilização.

[2] Entende-se como "modelos padrões" as práticas jurídicas e governamentais pautadas na repetição de técnicas ultrapassadas, que consistem na tentativa de soluções de conflitos atreladas ao texto normativo, com viés legalista e sem a correta interpretação e reflexão da norma. Modelos densos, massificados, repetitivos e mecanizados que encaram o Direito com um sistema ditado pelo Estado, em que tudo se reduz a um processo, e não como um veículo de diálogo e aproximação dos cidadãos entre si, e entre as empresas e o próprio Governo/Estado (na qual o processo judicial deveria ser a última alternativa possível).

[3] "Artigo 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; [...] Artigo 37: A administração pública direta e indireta de

Insofismável a necessidade de se repensar o Direito e, consequentemente, todo o sistema que ele engloba, como a própria intervenção estatal, o Poder Judiciário, as normas e, evidentemente, o sistema de ensino jurídico.

Sim, o sistema de ensino jurídico, que também é engessado e repete os métodos ultrapassados de transmissão de conhecimento. É com o desenvolvimento de uma nova linha de raciocínio (com uso de análises estratégicas do direito) e com metodologias de ensino revolucionárias (na verdade, metodologias que se enquadrem na própria evolução e transformação da civilização humana), capazes de resultarem na formação de juristas que busquem a aplicação das estratégias jurídicas voltadas principalmente para a estruturação dos objetivos das pessoas, bem como para a solução e para a prevenção de conflitos, preferencialmente sem o uso do processo judicial.

Nesse sentido, o ensino acadêmico e a formação profissional dos juristas devem buscar metodologias inovadoras, que permitam a transformação social em larga escala e com longo alcance. Com pensadores e aplicadores do Direito que valorizem um olhar de prevenção dos conflitos, e não mais como propulsores das incontáveis e intermináveis demandas do Judiciário brasileiro.

A forma mais eficiente para que o Direito se torne a ciência do "sim", da busca pela felicidade e do bem estar social é com uma (r)evolução e com um repensar do Direito e do Ensino Jurídico.

É cediço, público e notório, logo independe de prova insofismável, que a maioria dos graduados em Direito tornam-se bacharéis sem o conhecimento prático deste Saber e das infinidades de suas aplicações (muitas vezes se apegam apenas ao contencioso jurídico, além de que, infelizmente, muitos não estão aptos ao mercado de trabalho de forma geral), e o que é mais preocupante, raríssimos detém uma visão da prevenção de conflitos e do uso de mecanismos para a solução extrajudicial destes (como a mediação, a conciliação e a arbitragem). E pior, são ainda mais escasso, aqueles que, recém-formados, fazem uso de análises de estratégias jurídicas, que são essenciais para a sociedade atual.

As relações sociais modernas exigem planejamento, gestão de projetos e análises estratégicas do direito para a sobrevivência e êxito de empresas no mercado atual, que é global e extremamente competitivo e inovador.

---

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]."

Exige-se do aplicador do Direito um pensar jurídico estratégico, a atuação do jurista não pode ser estática, é preciso criatividade e dinamismo, que são possíveis em um ambiente de interdisciplinaridade e de visão estratégica, preventiva e anticonflituosa do Direito.

Esse é o caminho para se obter êxito na função social inerente de um Direito legítimo e concreto (palpável, acessível, preventivo e eficaz), capaz de gerar sustentabilidade e satisfação social.

Ato contínuo, ante a necessidade de transformação do Direito para que este acompanhe as constantes evoluções da civilização humana e suas novas exigências, será demonstrado formas concretas para se alcançar e utilizar as estratégia jurídicas, bem como, o uso estratégico de mecanismos do Direito Empresarial que comprovam o êxito, a capacidade de inovação e de adaptação que as estratégias jurídicas proporcionam.

Destaca-se que o referencial teórico utilizado foi a pesquisa e o estudo de análises estratégicas do Direito, bem com, salienta-se que foi adotada a metodologia teórica e da revisão bibliográfica, com análise das legislações, doutrinas e artigos jurídicos publicados pertinentes ao tema.

2. ESTRATÉGIAS JURÍDICAS DO DIREITO: ENFOQUE NAS PRÁTICAS EMPRESARIAIS

Segundo o dicionário da língua portuguesa estratégia é a arte (militar) de planejar e executar movimentos/operações que visam o alcance ou manutenção de posições favoráveis. “É a arte de aplicar os meios disponíveis ou explorar condições favoráveis com vista a objetivos específicos.” (FERREIRA, 2008, p. 380)

Estratégia está diretamente relacionada ao planejamento, gestão, auditoria, objetivos delimitados e assessoria.

Conforme ensinado por Frederico Andrade Gabrich:

> Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Neste sentido, o planejamento implica a determinação de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados.(GABRICH, 2008, p.14)

Entretanto, e infelizmente, a cultura maciça do Brasil é refratária e esquiva-se ao planejamento, independentemente do grau de importância ou de complexidade da atividade a ser desenvolvida (não há definição de projetos no cotidiano, como das simples atividades a se realizar em um final de semana ou numa pequena viagem, ou em uma apresentação de trabalho escolar, tampouco, de atividades bem mais complexas, como criação e abertura de uma empresa, sendo evidente, contudo, que toda regra é passível de exceção).

A falta de projetos é uma constante do País, o que reflete nos inúmeros exemplos de insucessos empresariais, justamente pela ausência de planejamento e gestão, tanto prévios quanto no decorrer da atividade empresarial desenvolvida.

Não obstante, as estratégias jurídicas permitem uma análise e estudo de inúmeros fatores correlatos ao bom desempenho de atividades de um determinado empreendimento, e por isso são cada vez mais buscadas e utilizadas por empresários de sucesso.

O uso estratégico consiste na estruturação das atividades, visando a maximização dos resultados (como supracitado, vive-se a era da busca pela minimização dos conflitos e do menor custo, com o melhor resultado possível). Essa estruturação pode ser financeira, negocial, administrativa e jurídica. Esta última, pode envolver operações de cunho trabalhista, previdenciário, tributário, societário, ambiental, além do desenvolvimento de práticas voltadas para a sustentabilidade e para a função social que uma determinada empresa exerça.

