



UNIVERSIDADE
FUMEC



COORDENADORES

Adriano da Silva Ribeiro
Bruno Paiva Bernardes
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

DIÁLOGOS ESTRATÉGICOS E INOVAÇÃO:

A efetivação da
transdisciplinaridade no Direito

AUTORES

Ailana Silva Mendes Penido	Letícia da Silva Almeida
Bruno Alves Apolinário	Luiza Machado Farhat Benedito
Camila Soares Gonçalves	Marina Veloso Mourão
Dan M. Kraft	Matheus Bonaccorsi Fernandino
Daniel Mendes Barbosa	Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Felipe Bartolomeo Moreira	Uyara Vaz da Rocha Travizani
Frederico de Andrade Gabrich	

PREFÁCIO

Prof. Dan M. Kraft



UNIVERSIDADE
FUMEC



COORDENADORES

Adriano da Silva Ribeiro
Bruno Paiva Bernardes
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

DIÁLOGOS ESTRATÉGICOS E INOVAÇÃO:

A efetivação da
transdisciplinaridade no Direito

AUTORES

Ailana Silva Mendes Penido	Letícia da Silva Almeida
Bruno Alves Apolinário	Luiza Machado Farhat Benedito
Camila Soares Gonçalves	Marina Veloso Mourão
Dan M. Kraft	Matheus Bonaccorsi Fernandino
Daniel Mendes Barbosa	Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Felipe Bartolomeo Moreira	Uyara Vaz da Rocha Travizani
Frederico de Andrade Gabrich	

PREFÁCIO

Prof. Dan M. Kraft

A presente obra recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Edital nº 01/2019 – ProPIC 2019/2020 de Incentivo para Produção Científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado.

Todos os textos foram submetidos à banca de professores, com defesa e aprovação, e apreciados pelo Conselho Editorial da Universidade FUMEC.

A presente obra está disponibilizada no Repositório Institucional da Biblioteca da Universidade FUMEC, com acesso aberto pelo *link* <https://repositorio.fumec.br/>. O Repositório Institucional visa centralizar, preservar, tornar acessível e disseminar a produção científica e intelectual da Universidade FUMEC e de parceiros conveniados, buscando os índices de impacto exigidos pela CAPES.



UNIVERSIDADE
FUMEC

REITORIA

Reitor:

Prof. Dr. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação,

Pesquisa e Extensão:

Prof. Dr. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Dr. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Dr. Rodrigo Suzana Guimarães

Rua Cobre, 200, Cruzeiro – Belo

Horizonte/MG – CEP 30310-190

(31) 3228-3090 – www.fumec.br

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FUMEC (PPGD):

Coordenador:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Docentes:

André Cordeiro Leal

Antônio Carlos Diniz Murta

Astreia Soares Batista

Carlos Victor Muzzi Filho

Daniel Firmato de Almeida Gloria

Danúbia Patrícia de Paiva

Frederico de Andrade Gabrich

Lucas Moraes Martins

Luciana Diniz Durães Pereira

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Paulo Márcio Reis Santos

Rafhael Frattari Bonito

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Conselho Editorial – Universidade FUMEC

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Profa. Ketnes Ermelinda Guimaraes Lopes Costa

Profa. Dra. Renata de Sousa da Silva Tolentino

Bibliotecária Ma. Priscila Reis dos Santos

Projeto Gráfico:

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

Editoração Eletrônica:

Tecnologia da Informação / Produção Multimídia

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D536 Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no
Direito / Coordenação: Adriano da Silva Ribeiro, Bruno Paiva Bernardes, Sérgio Henriques Zandona Freitas. - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2020.

Obra publicada em Portable Document Format (PDF).

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-88864-02-9

1. Direito - Estudo e ensino. 2. Direito - Metodologia. 3. Direito empresarial. I. Título. II. Ribeiro, Adriano da Silva. III. Bernardes, Bruno Paiva. IV. Freitas, Sérgio Henriques Zandona.

CDU: 340.115

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Copyright © 2020 Universidade FUMEC. Todos os direitos reservados pela Universidade FUMEC.

As opiniões emitidas e informações contidas nos capítulos e seções da obra são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial de capítulos ou seções desde que citada a fonte.



Obra sob Licença Creative Commons
Atribuição 4.0 Internacional

PREFÁCIO

2020: ANO DO JUBILEU DE PRATA DO PROF. DR. FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

Apresentar o Professor Frederico de Andrade Gabrich, ou simplesmente Fred, constitui um desafio, já que ele possui uma personalidade multidimensional, dificilmente aprisionável em conceitos restritos. Sua contribuição é consistente em vários ramos, como terei o prazer de informar ao leitor. Aos que não conhecem Fred, convido-lhes a explorar seu extenso e impressionante Currículo *Lattes*, suas obras e ouvir-lhe, familiarizando-se com os propósitos e as ideias desse dedicado instigador.

Academicamente, o homenageado tem seguido duas linhas específicas de pesquisa e atuação: a inovação na promoção do aprendizado jurídico e a modernidade na implementação da estratégia empresarial. Para inovar, investiga, busca e disponibiliza ao estudante e ao estudioso novas tecnologias e linguagens, facilitando a vulgarização de conceitos complexos, comunicando com maestria assuntos por vezes espinhosos e intrincados.

No campo da estratégia, Gabrich sensibiliza empresários e profissionais do direito sobre objetivos comuns a serem perseguidos mediante o uso de ferramentas distintas, tendo começado sua trajetória dedicando-se ao direito societário e aos contratos atípicos. Ao dar orientação estratégica ao direito, o Professor homenageado alinha-se a visionários criativos da estirpe de Guido Calabresi e Richard Posner, que décadas atrás introduziram a já consolidada escola da análise econômica do direito. Ciente que o enfoque multidisciplinar advém da necessidade de dar-se maior abertura ao direito e a seu profissional, Fred inaugurou uma escola de pensamento cada vez mais reconhecida como fundamental para organizações públicas e privadas.