O Direito Empresarial precisa acompanhar essa evolução e necessidade do uso de estratégias jurídicas como forma de organização atual das empresas, bem como, necessita proporcionar alternativas e soluções cada vez mais viáveis para o sucesso e para a estruturação dos objetivos empresarias.

O Direito, em totalidade, precisa se atentar para as inúmeras formas de estratégias jurídicas[4] disponíveis e utilizá-las para a adequação jurídica frente as novas realidades e as necessidades sociais e de mercado.

---

[4] Em que pese a limitação, deste artigo científico, em análises de estratégias jurídicas utilizadas no Direito Empresarial brasileiro, em especial nas SCP (Sociedades em Conta de Participação) e nas práticas de Governaça Corporativa, inúmeras são as formas de estratégias jurídicas que podem ser utilizadas em qualquer ramo do Direito, inclusive como métodos diferenciados para o ensino jurídico. Dentre elas, destacam-se: o *Design Thinking* (que busca identificar as necessidades humanas, recomenda-se a leitura do artigo: GABRICH, Frederico de Andrade. Inovação no Direito. Belo Horizonte: Universidade Fumec –FCH, 2012, p.311/348.); o uso da prática de *Mapas Mentais* (revela a importância da comunicação visual, recomenda-se a leitura: BUZAN, Tony. Mapas mentais e sua elaboração: um sistema definitivo de pensamento que transformará a sua vida. São Paulo: Cultrix, 2005.); a utilização do *Briefing* (necessidade de realização do diagnóstico do empreendimento e/ou público alvo, para construção das melhores estratégias a se adotar); as práticas de *Gamificação* (original do Inglês: *Gamification*,

A prática de estratégias jurídicas do Direito confere, a todos os seus destinatários, inúmero benefícios, seja com a estruturação jurídica dos objetivos das pessoas, seja com o uso das práticas de prevenção e de solução extrajudicial de conflitos, que irão certamente desafogar o Judiciário, proporcionando maior efetividade das demandas jurídicas que ainda não se resolvem sem a intervenção estatal. Tudo isso com inúmeros benefícios para a sociedade, que irá obter uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, com maior satisfação e paz social.

2.1. Mecanismos para a viabilidade e uso das estratégias jurídicas do direito

Conforme demonstrado neste artigo, o uso das estratégias jurídicas do Direito é cada vez mais indissociável do êxito e da sobrevivência das atividades empresariais. Portanto, é necessário definir alguns mecanismos para se executar plenamente formas de estratégias jurídicas.

O planejamento, que pode ser uma compilação de projetos, é um exemplo de construção de análises e estratégias jurídicas. GABRICH (2008, p.14) ensina que o planejamento estratégico se sedimentou a partir da década de 1990, com a *escola da gestão estratégica*, segundo a qual, o **planejamento estratégico**:

> [...] estabelece um meio sistemático para a tomada de decisões, visando garantir o sucesso da empresa em seu ambiente atual e futuro. Tal planejamento não diz respeito a decisões futuras, mas a implicações futuras de decisões presentes. O grande problema do executivo não é decidir o que sua empresa deve fazer no futuro, e sim o que deve fazer hoje para estar preparada para as incertezas do futuro. Uma das características da gestão estratégica é a utilização do planejamento flexível. O planejamento não é um fim em si mesmo, e sim um meio para que a empresa possa atingir os seus objetivos. (LOBATO, 2005, p.30).

Outra maneira para o desempenho de estratégias jurídicas é a utilização da gestão de projetos. Segundo o PMI (*Project Management Institute* - organismo internacional com foco exclusivo no gerenciamento de projetos), pode-se definir gestão de projetos como "a aplicação de conhecimentos, habilidades, ferramentas e técnicas às atividades do projeto a fim de atender aos seus requisitos." O ciclo de vida de um projeto, com uma gestão adequada, deve possuir:

---

consiste no conjunto de práticas e mecanismos de jogos, utilizados para orientar e solucionar os problemas práticos de um empreendimento, bem como, para despertar o interesse e engajamentos entre um publico específico. O uso da Gamificação tem grande aceitação da população, inclusive, surpreende quando utilizada em práticas de ensino, como "Jogo dos erros no Google" e "Jogo de Simulação da Bolsa de Valores", dentre outras diversas aplicabilidades. Recomenda-se a leitura de: GABRICH, Frederico de Andrade. Análise estratégica do Direito. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010, p.273/312 – Análise Estratégica do Ensino Jurídico no Século XXI; e: VIANNA, Ysmar. *Gamification*, Inc.: como reinventar empresas a partir de jogos. Rio de Janeiro: MJV Press, 2013.).

“gerenciamento do escopo, do tempo, dos custos, da qualidade, dos recursos humanos, das comunicações, dos riscos, das aquisições e da integração.” (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 150)

Destaca-se que uma gestão de projetos adequada pode conferir inúmeras vantagens para as organizações, tais como*:*

> a) simplicidade e economia de tempo, tendo em vista a existência de metas e objetivos definidos; b) clareza de objetivos; c) eficiência e eficácia na alocação dos recursos disponíveis para desenvolvimento do projeto; d) monitoramento e controle do desempenho do projeto; e) padronização de atividades rotineiras; f) melhora na qualidade dos produtos ou serviços; g) identificação e mensuração de riscos; h) abertura de espaço para processos inovadores etc. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 151)

Por isso, as grandes organizações atuais tendem a transformarem os seus empreendimentos em variados projetos, imprimindo maior especialidade e capacidade de adaptação a cada um deles, sobrevivendo, assim, às frequentes e rápidas inovações dos mercados em que atuam.

O âmbito jurídico é primordial para essa sobrevivência, sendo cada vez mais constante o uso de **gestão jurídica de projetos** nos grandes centros empresariais. Tendo em vista que o Direito deve se pautar na lógica da análise estratégica do Direito, na qual, este é pensado e utilizado como forma de prevenção e solução (extrajudicial) de conflitos e, como meio viável de garantir a maior felicidade e satisfação possível para as pessoas (físicas e/ou jurídicas).

Assim, o Direito passa a ser reconhecido como um conjunto de alternativas jurídicas para a estruturação das finalidades/objetivos pessoais e sociais, com a maximização dos resultados para todos (cidadãos e/ou empresas e o Estado).