Felizmente, Frederico Gabrich distancia-se de uma prática universitária lamentável, mas invariavelmente comum, de transformar o magistério em doutrinação para moldar o futuro à imagem teórica do que o professor imagina ser o mundo ideal. O seu método didático é realista, progressivo, inclusivo e, portanto, universalista. A função de instigador da curiosidade, generoso em fornecer fontes e caminhos para conquistar o saber, caracteriza esse mestre por excelência. O Professor Gabrich prepara pessoas para que consigam absorver e partilhar informação de boa qualidade, em um mundo que se transforma incessantemente.

O docente tornou-se um grande comunicador, dando conteúdo a antigas tecnologias, como o rádio, assim como a outras próprias às mídias sociais, levando o ensino a quem, quando e onde quer que seja. É comum vê-lo transportando certa parafernália eletrônica, no intuito de oferecer alternativas de acesso ao saber e ao pensar, trazendo testemunhos de ilustres convidados.

Ao não se deixar deitar no berço esplêndido proporcionado pelos inúmeros diplomas e láureas – amealhados enquanto sacrificava o convívio com família e amigos – Frederico Gabrich rejeita a vaidade, dando-lhe de ombros. Sua sensatez erudita faz aumentar o charme de seu refinado humor. Daí decorre o prazeroso convívio com alunos e orientados, tendo-o tornado favorito na casa que o acolheu há vinte e cinco anos.

Como ensinar o direito vinculado aos negócios sem ter a coragem de ousar, de empreender, como o fazem aqueles que buscam o bom conselho? Como melhorar as chances de sucesso sem saber agregar forças, recursos e pessoas, avaliando adequadamente riscos que não se resumem apenas ao universo jurídico? Para dar resposta a essas indagações, a jovialidade de Gabrich tem-se traduzido em suas iniciativas empresariais.

Esse professor, advogado, consultor e empresário multitarefas poderia muito bem ser definido como uma “metamorfose ambulante”, já que também persegue a carreira de inventor. Em um mundo que clama por inovações, Frederico Gabrich materializa sonhos aliando elementos gerenciais, empresariais e jurídicos a uma linguagem acessível a uma multitude de usuários: seus dois aplicativos de celular, o *antibullying* e o de integridade empresarial, promovem boas governança e *compliance*. A capacidade de rigorosa reflexão permite-lhe avaliar projetos sem sacrificar sonhos.

Agregador, com a sabedoria de um ancião e a vitalidade de um maratonista, o homenageado escolheu jamais trabalhar em um só dia de sua vida. Sua alegria em conseguir fazer o que gosta segue estampada no contagiante sorriso e nas frequentes gargalhadas. Sua simpatia permitiu-lhe amealhar incontáveis amigos em sua já significativa jornada existencial.

Nos idos de 1995, reuníamo-nos com o saudoso Professor Gerson Boson para avaliarmos e definirmos o currículo de Direito da FUMEC. Ao contextualizarmos o novo curso aos tempos que se anunciavam, de renovação democrática, modernização do estado, abertura e estabilidade econômica, o Professor Gabrich abraçava a responsabilidade do pioneirismo transformativo que desempenha com serenidade desde então.

A genuína vida acadêmica é exercício de constante doação em favor das gerações vindouras. Essa singela homenagem ao Professor Frederico Gabrich decorre do reconhecimento de seus anos de empenho e dedicação, com brio e humildade, a atividades intelectuais de relevância. Como não poderia deixar de ser, sua generosidade para com o próximo torna-se sua marca registrada. Ele reconhece a necessidade de exercer tolerância diante dos desafios constantes impostos pela realidade, impulsionando-nos a sempre inovar e a reconhecer os bons inovadores, como ele mesmo.

E assim, tenho o privilégio em poder dizer: “muito obrigado, meu amigo Fred!”

Dan M. Kraft

Advogado, membro da Ordem dos Advogados do Brasil (MG) e do Québec (Canadá), bacharel e mestre em Direito pela UFMG, mestre em Direito Financeiro Internacional (QMUL), professor e doutorando em Direito Bancário Comparado (Universidade de Montreal), sócio de Kraft Advogados Associados, especializado em negócios internacionais. Professor da 1.ª turma de Contratos Mercantis da Faculdade de Direito da FUMEC, 1996.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4674857698723790>

APRESENTAÇÃO

Esta obra, construída coletivamente pelos seus discentes e docentes, objetiva apresentar à comunidade jurídica as reflexões sobre a Análise Estratégica do Direito, Metodologias de Ensino Jurídico, Direito Empresarial, Estratégias Jurídicas das Organizações, Arte e Literatura, analisadas transdisciplinarmente.

Dedicada ao Professor Dr. Frederico de Andrade Gabrich, pelos 25 anos de docência no ensino superior na Universidade FUMEC, com esta obra, queremos homenageá-lo, a partir dos artigos desenvolvidos pelos seus orientandos, colegas e amigos que utilizaram, como marco teórico, os conceitos lecionados e/ou de autoria do professor.

Todo o conteúdo da obra conta com a participação de professores, mestres e mestrandos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC.

No Capítulo 1, com o título LEGO SERIOUS PLAY NO DIREITO, a Profa. Luiza Machado Farhat Benedito, em coautoria com o Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich, propõem reflexão quanto ao ensino jurídico, com o alerta de que não vem acompanhando completamente as significativas mudanças da sociedade no século XXI e isso determina significativa falta de motivação dos alunos. Ressaltam a necessidade de desenvolvimento e a aplicação de novas metodologias de ensino, de modo a efetuar mudança do modelo mental dominante, o pensamento sistêmico, a inovação e a solução de problemas reais que motivem os alunos para o aprendizado.