Atrelado à identificação e à estruturação dos objetivos das pessoas (físicas e jurídicas), há a figura da **auditoria jurídica,** que é primordial para o diagnóstico das empresas, negócios e pessoas e é, portanto, etapa fundamental para a aplicação e para o êxito das estratégias jurídicas a serem adotadas em um determinado segmento.

Em artigo publicado na doutrina, afirma-se que: “o trabalho de auditoria jurídica com ênfase na advocacia preventiva consiste no melhor planejamento para tornar a empresa eficaz, dentro da legalidade, para o mercado competitivo”. (BARQUETE, 2010, p.159)

A Auditoria Jurídica tem papel de singular relevância para o mercado, principalmente para evitar fraudes, escândalos e falências (como os que afetaram e atormentaram, gravemente, o mercado de valores na década de 80 e nos anos 2000 nos Estados Unidos da América)[5].

Justamente para evitar fraudes e escândalos, a Auditoria Jurídica utiliza-se da *due diligence jurídica*, que consiste na prática, utilizada em larga escala no meio empresarial, de garantir as lisuras das movimentações das organizações empresariais e de qualquer outro ramo de atividades.

A *due diligence* (diligencia devida) pode ser compreendida como:

> [...] um procedimento de caráter preventivo, efetuado normalmente pelo comprador com a colaboração do vendedor, com a finalidade de verificar e avaliar a situação da saúde da empresa, podendo, inclusive determinar o real valor da empresa com seus ativos, constatando se o funcionamento desta cumpre as regras legais determinadas, avaliando os riscos inerentes, garantias a prestar ou outras. (BARQUETTE, 2010, p.166)

As práticas do planejamento estratégico, da gestão jurídica de projetos e da auditoria jurídica são, assim, veículos cruciais para o sucesso de qualquer empreendimento e, por isso, indispensáveis quando se trata de análise estratégica do direito e de suas aplicações nos mais variados ramos da ciência jurídica.

---

[5] Conforme ensinamentos de Milton Nassau Ribeiro, pode-se sintetizar que: A estrutura de capital das grandes empresas dos EUA (Estados Unidos da América) caracteriza-se por grande pulverização do controle acionário (nenhum acionista, nem o controlador, é detentor de parcela significativa do capital da sociedade). Assim, geralmente, o controlador nomeia uma diretoria (agente profissional) para gerir a companhia. Desse modo os diretores (executivos, CEO) contratados sofrem pouca influência do acionista controlador, já que suas indicações não dependem deste último, e, os diretores, podem até possuir informações desconhecidas e/ou inacessíveis pelos demais acionistas (inclusive o controlador). Logo, os executivos/diretores detém muita autonomia e poder, o que possibilitou ações contrárias aos interesses de acionistas ou da própria CIA (companhia). Os diversos escândalos corporativos na década de 80 foram motivados por "c*onflito de agência"*, decorrentes de abuso de poder e expropriação de riquezas dos acionistas pelos diretores, e fez com que se iniciassem os movimentos das praticas de governança corporativa. Outro escândalo crucial para o aprimoramento da Governança Corporativa se deu em 2001, com a fraude na contabilidade da companhia energética *Enron*, e também de fraudes semelhantes, como a ocorrida na gigante das telecomunicações: *Wolrdcom*. O Fato mais relevante desses escândalos dos EUA, foi a criação, em 2002, da *lei Sarbanes-Oxley Act (SOX).* A lei possui 700 artigos e é considerada a mais importante reforma legislativa no mercado de capitais desde a quebra da bolsa em 1929, com influência em escala global. Esta lei gera efeitos no Brasil, principalmente para as subsidiárias americanas existentes em nosso País e, especialmente, para as CIAs brasileiras que têm valores mobiliários negociados nas Bolsas Norte Americanas. (RIBEIRO, 2007, p.26/35). Quanto ao caso *Enron,* Lucas Alexandre Barquette sintetiza: "A fraude ocorrida na Enron foi extremamente complexa. Além de outras práticas duvidosas, eles usaram uma técnica contábil para aumentar os números de rendimentos, manipulando projeções futuras, ou seja, várias subsidiárias de propósitos específicos acabaram abrigando passivos que não apareciam no balanço. Assim, esses passivos não eram refletidos nos números da Enron. A operação claramente sem ética mostrava uma imagem que não era real, pois a saúde da empresa não era boa e, vindo a recessão, o esquema desmoronou." – (BARQUETTE, 2010. p. 161).

Salienta-se que inúmeras são as possibilidades e uso das Estratégias Jurídicas do Direito, não se esgotando nos modelos abordados neste estudo acadêmico, que, inclusive, limita-se a uma abordagem da análise e estratégia jurídica pautada no direito das empresas.

Ato contínuo, serão realizadas análises de práticas de estratégias jurídicas utilizadas para o êxito no direito empresarial brasileiro, mais especificamente, o uso das SCP (Sociedade em Conta de Participação) e das práticas de Governança Corporativa.

3. PRÁTICAS DE ESTRATÉGIAS JURÍDICAS NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme demonstrado, diversas são as formas de estratégias jurídicas aplicáveis ao Direito, e em especial, ao Direito Empresarial.

O próprio caráter inovador, dinâmico e criativo do mercado, além da sua crescente concorrência, resulta numa maior busca por estudos e análises de práticas estratégicas jurídicas nas relações empresariais.

Para a sobrevivência e para a obtenção do sucesso o empresário precisa se reinventar, a cada dia e velozmente, diante das novas realidades e desejos sociais e mercadológicos. Um bom e evidente exemplo são as empresas *startups*[6] e aplicativos de serviços *online*, que são marcados pelo caráter de brevidade e incertezas quanto a sua sobrevivência, justamente pela explosão de acesso à internet, a grande concorrência e inovação, que acabam gerando sempre produtos mais eficientes, mesmo que semelhantes, resultando no rápido descarte de um produto pelo outro. Assim, nesses casos, é cristalina a necessidade de práticas estratégicas, inclusive jurídicas, para a estruturação do modelo de negócios e para a conquista efetiva de um determinado público alvo.