No Capítulo 2, sob o título DESIGN: CONCEITOS E PROTEÇÃO JURÍDICA, a Profa. Marina Veloso Mourão, em coautoria com a Profa. Camila Soares Gonçalves, se propõe analisar, com fundamento no método dedutivo, o descompasso entre o conceito jurídico de *design* e o conceito contemporâneo de *design*, considerando a legislação brasileira, tendo como referencial a análise acerca do *Design Thinking* e o Direito, em artigo escrito pelo Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich.

No Capítulo 3, sob o título ANÁLISE ESTRATÉGICA DO CROWDFUNDING E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO, o Prof. Bruno Alves Apolinário, em coautoria com o Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich, dissertam, a partir da Análise Estratégica do Direito, a respeito das *startups* e do *crowdfunding*, a falta de regulamentação, conjugada com a ausência de segurança jurídica daí decorrentes, o que tem impedido o acesso das *startups* ao mercado de capitais brasileiro.

No Capítulo 4, sob o título APLICABILIDADE DA TEORIA DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO COMO FORMA DE PERENIZAÇÃO DAS EMPRESAS FAMILIARES, o Prof. Felipe Bar-

tolomeo Moreira apresenta a teoria da Análise Estratégica do Direito e sua aplicabilidade nas empresas familiares, com a finalidade de efetivar o melhor aproveitamento das normas jurídicas para que os objetivos empresariais e familiares sejam atingidos, perpetuando-se o negócio.

No Capítulo 5, sob o título A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA JURÍDICA NAS EMPRESAS FAMILIARES, o Prof. Matheus Bonaccorsi Fernandino defende que as sociedades familiares constituem parcela significativa dos grandes grupos empresariais mundiais e brasileiros. Alerta que a maior parte das organizações familiares enfrenta problemas existenciais, jurídicos e estratégicos relacionados à escolha equivocada dos recursos disponíveis para o alcance da sua permanência ao longo do tempo. Recomenda, assim, que sua sobrevivência e perpetuação no mercado dependem da adoção de práticas de governanças acertadas para a viabilização das suas atividades empresariais durante as gerações (aqui pensada como conjunto de pessoas).

No Capítulo 6, sob o título O CONTRATO DE NAMORO NA FAMÍLIA EMPRESÁRIA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA, a Profa. Uyara Vaz da Rocha Travizani, em coautoria com o Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich, discorrem, a partir do método dedutivo e dos marcos teóricos do contrato de namoro, bem como da governança familiar e corporativa, a respeito da diferença entre a empresa familiar e a família empresária. Ressaltam a influência que problemas interpessoais familiares podem ter na sustentabilidade da sociedade empresária familiar.

No Capítulo 7, sob o título ESTUDO CRÍTICO DAS SOCIEDADES FAMILIARES, SEUS RISCOS E CONFLITOS: A BUSCA DE SOLUÇÕES POR MEIO DA ADVOCACIA COLABORATIVA, a Profa. Ailana Silva Mendes Penido demonstra o importante papel que a advocacia colaborativa possui na diminuição de conflitos no âmbito empresarial, em especial, nas sociedades familiares, as quais têm panorama diferenciado – relação íntima/de parentesco entre os sócios –, o que garante a elas vantagens, mas também muitas desvantagens.

No Capítulo 8, sob o título CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE, o Prof. Daniel Mendes Barbosa defende que a escolha da arbitragem como forma de solução de controvérsia apresenta como seu elemento principal a autonomia da vontade. Informa que a Lei 6.404/76, ao definir como possível a resolução de conflitos entre acionistas de uma sociedade anônima, por meio da arbitragem, desconsiderou o princípio do consentimento para fins de vinculação do acionista dissidente, que não concorda com a inserção da cláusula compromissória no estatuto social da companhia. Alerta, nesse caso, o surgimento da dicotomia entre o princípio do consentimento e o princípio majoritário, cuja não vinculação do acionista dissidente será demonstrada.

No Capítulo 9, sob o título MAPA MENTAL E O ENSINO JURÍDICO: UMA FORMA VISUAL DE EFETIVAR O CONHECIMENTO CIENTÍFICO NO CURSO DE DIREITO, a Profa. Letícia da Silva Almeida, em coautoria com Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, colacionam estudo sobre o atual cenário do ensino jurídico no Brasil à luz das doutrinas de ensino e a proposição de novas metodologias, pautadas em específico e eficiente método pedagógico, com destaque para a abordagem sobre a técnica dos mapas mentais de Tony Buzan.

Com esses artigos e as temáticas desenvolvidas, espera-se proporcionar aos leitores e à comunidade jurídica reflexões de diversos temas pertinentes ao direito.

Agradecemos a todos os colaboradores desta obra e ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC.

Belo Horizonte, setembro de 2020.

COORDENADORES

Adriano da Silva Ribeiro

Bruno Paiva Bernardes

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1.....	15
<i>LEGO SERIOUS PLAY</i> NO DIREITO.....	16
<i>Frederico de Andrade Gabrich</i> <i>Luiza Machado Farhat Benedito</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	16
2 DO INSTRUCIONISMO, CONSTRUTIVISMO E CONSTRUCIONISMO	18
3 A NECESSIDADE DA EDUCAÇÃO BASEADA NA RAZÃO E NA EMOÇÃO	22
4 LEGO SERIOUS PLAY (LSP)	24
4.1 <i>LEGO SERIOUS PLAY</i> (LSP) NO ENSINO JURÍDICO	27
5 CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS	31
CAPÍTULO 2	32
DESIGN: CONCEITOS E PROTEÇÃO JURÍDICA	33
<i>Marina Veloso Mourão</i> <i>Camila Soares Gonçalves</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	33
2 DESIGN THINKING.....	34
3 DESIGN.....	36
3.1 NA VISÃO DO <i>DESIGNER</i>	37
3.2 <i>DESIGN</i> X ARTE.....	38
3.3 NA VISÃO DOS JURISTAS	39
4 PROPRIEDADE INTELECTUAL	40
4.1 DIREITOS AUTORAIS	42
4.2 DESENHO INDUSTRIAL.....	44
4.3 DUPLA PROTEÇÃO	46
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	48
CAPÍTULO 3	51
ANÁLISE ESTRATÉGICA DO <i>CROWDFUNDING</i> E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO	52
<i>Bruno Alves Apolinário</i> <i>Frederico de Andrade Gabrich</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	53
2 A ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO	54
3 A DINÂMICA DO <i>CROWDFUNDING</i>	57
4 A RELAÇÃO ENTRE O <i>CROWDFUNDING</i> , A CVM E O MERCADO DE CAPITAIS	59
5 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	65