Ato contínuo, este trabalho delimita-se a demonstrar que o Direito Brasileiro, por meio de práticas de estratégias jurídicas e com o auxílio do caráter normativo dos princípios[7], é capaz de se reinventar. E, por meio de um *pensar jurídico estratégico* permite-se a inovação e

---

[6] Neste caso, compreendida como o significado de um grupo de pessoas que trabalham com desenvolvimento de ideias, em diversos seguimentos, à procura de um modelo de negócio que resulte em dinheiro, cientes das condições de extrema incerteza e concorrência. Exemplo clássico são criação de aplicativos de celulares, mas o leque de oportunidades e criação são gigantescos. Destaca-se que o termo *startup* também é conhecido como o momento de abertura de uma empresa pequena e o seu periodo de funcionamento inicial.

[7] Segundo Frederico de Andrade Gabrich: "Em direito é por intermédio dos princípios que os valores fundamentais e relevantes para a sociedade, determinados pela vontade geral, são introduzidos inicialmente na ordem jurídica de forma genérica e ampla, de modo a vincular inexoravelmente o entendimento e a aplicação das regras jurídicas que compõem o ordenamento e que estão subordinadas a esses e outros princípios jurídicos que interagem no sistema". (GABRICH, 2007, p. 110).

adaptação das formas de aplicação do Direito Empresarial e das modalidades de constituição de empresas, aptas a alcançarem o sucesso.

Neste cenário, destaca-se o papel de relevante instrumento jurídico-social que as Sociedades em Conta de Participação (SCP) têm adotado, conforme exposição que se segue.

Em seguida, será apresentado os benefícios que as práticas de Governança Corporativa visam proporcionar, revelando, mais uma vez, a eficiência que a adoção de uma análise estratégica do direito oferece.

3.1. Sociedade em Conta de Participação (SCP) como forma de estratégica jurídica empresarial

A Sociedade em Conta de Participação (SCP) é um dos modelos[8] de sociedade despersonificada (sem personalidade jurídica), que não possui o registro de seus atos constitutivos, mas que são legais, regulares e desenvolvem atividades comuns dos empresários. A SCP está prevista nos artigos 991 a 996 do Código Civil (CC/02).

A SCP é absolutamente diferente das demais sociedades despersonificadas, pois, além de não possuir nome empresarial, domicilio ou nacionalidade, é uma "sociedade oculta", na qual somente os sócios tem conhecimento de sua existência.

É, por isso, uma sociedade *sui generis,* que diverge das demais por suas peculiaridades ímpares e, principalmente, pelo caráter de "sociedade oculta" e das estratégias jurídicas que ela permite serem trabalhadas.

Em apertada síntese, a sociedade em conta de participação possui dois ou mais sócios (impossível a constituição originária com apenas um sócio/unipessoal), sendo, necessariamente, pelo menos um sócio ostensivo e outro(s) sócio(s) participante(s) (oculto). Este último, tem responsabilidade limitada ao capital que se obrigou no contrato ou estatuto social (não respondendo perante terceiros)[9], e tem, também, poderes para deliberar, participar dos dividendos eventualmente distribuídos e fiscalizar a sociedade.

---

[8] A sociedade em comum, prevista nos artigos 986 a 990 do CC/02, também é uma sociedade sem personalidade juridica (enquanto não inscritos seus atos constitutivos).

[9] Quanto à questão da responsabilidade perante terceiros a jurisprudencia é pacifica que ausente o registro da SCP, apenas o sócio ostensivo responde perante terceiros. Entretanto, com a aplicaçao da Teoria do Risco (responsabilidade civil objetiva – sem culpa-) no ordenamento jurídico brasileiro, há entendimento jurisprudencial que defende que em caso de registro da SCP os demais sócios (participante) também responderão perante os terceiros, justamente pela publicidade do ato registral e pela aplicação da Teoria do Risco.

A constituição da SCP é livre, pelo que é possível que o seu ato constitutivo seja estabelecido por meio de um contrato ou de um estatuto social[10]. Além disso, o ato constitutivo da SCP pode ser escrito ou verbal, e sua existência pode ser demonstrada, quando necessário, por todos os meios de prova admitidos em direito, até mesmo só por testemunhas. (BORGES, 1991, p.284/285).

A SCP pode ser livremente constituída entre sócios pessoas naturais ou jurídicas, empresárias ou não, e os sócios podem trocar de função, ora ser ostensivo, ora participante (já que não há nenhuma vedação legal a respeito). Por fim, é importante ressaltar que a SCP pode ter como objeto qualquer fim inerente a uma sociedade de natureza empresária ou simples, mas com fim lucrativo .

Por ter a característica de sociedade oculta, apenas o sócio ostensivo tem responsabilidades perante terceiros. Geralmente, as pessoas que contratam com a SCP desconhecem que se trata desse tipo societário e acreditam estarem se relacionando direta e exclusivamente com o sócio ostensivo.

Após a apertada exposição das principais características das SCP, mister salientar como esse tipo societário pode ser (e é) utilizado como forma de estratégia jurídica.

Na pratica da vida empresarial, vários são os exemplos de utilização estratégica das SCPs para alcançarem as flexibilidades exigidas pelo mercado (capacidade de adaptação às novas realidades e demandas sociais), com a satisfação dos interesses dos sócios e a maximização dos resultados empresariais. Sempre com o uso de análises estratégicas e práticas de planejamento e gestão jurídica dos projetos empresariais.

Como exemplos dessas atividades, pode-se citar:

1- Construção civil – etapas da obra, por exemplo, quando um pedreiro, um eletricista, um encanador e um pintor formam uma SCP para otimizarem custos, na qual cada um é responsável por uma etapa da obra, alternado, assim, de função, ora sócio ostensivo, ora sócio participante, obtendo ao final, maior eficiência e organização de suas atividades, bem como das responsabilidades individuais em cada fase. Com esse tipo de contrato permite-se a continuidade do recebimento de dividendos em todas as etapas da obra e, com a multiplicação das fontes de recursos, os sócios podem se associarem à outros empreendimentos com novos contratos de SCP,

[10] "A sociedade em conta de participação pode existir sem contrato social, pois pode provar-se por qualquer meio admitido em direito, até por correspondência ou só por testemunhas". (BRASIL, 1951).

o que lhes permite se adaptarem às variações e oportunidades do mercado. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 160).