CAPÍTULO 4	66
APLICABILIDADE DA TEORIA DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO COMO FORMA DE PERENIZAÇÃO DAS EMPRESAS FAMILIARES.....	67
<i>Felipe Bartolomeo Moreira</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	67
2 ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO	68
2.1 PARA QUE SERVE O DIREITO.....	68
2.2 COMO UTILIZAR O DIREITO	69
2.3 COMO PLANEJAR DE FORMA ESTRATÉGICA O USO DO DIREITO	70
3 EMPRESA FAMILIAR	72
4 ESTRUTURAS JURÍDICAS DE GESTÃO DE EMPRESAS FAMILIARES.....	76
5 CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS	81
CAPÍTULO 5	83
A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA JURÍDICA NAS EMPRESAS FAMILIARES	84
<i>Matheus Bonaccorsi Fernandino</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	85
2 EMPRESA FAMILIAR: DIFERENTES VISÕES	87
3 FAMÍLIA, GESTÃO E PROPRIEDADE	91
4 GOVERNANÇA CORPORATIVA, GOVERNANÇA FAMILIAR E GOVERNANÇA JURÍDICA.....	94
5 GOVERNANÇA JURÍDICA E SEU 1º DESAFIO: CONSCIÊNCIA SOBRE A TRANSMUDAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES	96
6 CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS	102
CAPÍTULO 6	104
O CONTRATO DE NAMORO NA FAMÍLIA EMPRESÁRIA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA.....	105
<i>Uyara Vaz da Rocha Travizani Frederico de Andrade Gabrich</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	105
2 NATUREZA E TIPO SOCIETÁRIO DAS EMPRESAS FAMILIARES E AS FAMÍLIAS EMPRESÁRIAS.....	106
3 EMPRESA FAMILIAR	109
3.1 CONCEITO DE EMPRESA E DE FAMÍLIA.....	109
3.2 CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA FAMILIAR.....	116
4 O CONTRATO DE NAMORO COMO TÉCNICA DE GOVERNANÇA NA EMPRESA FAMILIAR.....	117
5 CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS	121

CAPÍTULO 7.....	122
ESTUDO CRÍTICO DAS SOCIEDADES FAMILIARES, SEUS RISCOS E CONFLITOS: A BUSCA DE SOLUÇÕES POR MEIO DA ADVOCACIA COLABORATIVA	123
<i>Ailana Silva Mendes Penido</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	124
2 ORIGENS, CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E IMPORTÂNCIA.....	124
3 FAMÍLIA EMPRESÁRIA X EMPRESA FAMILIAR X SOCIEDADE FAMILIAR.....	129
4 PRINCIPAIS PROBLEMAS E FATORES CRÍTICOS DA EMPRESA FAMILIAR	132
5 O PAPEL DA ADVOCACIA COLABORATIVA	135
6 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS	138
CAPÍTULO 8	140
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE	141
<i>Daniel Mendes Barbosa</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	142
2 ARBITRAGEM COM FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTROVÉRSIA	143
3 ARBITRAGEM E CONFLITOS SOCIETÁRIOS	143
3.1 PRINCÍPIO MAJORITÁRIO NAS SOCIEDADES	143
3.2 AS DECISÕES ASSEMBLEARES E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	144
3.3 PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO	146
3.4 RENÚNCIA OU SUBMISSÃO ÀS DECISÕES ASSEMBLEARES	146
3.5 DICOTOMIA ENTRE PRINCÍPIO MAJORITÁRIO E DO CONSENTIMENTO	148
3.6 VINCULAÇÃO DOS ACIONISTAS À CLAUSULA COMPROMISSÓRIA.....	151
4 CONCLUSÃO.....	156
REFERÊNCIAS	158
CAPÍTULO 9	160
MAPA MENTAL E O ENSINO JURÍDICO: UMA FORMA VISUAL DE EFETIVAR O CONHECIMENTO CIENTÍFICO NO CURSO DE DIREITO	161
<i>Letícia da Silva Almeida</i> <i>Sérgio Henriques Zandoná Freitas</i>	
1 INTRODUÇÃO.....	162
2 ENSINO JURÍDICO E A METODOLOGIA DE ENSINO	163
3 A RELAÇÃO DOS SENTIDOS COM A APRENDIZAGEM.....	164
4 MAPAS MENTAIS	166
5 MAPA MENTAL E O PENSAMENTO IRRADIANTE: O CÉREBRO HUMANO E A APRENDIZAGEM	167
6 COMO ELABORAR UM MAPA MENTAL	168
7 DIVERSIDADE NA UTILIZAÇÃO DOS MAPAS MENTAIS NO DIREITO.....	170
8 CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS	171
COORDENADORES.....	173
AUTORES	174

1

CAPÍTULO

LEGO SERIOUS PLAY NO DIREITO

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH
LUIZA MACHADO FARHAT BENEDITO

RESUMO

O ensino jurídico não vem acompanhando completamente as significativas mudanças da sociedade no século XXI e isso determina significativa falta de motivação dos alunos. As metodologias de ensino usadas nos cursos jurídicos continuam baseadas na autoridade e saber do professor e dos livros, pautadas no instrucionismo. É preciso o desenvolvimento e a aplicação de novas metodologias de ensino, que favoreçam a mudança do modelo mental dominante, o pensamento sistêmico, a inovação e a solução de problemas reais que motivem os alunos para o aprendizado. O *Lego Serious Play* cumpre essas funções e precisa ser compreendido e utilizado pelos profissionais Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Metodologias de Ensino Jurídico. Inovação. *Lego Serious Play*. Construcionismo.