2- Construção Civil – empreiteiras: quando uma empreiteira abre uma SCP para um ou vários dos seus empreendimentos, tendo como sócios ocultos pessoas físicas e/ou jurídicas que irão investir no empreendimento, permitindo que a empreiteira arrecade fundos para a conclusão de suas obras, e ao final todos terão um lucro. Essa modalidade de SCP permite maior giro de capital, é fonte de renda de investidores e contribui para função social da empresa, que tem responsabilidade com a sociedade em que se situa, ao passo que, com maior capital de giro, terá mais empreendimentos e maior mão de obra, gerando mais empregos e fonte de renda para a comunidade.

3- Apart-Hotéis: quando uma empresa de serviços de hotelaria assume a posição de sócio ostensivo e executa as atividades do ramo (contrata profissionais para prestação dos serviços de hotelaria aos hóspedes), ao passo que os proprietários das unidades de apartamentos configuram como sócios participantes (ocultos), com função ativa nas deliberações, exercem seus direitos de fiscalização e recebem seus dividendos mensais, conforme previsão em contrato social. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 160)

4- Clinicas odontológicas: nesses casos, geralmente há um sócio ostensivo, que tem o nome do estabelecimento por exemplo, e há vários sócios participantes, que podem ter especialidades diversas dentro do ramo da odontologia, cada um realizando um tipo de procedimento/cirurgia.

5- Clinica médica: enquadra-se no mesmo modelo de SCP das clínicas odontológicas, pois cada médico participa da sociedade com suas respectivas especialidades, exemplo: clínica dermatológica, na qual cada sócio é responsável por um segmento: preenchimento, *pelling, laser*, implante capilar etc.

Nesses dois últimos exemplos, principalmente, que tratam de modalidade sociedade organizada por profissionais liberais, é evidente os benefícios que as SCPs proporcionam.

Muitas vezes, seja por questões pessoais ou até mesmo (e em sua maioria) por exigência e sobrevivência no mercado, o uso da SCP é imprescindível para a realização de uma determinada atividade. Há situações em que uma pessoa não pode, ou não quer, ser empregada ou sócia direta de outra, mas precisa realizar um trabalho de forma livre para conseguir criar novos vínculos, independente de autorização de outrem.

O uso estratégico das SCP permite apartar a caracterização de sociedade de pessoas, afasta, também, em tese, a relação de emprego (via CLT) e proporciona uma relação lícita de trabalho colaborativo e de subordinação jurídica entre as partes. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 161).

Destaca-se que em muitas situações, como os exemplos das clínicas médicas e odontológicas, há uma troca de profissionais constante, o que seria inviável diante de uma relação de emprego tradicional, em que, muitas empresas poderiam não suportar os encargos trabalhistas e a decretação de sua falência seria iminente.

Todas essas opções empresariais estratégicas que a SCP permite, são possíveis através de uma SCP com caráter capitalista, que se dá por meio de um ata de constituição da sociedade, que aprova o estatuto social, nomeia os primeiros sócios ostensivos e os participantes e declara constituída a SCP. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 162)

Para conferir o caráter capitalista aos contratos das SCPs, são necessários os seguintes modelos de cláusulas contratuais:

> a) objeto social; b) sede; c) prazo; d) patrimônio especial dividido em cotas; e) liberdade de cessão das cotas que integram o patrimônio especial, ou apenas de acordo com a vontade do(s) sócio(s) ostensivo(s); f) distribuição desproporcional de dividendos fixos ou mínimos, cumulativos ou não, conforme previsto em documento anexo ao contrato social (acordo de cotistas, arquivado na sede da sociedade), celebrado apenas entre o(a) sócio(a) ostensivo(a) e o(a) sócio(a) participante diretamente interessado, sem anuência ou a autorização dos demais; g) possibilidade da existência de cotas em tesouraria, para atribuição livre a novos sócios participantes, a critério do(a) sócios(a) ostensivo(a); h) instituição de conta contábil especifica na contabilidade do sócio ostensivo, para escrituração apartada das receitas, despesas e resultados da SCP (sociedade em conta de participação) em questão; i) deliberações sociais tomadas de acordo com a vontade de sócios que representem a maioria das cotas que integram o patrimônio especial (normalmente em poder do sócio ostensivo); j) obrigações dos sócios ostensivos; k) obrigações do(s) sócio(s) participante(s); l) critério para apuração e para pagamento de haveres em caso de dissolução parcial, retirada ou exclusão (geralmente pagamento de valor nominal fixo das cotas, sem a necessidade de balanço de determinação, para facilitar a entrada e saída de sócios participantes); m) clausula arbitral e definição de foro apenas para as hipóteses de medidas de urgência, anulação ou execução de sentença arbitral. (GABRICH; SANTOS, 2013, p. 162)

Incontroverso, então, que as SCPs, através da execução de estratégias jurídicas, são eficientes para que as sociedades empresarias tenham mecanismos capazes de acompanharem as transformações sociais e permitir as inovações necessárias para a sobrevivência das empresas, garantindo economia de tempo e de custos, com maior qualidade, integração e redução dos riscos.

3.2. Governança Corporativa: reflexo da necessidade de adoção de análises e planejamentos estratégicos para o mercado de valores mobiliários

O mercado de valores mobiliários é o local em que ocorrem as negociações e ofertas públicas de ações e outros títulos e valores mobiliários emitidos pela sociedade anônima (companhia aberta), o que pode ocorrer no mercado de balcão (negociação de títulos de estrutura menos complexa) ou nas bolsas de valores, como a BMF-BOVESPA (Bolsa de Valores de São Paulo, criada em 1890). (MAMEDE, 2006. p.117).

Para que um titulo de uma determina companhia (CIA) seja negociado na bolsa de valores (oferta pública), há inúmeros requisitos e procedimentos que esta CIA deve obedecer. O primeiro requisito é o registro da sociedade anônima na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no caso do Brasil. Além disso, a companhia deverá cumprir diversos requisitos legais e infralegais, estabelecidos pela regulação do mercado de capitais.

A maior parte desses requisitos decorrem das crises e fraudes que ocorreram nos mercados de capitais ao longo da história, como a quebra da bolsa de Nova York em 1929, e os casos da fraude na contabilidade da companhia energética *Enron*, e também, como a ocorrida na gigante das telecomunicações *Wolrdcom*, no início dos anos 2000.