ABSTRACT

The legal education is not fully following the significant changes in society in the XXI century, and this determines significant lack of student motivation. The teaching methodologies used in legal courses continued to follow the teacher's knowledge and books, grounded in instructionism. It takes the development and application of new teaching methodologies that favor the change of the dominant mental model, systems thinking, innovation and real problems solution that motivate students for learning. The Lego Serious Play fulfills these functions and needs to be understood and used by legal professionals.

KEYWORDS: Law. Methodology of Legal Education. Innovation. *Lego Serious Play*. Constructionism.

1 INTRODUÇÃO

Há entre muitos professores e alunos dos cursos jurídicos um sentimento comum: as metodologias tradicionais usadas no ensino do Direito precisam evoluir muito para garantir não apenas o aprendizado efetivo conectado com as reais necessidades da sociedade, mas também para assegurar mais interesse, envolvimento e motivação.

Certamente, esse cenário decorre do fato de as metodologias tradicionais do ensino jurídico serem praticamente as mesmas desde o século XIX, fortemente marcadas pelo ins-

Como citar este capítulo:

GABRICH, Frederico de Andrade; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. *Lego serious play no direito*. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 13-29. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

trucionismo dogmático, pelo saber quase que exclusivo do professor, pela lógica racional e esquemática dos livros e pelo estudo pautado exageradamente no texto da lei.

Em regra (com algumas exceções), as metodologias de ensino usadas nos cursos jurídicos brasileiros desconsideram as significativas mudanças ocorridas na sociedade, especialmente neste século XXI. Tais mudanças refletem diretamente na alteração do perfil médio dos alunos dos cursos de Direito no Brasil, que é resultado do aumento significativo de oferta de cursos jurídicos neste País, mas também e, principalmente, do avanço tecnológico, marcado pela era da informação, que foi cada vez mais difundida a partir do início dos anos 1990, quando a internet começou a se impor como principal plataforma para o fluxo contínuo e crescente da informação.

Essa realidade foi potencializada com a criação de veículos digitais (Google; Youtube; Amazon; iTunes; Facebook; etc.) e hoje proporciona a integração (global) na “ponta dos dedos” (principalmente com o surgimento dos smartphones e dos *tablets*). Tudo isso permitiu (e permite) não apenas o compartilhamento (quase) gratuito e instantâneo de ideias e de informações, mas de entretenimento e de conhecimento.

Os livros impressos, a universidade e o professor, que eram até o início dos anos 1990 as principais referências de informação e de conhecimento, passaram a conviver com a liberdade exponencial de criação, de expressão e de informação permitidas pela internet, pelas redes sociais, pelo Google, pela relativização prática da lógica restritiva da propriedade intelectual.

Diante desse contexto, no âmbito específico do ensino do Direito, as metodologias de ensino precisam não apenas evoluir, mas agregar múltiplas (e novas) experiências e possibilidades de informação, de formação e de encantamento dos alunos, como também mecanismos que promovam a produção de novas ideias que determinem a organização jurídica e eficiente dos objetivos e dos problemas reais das pessoas (preferencialmente sem conflitos e sem processos judiciais).

O problema é que a educação jurídica brasileira ainda não é orientada para isso e as metodologias tradicionais usadas no Brasil valorizam quase que exclusivamente o método dedutivo e escolástico, desenvolvido principalmente por meio de aulas teóricas, expositivas, formais (repetitivas e monótonas) e com fundamento significativo na análise do texto expresso da lei. E isso acaba resultando na mitigação do potencial da aprendizagem e intensifica o desinteresse e a dificuldade no ensino dos atuais alunos dos cursos de graduação em Direito.

Esse é o problema que esta pesquisa procura solucionar, por meio da exploração da metodologia *Lego Serious Play* e de sua combinação com o ensino do Direito em cursos de graduação e de pós-graduação.

Para isso, a pesquisa utiliza-se do método lógico dedutivo e vale-se especialmente do referencial teórico estabelecido por Per Kristiansen e Robert Rasmussen, na obra: *Construindo um negócio melhor com a utilização do método Lego Serious Play*.

2 DO INSTRUACIONISMO, CONSTRUTIVISMO E CONSTRUCIONISMO

A maioria das Instituições e cursos de Direito, sejam elas seculares ou recentes, são marcadas pelo caráter dogmático, rígido e mecânico do ensino dessa Ciência, resultado do culto ao modelo instrucionista da educação.

O *instrucionismo* consiste na transmissão de conteúdos fundamentalmente por meio de aulas expositivas (monólogos), numa abordagem linear e dogmática, na qual exige-se do aluno a memorização e reprodução do conteúdo repassado pelo professor. Logo, o discente tem um papel passivo (escutar, assimilar e decorar as informações), ao passo que o docente é o polo ativo e o centro da sala de aula.

De acordo com Mussio, Validório e Merlini (2014), no modelo instrutivista, o aluno é visto como um sujeito passivo, que apenas recebe as instruções de um professor que transfere o conteúdo por ele adquirido.

Exatamente por isso, Paulo Freire critica esse modelo ao tecer as seguintes considerações:

[...] ensinar não é transferir conteúdo a ninguém, assim como aprender não é memorizar o perfil do conteúdo transferido no discurso vertical do professor. Ensinar e aprender tem que ver com o esforço metodicamente crítico do professor de desvelar a compreensão de algo e com o empenho igualmente crítico do aluno de ir entrando como sujeito em aprendizagem, no processo de desvelamento que o professor ou professora deve deflagrar. (FREIRE, 2015, p. 116)

De fato, Freire entende que “ensinar não é *transferir* conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção” (FREIRE, 2015, p. 24).

Para Normam José Solórzano Alfaro, entretanto, a forma tradicional de “ensino do Direito” consiste na transmissão quase unilateral de uma série de estratégias e táticas para o manejo eficiente da linguagem jurídica e do sistema burocrático (ALFARO, 2013, p. 423). Por isso, em muitos casos, quase não há diálogo crítico ou integração entre professor e alunos.

Contudo, é evidente que o instrucionismo é importante para a educação, tanto que ainda é o modelo mais aplicado na maioria das escolas e universidades, o que permitiu o desenvolvimento do conhecimento alcançado pela humanidade até o momento. Porém, o uso excessivo e quase exclusivo desse modelo está desconectado com as inovações, com o fluxo contínuo e livre de informações, bem como com o pluralismo de ideias e de concepções de ensino e de aprendizagem determinados pela era do conhecimento que marca este século.

Per Kristiansen e Robert Rasmussen (2015), sintetizam bem o instrucionismo e demonstram, de maneira simples, a sua importância, mesmo nos dias atuais:

Instrucionismo ocorre quando alguém conta o que essa pessoa acha que você deveria saber, e às vezes instrucionismo é a melhor forma. Por exemplo, crianças podem aprender sobre os motivos das luzes de trânsito de duas maneiras. Você pode dizer-lhes que verde significa pode ir e vermelho pare, ou você pode mandá-las sair na rua e aprender por experiência. [...] Ele nem sempre é a coisa errada a se fazer; é algo como um remédio potente: se ele vem na hora certa e na dosagem correta, então pode realmente funcionar. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 86)

Portanto, não se almeja com esta pesquisa demonstrar que o instrucionismo é uma teoria “morta” e/ou sinônimo de “erro”, mas, sim, que é preciso a implementação, a conexão e o aprimoramento de novas teorias e metodologias de ensino. As antigas e novas metodologias de ensino precisam conviver, pois elas não se anulam, mas se complementam.

Nesse sentido, conforme Gabrich (2010) demonstra, “os milhares de novos alunos dos cursos de Direito da atualidade são pessoas inseridas em uma realidade completamente diferente daquela vivenciada pelos bacharéis formados nas últimas décadas do século XX.” É justamente por conta dessa realidade (e mundo) distinta que é urgente a necessidade da utilização de novas metodologias de ensino, bem como o desenvolvimento de um novo modelo mental entre os profissionais do Direito, que valorizem menos o conflito e o processo judicial, em proveito da estruturação jurídica eficiente dos objetivos e dos problemas reais das pessoas.

Não obstante, para instigar o interesse do discente, bem como para deslocar o aluno do polo passivo (de mero receptor de informações e conteúdos) e despertá-lo para o aprendizado, é imprescindível (re)pensar o ensino jurídico, bem como a pesquisa e a implementação de variadas e inovadoras metodologias de ensino. O construtivismo e o construcionismo são teorias importantes para essa evolução.

O *construtivismo*, desenvolvido por Jean Piaget¹, busca entender o processo de aprendizagem do indivíduo; estuda o papel ativo do sujeito na construção dos novos conhecimentos. O construtivismo busca conectar o sujeito cognoscente à unidade complexa pluridimensional na qual ele está inserido (a sua realidade), nos planos racional, afetivo e relacional.

Entre os aspectos mais marcantes da teoria epistemológica genética de Piaget, está a certeza de que o conhecimento é construído quando quem aprende interage com o objeto que será apreendido. Assim, a relação entre sujeito e objeto, oferecida por Piaget, determina uma atitude ativa de quem aprende, revelando a necessidade de uma postura avessa à passividade no processo de aprendizagem.

O construtivismo (de Piaget) fundamentou-se na pesquisa dos estágios de desenvolvimento infantil e sua importante conclusão (resultado) foi a de que crianças não adquirem simplesmente conhecimento pouco ao pouco, mas sim com suas interações no mundo. Sobre o tema, Kristiansen e Rasmussen (2015) enfatizam que “as crianças usam sua experiência no mundo para construir quadros coerentes e robustos chamados “estruturas do pensamento”. As crianças não são apenas passivos absorvedores de experiências e informações, mas construtores ativos de teorias”. Ou seja, o conhecimento é uma elaboração contínua e que não pode ser simplesmente imposta, precisa ser experimentada e vivenciada.

Nesse sentido, segundo Fernando Becker:

Construtivismo significa isto: a ideia de que nada, a rigor, está pronto, acabado e de que, especificamente, o conhecimento não é um dado, em nenhuma instância, como algo terminado. Ele constitui pela interação do indivíduo com o meio físico e social, com o simbolismo humano, com o mundo das relações sociais; e se constitui por força de sua ação e não por qualquer outra dotação prévia, na bagagem hereditária ou no meio, de tal modo que podemos afirmar

1 Jean William Fritz Piaget, suíço nascido em 1896, biólogo e psicólogo, foi considerado o “pai” do construtivismo. Piaget foi um epistemólogo, considerado um dos mais importantes pensadores do século XX. Defendeu uma abordagem interdisciplinar para a investigação epistemológica e fundou a Epistemologia Genética, teoria do conhecimento com base no estudo da gênese psicológica do pensamento humano.

que antes da ação não há psiquismo nem consciência e, muito menos, pensamento. (BECKER, 1993, p. 88-89)

O construtivismo propõe que crianças (mas isso se aplica a qualquer pessoa, inclusive adultos, em processo inicial de algum aprendizado) não são simplesmente, como bem sintetizou Kristiansen (2015, p. 84), recipientes vazios onde se pode colocar conhecimento. Ao contrário, elas são criadoras de teorias que constroem e reorganizam este conhecimento baseado no que elas já sabem e experimentaram.