Este cenário de crises, a falta de transparência, equidade e de responsabilidade social refletiram na necessidade de transformação e de um repensar do mercado de capitais, com o implemento de análises estratégicas de condutas que assegurassem maior credibilidade, confiabilidade e investimentos às companhias.

Assim, a partir da década de 80 deu-se inicio[11] à adoção de práticas de Governança Corporativa, primeiramente, com foco para solucionar os conflitos internos das empresas e trazer aos acionistas controladores facilidades da administração e das estratégias das companhias.

Constatou-se que era preciso ter um controle mais eficaz das companhias, principalmente devido à grande influência que elas exerciam na sociedade como um todo. Assim, acelerou-se o fenômeno da busca pela governança corporativa nas organizações empresariais (que é um sistema de gestão empresarial objetivo, claro e transparente). Isso aconteceu porque percebeu-se que a maioria dos investidores pagariam mais pelas ações de companhias que

[11] O primeiro código a sugerir praticas de governança corporativa ocorreu em 1992, na Inglaterra, chamado: *The Financial Aspects of Corporate Governance.* (RIBEIRO, 2007, p.36).

adotassem as melhores práticas da governança corporativa, já que nelas, em tese, seria mais difícil a ocorrência de fraudes e de atos ilícitos prejudiciais ao negócio e à rentabilidade dos valores mobiliários no mercado de capitais.

A expansão da Governança Corporativa foi fundamental para a reconstrução e para a solidez do mercado de capitais, principalmente no que tange aos acionistas minoritários (não controladores), que são essenciais para a alocação de recursos à companhia e que antes das práticas de Governança não tinham muitos direitos garantidos além daqueles previstos na lei, nem razoável segurança para investir nas empresas abertas.

Quanto à Governança, não há uma definição uníssona, cada País possui suas peculiaridades, normas e culturas, o que resulta em diferentes mecanismos e formas das práticas de Governança Corporativa.

João Bosco Lodi transcreve o conceito elaborado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

> [...] É o sistema que assegura aos sócios proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre propriedade e gestão se dá através do Conselho de Administração, a auditoria independente e o conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa Governança assegura aos sócios equidade, transparência, respeito pelos resultados (*accountability*) e obediência às leis do país (*compliance)*. (RIBEIRO, 2007, p.20/21)

A Governança Corporativa é um sistema de gestão que usa meios (leis, regulamentos, práticas comerciais) que visam melhorar a estrutura das empresas cujas as ações são negociadas no mercado de capitais, através de mais informações, transparência, concessões de direitos e do uso de mecanismos eficazes de controle e gestão social pelos acionistas. Sempre na busca da compatibilização dos diversos interesses daqueles que se relacionam com a companhia: controladores, administradores, auditores, sócios minoritários, conselhos fiscais e demais *stakeholders*[12] (empregados, fornecedores, clientes, comunidade, cidadão e Governo).

Como retro mencionado, embora o mercado de valores seja cada vez mais global, com influências em todo o planeta, não há como delimitar regras universais de governança, cada País

[12] Há companhias que exercem influência em toda uma sociedade, os *stakeholders* são a coletividade (sejam pessoas físicas ou jurídicas e até o Governo) que recebem algum reflexo e/ou sofrem riscos de determinadas empresas. Milton Nassau Ribeiro ensina: "Esse termo, ainda sem tradução para o português, é utilizado para designar os demais interessados nas atividades da companhia, como empregados, fornecedores, clientes, comunidade e até mesmo cidadãos e governo. *Stake* quer dizer risco no jargão do mercado financeiro. *Stakeholder* refere-se àqueles que possuem o risco associado ao desempenho da empresa ao qual se relacionam." (RIBEIRO, 2007, p.24).

tem suas singularidades. Por isso, há um zelo por condutas éticas gerais, podendo classificar como princípios básicos da Governança Corporativa: transparência; prestação de contas; responsabilidade e tratamento justo aos acionistas minoritários (não controladores).

Nesse sentido, instrui claramente o relatório de Governança Corporativa Italiano (*Preda*):

> [...] Governança Corporativa, no sentido de uma série de regras pelas quais as empresas são gerenciadas e controladas, é um resultado de normas, tradições e padrões de conduta desenvolvidas por cada sistema econômico e legal, e certamente não é baseado em um só modelo que pode ser exportado e imitado em qualquer lugar. (RIBEIRO, 2007, p. 50).

No Brasil, historicamente, o mercado de valores mobiliários nacional tem sido pouco atrativo para as empresas que buscam a captação de recursos, principalmente quando comparado a grandes economias mundiais.

Além das oscilações da atividade econômica mundial, as bolsas internacionais oferecerem menores custos, maior liquidez, tecnologia e facilitam os negócios. Ao passo que o Brasil exerce uma politica de alta dos juros, cumulada com fatores internos como: o fato de que a maioria das negociações de ações da BOVESPA pertencem a um número restrito de companhias, o que resulta na concentração do volume financeiro da Bolsa e limita a concorrência; a escassez de poupança interna do país; a inexistência de cultura e incentivo de utilização dos mercados de capitais; a ineficácia do sistema tributário; os elevados custos de manutenção da companhia aberta e o tratamento dessemelhante e pouco cristalino aos acionistas não controladores. (RIBEIRO, 2007, p.12)

Segundo Milton Nassau Ribeiro, as companhias abertas no Brasil podem ser privadas (controladas por empresas nacionais ou estrangeiras), estatais ou de economia mista (controlada pelo Estado). Contudo, independentemente do modelo, em sua maioria as companhias abertas possuem as seguintes características predominantes:

> - alto índice de emissão de ações preferenciais sem direito a voto;
> - forte presença de controle familiar ou compartilhado entre poucos acionistas signatários de acordo de acionistas;
> - grande influencia do acionista controlador sobre o conselho de administração;
> - pouca presença de conselheiros independentes e pouca relevância na sua remuneração;
> - acionistas minoritários pouco ativos;
> - confusão entre as competências do conselho de administração e da diretoria;

- grande concentração das ações ordinárias sob a propriedade do acionista controlador. (RIBEIRO, 2007, p.51)

Essas características refletem no histórico do mercado de valores do Brasil, que é pouco competitivo e voltado fundamentalmente para atender aos interesses dos investidores institucionais e qualificados, com diminuta participação da poupança popular.