De fato, para alguns autores, o construtivismo pode e deve influenciar métodos educacionais em todos os níveis de escolaridade. Nesse sentido, para Rosa (1994, p. 32), existem no construtivismo piagetiano as possibilidades necessárias para a efetiva mudança da escola brasileira, e defende que “se há algo novo no ar que se respira, de modo mais intenso há mais ou menos uma década, esse novo tem um nome: chama-se construtivismo”. A partir desse “novo”, a autora contrapõe o construtivismo aos métodos tradicionais (monótonos e centrados no saber dos professores e livros), para redefinir o papel do docente e para superar as principais resistências às mudanças em sala de aula: apego ao método, à rotina e à autoridade.

Nesse sentido, para Rosa (1994):

A ação pedagógica envolve dois pólos: o ensino e a aprendizagem, representados, respectivamente, pelo professor e pelo aluno. Os teóricos construtivistas não têm, em princípio, como preocupação científica pensar o pólo ‘ensino’ e sim, o pólo ‘aprendizagem’. De modo mais preciso, não estão voltados à questão do ‘como ensinar’, mas ao ‘como o indivíduo aprende.’ (ROSA, 1994, p. 40)

Realmente, pesquisar e compreender *como o indivíduo aprende* é medida elementar para o sucesso do ensino. E isso é importante nesta pesquisa, principalmente, em virtude do quadro atual de desinteresse, de apatia e de passividade de parte significativa dos atuais discentes de cursos jurídicos. Porém, é preciso atentar-se, também, para as formas de *como se ensinar*, pois a educação é uma via de mão dupla.

Há autores que definem a pesquisa do construtivismo com enfoque no ensino e na aprendizagem como o “construtivismo em nova dimensão”², baseando-se nas concepções de Lev Vygotsky, César Coll e Berta Braslavsky, na qual, valorizam-se os papéis respectivos do aluno e do professor na ‘construção progressiva de significados’, compartilhada na aprendizagem e no ensino. Nesse caso, privilegiam-se as dimensões sociais da didática (ensino e aprendizagem; professor e aluno; forma e conteúdo). (BRASLAVSKY, 1993)

César Coll ensina que a “educação escolar ideal não é a que transmite os saberes constituídos e legitimados socialmente, mas aquela que assegura condições ótimas para o aluno desenvolver suas capacidades cognitivas, afetivas, sociais e de aprendizagem”. (COLL, 1992, p. 11). Além disso, o mesmo autor reforça a:

importância da criatividade e da descoberta na aprendizagem, ao atribuir à atividade do aluno um papel decisivo na aprendizagem, a minimizar e relativizar a importância dos conteúdos e a conceber o professor mais como um guia, um facilitador ou um orientador da aprendizagem do que um transmissor do saber constituído. (COLL, 1992, p. 11)

E foi justamente nessa busca pela conexão e aprimoramento do construtivismo com as áreas de teorias do aprendizado e educação, que Seymour Papert (colega de Piaget no fim dos anos 1950 e início dos 1960) desenvolveu a teoria do *construcionismo*.

De fato, pode se dizer que o *construcionismo* é uma extensão ou uma evolução do construtivismo. Papert buscou criar um ambiente mais favorável às teorias de Piaget, bem como ampliou os destinatários da pesquisa, ultrapassou o universo do ensino infantil e preocupou-se, também, com a educação dos adultos. Nesse sentido:

Embora ambos, Piaget e Papert, tenham desenvolvido suas teorias através da observação do comportamento e atividades das crianças, Papert, especialmente, acreditava que esses resultados eram igualmente aplicáveis aos adultos.

.....

Ele (Papert) procurou criar um ambiente de aprendizagem que fosse mais propício para as teorias de Piaget. Ele (Papert) percebeu que os ambientes escolares convencionais eram muito estéreis, muito passivos, muito dominados pela instrução. Tais ambientes não permitiam que as crianças fossem construtoras ativas, e ele sabia que elas eram. (LEGO GROUP, 2002, p. 8-9). *Tradução livre*.³

Kristiansen e Rasmussen (2015, p. 84) explicam que Papert enxergava os ambientes escolares convencionais como muito estéreis, passivos e dominados pela instrução; eles não providenciavam nem promoviam uma atmosfera que permitia às crianças serem construtoras ativas (algo que ele sabia que elas eram). Por isso, segundo Kristiansen e Rasmussen:

Se acreditarmos que retemos conhecimento como estruturas baseadas em nossa interação com o mundo, então nós podemos *criar conhecimento* mais rápido e melhor (aprendizado) quando estamos engajados na construção de um produto ou algo externo. Resumidamente: "Quando você cria no mundo você constrói na sua mente". [...] Quando pessoas constroem coisas no mundo, elas simultaneamente juntam teorias e estruturas de conhecimento em suas mentes. Então esse novo conhecimento permite-lhes construir coisas ainda mais sofisticadas mundo afora, o que rende ainda mais conhecimento, e assim por diante, em um ciclo que se reforça a si próprio. Isso respalda um princípio central do método LEGO Serious Play: aprendizado acontece especialmente quando criamos ativamente algo físico/concreto que é externo à nós. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 85)

Papert, professor de matemática, observou que as aulas de sua disciplina eram monótonas, entediantes, sem engajamento, passivas e dominadas por instrução; ao passo que nas aulas de arte era evidente o engajamento, o entusiasmo e a colaboração dos alunos, pois as aulas eram marcadas pela criatividade, pela participação e pela originalidade, com o sentimento absoluto de diversão e prazer. Tal contexto o levou a planejar uma abordagem mais construtiva para a matemática (que também poderia ser uma aula empolgante, maravilhosa, desafiadora, engajadora e tão criativa quanto às aulas de arte). (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 85)

Daí, então, o principal propósito do construcionismo de Papert; criar ambientes e possibilidades que estimulem o interesse e a participação ativa dos alunos (em qualquer disciplina e

3 Although both Piaget and Papert developed their theories through observing the behavior and learning activities of children, Papert, especially, believes that these findings are equally applicable to adults. [...] He wanted to create a learning environment that was more conducive to Piaget's theories. He saw conventional school environments as too sterile, too passive, too dominated by instruction. Such environments did not allow children to be the active builders that he knew they were. (LEGO Group. The science of lego serious play. 2002, p. 8-9.) Disponível em: www.seriousplay.com. Acesso em: 22 fev. 2019.