Assim, algumas companhias nacionais passaram a buscar financiamentos no exterior, fundamentalmente com o uso dos ADRs (*American Depositary Receipts*), dado o maior desenvolvimento e a maior solidez do mercado de capitais norte americano.

Nada obstante, algumas companhias, passaram a estabelecer e respeitar regras de Governança Corporativa, visando não apenas sobreviver no mercado brasileiro, mas facilitar os movimentos de captação de recursos, tanto internamente, quanto no exterior.

O Novo Mercado Bovespa é um exemplo do reflexo da Governança no Brasil. Preliminarmente, em maio de 2000, a BOVESPA lançou o primeiro Código Brasileiro de Governança Corporativa, inspirado nas práticas gerais adotadas nos países desenvolvidos. Destaca-se que esse código não tinha e ainda não tem força cogente, pois foi criado com o intuito de orientar e educar as companhias, fornecendo as melhores estratégicas jurídicas para o fortalecimento empresarial no mercado de capitais.

Posteriormente, em 2001, foram lançados (três) níveis diferenciados de governança e criou-se o Novo Mercado (Novo Mercado Bovespa). Ambos trouxeram mais segurança aos investidores, que passaram a investir em empresas que adotassem melhores práticas de governança corporativa. O que refletiu beneficamente nessas companhias, pois que a procura por suas ações aumentaram muito em virtude das boas práticas de gestão (governança).

Destaca-se que não há obrigatoriedade em se adotar essas práticas de Governança[13] (com regras mais exigentes que o texto legislativo), pois elas são seguidas voluntariamente por

[13] Pode-se citar, como exemplos de práticas de Governança Corporativas no Brasil, segundo Milton Nassau Ribeiro: "Para o Novo Mercado: (i) apenas emitir ações ordinárias, com direito a voto; (ii) realizar ofertas públicas de ações por meio de mecanismos que propiciem a dispersão de capital; (iii) manter em circulaçãoo no mercado de valores mobiliários (*free floating*) parcela mínima de ações que representam 25% do capital; (iv) estabelecer mandado unificado e um ano para todo o conselho de administração; (v) estender para todos os acionistas as condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia; (vi) introduzir melhorias nas informações prestadas trimestralmente, dentre as quais consolidação e apresentação de fluxo de caixa; (vii) elaborar balanço anual seguindo padrões contábeis internacionais (US GAAP ou IASB); (viii) realizar oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento de capital ou cancelamento do registro de negociação no Novo Mercado; (ix) divulgar informações sobre negociações que envolvam ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa; (x) não ter partes beneficiárias em circulação vedando expressamente a sua emissão (proibição seguida pela Lei nº: 10.303/01, com nova redação data ao art.47,

companhias que buscam um reconhecimento social e empresarial, como nítida forma de estratégica jurídica para crescimento no mercado.

O Novo Mercado é a fração mais exigente entre os três níveis diferenciados de Governanças adotados no Brasil. Nesse sentido, ensina Milton Nassau Ribeiro:

> O Novo Mercado é um segmento mais exigente em relação ao número de práticas a serem adotadas e ao grau de exigência delas, havendo, inclusive, a previsão de solução de conflitos por meio de câmara de arbitragem própria. Os níveis 1 e 2 são segmentos intermediários de transparência e conferência de direitos aos minoritários, situados entre a legislação societária e o Novo Mercado. (RIBEIRO, 2007, p.60)

Contudo, o fundamento jurídico da Governança Corporativa no Brasil encontra-se no parágrafo único do artigo 116[14] da Lei de S.A. (Lei nº 6.404/76), que estabelece limites ao acionista controlador, vez que este deve observar e atuar em prol da realização do objeto e da função social da empresa.

Salienta-se que para a existência do acionista controlador e do poder de controle efetivo são necessários os seguintes requisitos (legais) cumulativos: "1-ser acionista; 2-ser detentor de maioria de votos nas deliberações das assembleias gerais, com a eleição da minoria dos administradores; 3-certa permanência e estabilidade nesta condição de supremacia; 4-o efetivo uso dos poderes de denominação facultados por esta situação". (RIBEIRO, 2007, p.141)

Ou seja, o poder de controle confere ao acionista controlador o exercício da "soberania societária", esse poder excessivo do acionista pode refletir em uma "superação da ficção da vontade coletiva" (inobservância e desrespeito à integração dos demais acionistas e interessados

---

parágrafo único). Para o Nível 1: as obrigações (ii), (iii), (vii), (ix) acima descritas para o Novo Mercado; (i) disponibilização de calendário anual de eventos corporativos; (ii) divulgação de informações sobre contratos com partes relacionadas; (iv) divulgação de acordo de acionistas e de programas de opção de ações. Para o Nível 2: (i) aceitação de todas as obrigações estabelecidas para o Nível 1; (ii) as obrigações (iv), (vi) e (viii) acima descritas para o Novo Mercado; (iii) extensão para todos os acionistas detentores de ações ordinárias das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 70 % desse valor para os detentores de ações preferenciais – o chamado *tag along*; (iii) direito de voto às ações preferenciais em determinadas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e aprovação de contratos entre companhia e empresa do mesmo grupo; (iv) adesão à Câmara de arbitragem para resolução de conflitos societários." (RIBEIRO, 2007, p.61/62).

[14] "Artigo 116: Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer *a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social,* e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender." *Grifo nosso*.

na companhia), devendo-se observar o paragrafo único do artigo 116 da Lei de S.A., para diminuir esse poderio e para aplicar a governança corporativa.

A definição do objeto social (que deve ser lícito, possível e determinado, bem como, atender à ordem pública e aos bons costumes) e da função social da empresa (que deve observar os interesses públicos em geral) são os pilares para as práticas de Governança do ordenamento jurídico brasileiro. São elas que impõem limites ao poderio do acionista controlador e permitem a execução de condutas que resultaram no melhor resultado possível à todos os envolvidos com a empresa (sócios, funcionários, investidores, comunidade, Governo...).

As companhias, principalmente as grandes sociedades, ao constituírem instrumento de captação de recursos e de reunião de pessoas, passaram a ter um papel cada vez mais relevante na economia e nas relações humanas dos Estados. Elas representam forças socioeconômico-financeiras que podem influenciar decisivamente o local e a comunidade em que se encontram.

Logo, a repercussão das decisões das grandes companhias ultrapassam bastante o seu respectivo objeto societário e se projeta na vida do(s) Estado(s) e das pessoas, e por isso, a importância da responsabilidade social exercida pela empresa.

O uso da Governança Corporativa é (hoje) vital para o equilíbrio do mercado com a comunidade e o Estado. Observar as práticas de Governança é realizar uma *Análise Estratégica do Direito* no ramo empresarial, até porque, essas práticas são um sistema de gestão e de planejamento de atividades empresárias, que precisam seguir condutas estratégicas para alcançarem o reconhecimento do mercado e da sociedade em que se situam, obtendo, assim, êxito e prosperidade.

4 CONCLUSÃO

O cerne deste labor se encontra justamente em demonstrar a necessidade de se repensar o Direito, principalmente com um olhar de flexibilização e inovação que esta Ciência precisa desenvolver.

Como evidenciado, a civilização humana sofre transformações e adaptações de forma cada vez mais dinâmica e veloz, além de ter um novo objetivo: o de conquistar a felicidade e a paz social.

Imprescindível, pois, como supracitado, que o Direito evolua e acompanhe as transformações e desejos sociais!

Reforça-se: é preciso encarar o Direito como a Ciência do "sim" e não mais como sinônimo de conflito.

Límpido que essa transformação e o repensar do Direito, se dará, principalmente, através de uma evolução do ensino jurídico, com o desenvolvimento de uma nova linha de raciocínio pautada no uso da análises estratégicas do direito e, com metodologias de ensino capazes de resultarem na formação de juristas que busquem a aplicação das estratégias jurídicas fundamentalmente para a estruturação dos objetivos das pessoas, preferencialmente sem conflito e, caso este exista, com a solução extrajudicial do mesmo.

Dessa maneira, é preciso repensar a forma como o Direito é estudado (conduzido a partir do conflito, dos textos legais e suas aplicações nos litígios judiciais). O ensino jurídico deve se pautar na ênfase da consultoria jurídica, de forma a estruturar objetivos e a prevenir o conflito.

Os mecanismos de viabilidade para um uso estratégico do direito, bem como, as práticas estratégicas que as SCP proporcionam, demonstram que de fato o Direito precisa se adaptar às novas realidades sociais e que o melhor Direito é o estratégico.

A adoção das práticas de Governança Corporativa evidenciam a necessidade de adequação do Direito às exigências do mercado e da sociedade. A Governança Corporativa é o retrato da aplicação do planejamento estratégico, da gestão de projetos e da auditoria jurídica. Suas condutas são voltadas para o êxito empresarial, com respeito à prevenção de conflitos, à transparência, eficiência, bem como, à boa fé, responsabilidade e função social da empresa.

As estratégias jurídicas são ferramentas extremamente poderosas, e mais acessíveis do que se imagina. Trata-se de uma via para se repensar o Direito e que permite a adequação desta Ciência às transformações e necessidades sociais e mercadológicas.

O repensar da Ciência Jurídica e a (r)evolução do Direito tem como ponte crucial a *análise estratégica do Direito*.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Hellom Lopes. *Sociedade em conta de participação – Importância do seu uso originário e estratégico.* (Artigo publicado em GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito** . Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 119/145).

AZEVEDO, Priscila Viana. *A importância do pensamento estratégico e sua inserção na Consultoria Jurídica Empresarial.* (Artigo publicado em GABRICH, Frederico de Andrade.

Análise Estratégica do Direito . Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 201/211).

BARQUETTE, Lucas Alexandre. *O uso estratégico da Auditoria Jurídica para o sucesso do negócio.* (Artigo publicado em GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito.** Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 159/187).

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre.** 5 .ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 07 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 ago. 2015.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.404/1976**. Dispõe sobre Sociedades por Ações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 07 ago. 2015

BRASIL. **Lei Federal nº 12.846/2013**. Lei Anticorrupção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 07 ago. 2015.

BRASIL. RE nº 18.832. Rel. Min. Nelson Hungria. Órgão Julgador T1. Julgado em 06/08/1951. – STF (**Supremo Tribunal Federal**). Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 07 ago. 2015.

BUZAN, Tony. **Mapas mentais e sua elaboração:** um sistema definitivo de pensamento que transformará a sua vida. São Paulo: Cultrix, 2005.

Crises financeiras: as lições da história**.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/01/printable/080122_economiacriseslicoes_ba.shtml>. Acesso em 07 ago. 2015.

DEUTSCH, Alan. **Histórico da Governança Corporativa nos Estados Unidos da América.** Publicado em JusBrasil. Disponível em: <http://alandeutsch.jusbrasil.com.br/artigos/112320660/historico-da-governanca-corporativa-nos-estados-unidos-da-america>. Acesso em 07 ago. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** minidicionário da língua portuguesa-dicionário. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FLORIANO NETO, Alex. *O uso estratégico da governança corporativa para o cumprimento da função social da empresa*. (Artigo publicado em GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise**

Estratégica do Direito. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 67/82).

GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2008.

GABRICH, Frederico de Andrade; MENDONÇA, Rômulo Augusto Lasmar. *Análise Estratégica do Ensino Jurídico no Século XXI.* (Artigo publicado em GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito** . Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 273/312).

GABRICH, Frederico de Andrade. **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade Fumec – FCH, 2012, p.311/348.

GABRICH, Frederico de Andrade; SANTOS, Mônica Cristina Oliveira. *Sociedade em Conta de Participação na Gestão de projetos.* (artigo publicado em MURTA, Antônio Carlos Diniz. **Intervenção do Estado e Autonomia Privada**: integração e sistematização. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.147/165).

GABRICH, Frederico de Andrade. O caráter normativo dos princípios. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 393, p.107/124, set./out. 2007.

LOBATO, David Menezes. MOYSÉS FILHO, Jamil. TORRES, Maria Cândida Sotelino. RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. **Estratégia de empresas**. 6. ed. Rio de Janeiro: FVG, 2005. P.30.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Milton Nassau: **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VIANNA, Ysmar. ***Gamification*, Inc.: como reinventar empresas a partir de jogos**. Rio de Janeiro: MJV Press, 2013.