Ciência), instigando os sentidos e aguçando a criatividade, bem como a integração e a afetividade, tanto dos discentes, quanto dos docentes.

No caso específico de Papert, ele chegou a desenvolver, nos anos 1970, uma linguagem de programação de computadores chamada Logo, que tornava possível às crianças aprenderem matemática construindo ilustrações, animações, músicas, jogos e simulações (dentre outras coisas) no computador. Em meados dos anos 1980, membros de sua equipe no MIT (Instituto de Tecnologia de Massachussets) desenvolveram o LEGO TC Logo, o que reuniu a linguagem de computador com os familiares blocos LEGO. Essa nova ferramenta permitiu às crianças controlarem suas estruturas de LEGO criando programas no computador. Tal experiência levou Papert a concluir: “Melhor aprendizado não virá de achar modos melhores do professor ensinar, mas dando ao aprendiz **melhores oportunidades em construir**”. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 86)

Assim, o fio condutor essencial do método de aprendizado *LEGO Serious Play* é o conceito de construcionismo. E isso fica evidente quando Kristiansen e Rasmussen afirmam o seguinte:

Aprender construindo algo que você possa identificar e ter orgulho, e sobre o que você possa pensar: “é nisso que eu sou bom”. Como Papert mesmo realçou: “O que aprendemos no processo de construir coisas que nós gostamos penetra muito mais profundamente em nosso subconsciente do que aquilo que qualquer um pode nos dizer”. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 86)

O método *LEGO Serious Play*, centrado no construcionismo, evidencia, assim, a necessidade da educação pautada no equilíbrio entre a razão e a emoção; na participação ativa do aluno, bem como no desenvolvimento do pensamento sistêmico (holístico), não linear e marcadamente emocional, que auxilia o desbloqueio de novos conhecimentos e, assim, proporciona um aprendizado efetivo.

Tais características são imprescindíveis para o ensino, como será demonstrado.

3 A NECESSIDADE DA EDUCAÇÃO BASEADA NA RAZÃO E NA EMOÇÃO

Um ponto relevante da educação é não limitar o ensino. Kristiansen e Rasmussen (2015) definiram, acertadamente, que *o propósito é explorar e aprender, em vez de apenas ensinar*. O ensino precisa ser motivador, despertar curiosidade e sentidos. É necessário experimentar o conhecimento, não apenas dizê-lo e/ou escutá-lo.

Nesse sentido, segundo Edgar Morin:

É impressionante que a educação que visa a transmitir conhecimentos seja cega quanto ao que é o conhecimento humano, seus dispositivos, suas enfermidades, suas dificuldades, suas tendências ao erro e à ilusão, e não se preocupe em fazer conhecer o que é conhecer. (MORIN, 2013)

Assim como o filósofo Edgar Morin, Rubem Alves aponta a necessidade de um ensino pautado na razão e na emoção, com foco no desenvolvimento do ser humano. A emoção e a inteligência estão interligadas (ALVES, 2014, p. 20). Rubem Alves esclarece, ainda, que: “os conhecimentos da ciência são importantes. Eles nos dão poder. Mas eles não mudam o jeito se

ser das pessoas". (ALVES, 2013, p. 40) A mudança de comportamento ocorrerá por intermédio da emoção e da experiência, pois não basta apenas dizer o que se deve/espera transformar, é preciso vivenciar a transformação e/ou o que a impulsiona.

A mecanização e massificação do ensino, cada vez mais verticalizado e realizado sem observar a necessidade da inter, da multi e da transdisciplinaridade, distanciam o homem do ser humano, da transformação pessoal que o ensino é capaz de proporcionar. Como disse, acertadamente, Morin (2013, p. 43): "a educação do futuro deverá ser o ensino primeiro e universal, centrado na condição humana". E mais:

[...] o século XX produziu avanços gigantescos em todas as áreas do conhecimento científico, assim como em todos os campos da técnica. Ao mesmo tempo, produziu nova cegueira para os problemas globais, fundamentais e complexos, e esta cegueira gerou inúmeros erros e ilusões, a começar por parte dos cientistas, técnicos e especialistas. (MORIN, 2013, p. 42)

Morin evidencia ainda, que:

[...] no mundo humano, o desenvolvimento da inteligência é inseparável do mundo da afetividade, isto é, da curiosidade, da paixão, que por sua vez, são a mola da pesquisa filosófica ou científica. A afetividade pode asfixiar o conhecimento, mas pode também fortalecê-lo. Há estreita relação entre inteligência e afetividade: a faculdade de raciocinar pode ser diminuída, ou mesmo destruída, pelo *déficit* de emoção; o enfraquecimento da capacidade de reagir emocionalmente pode mesmo estar na raiz de comportamentos irracionais. (MORIN, 2013, p. 20)

Não obstante, segundo Alves:

O nascimento do pensamento é igual ao nascimento de uma criança: tudo começa com um ato de amor. Uma semente há de ser depositada no ventre vazio. E a semente do pensamento é o sonho. Por isso os educadores, antes de serem especialistas em ferramentas do saber, deveriam ser especialistas em amor: intérpretes de sonhos. (ALVES, 2000)

Assim, o conhecimento humano acontece e é maximizado exatamente quando se obtém a combinação exata entre razão e sensibilidade, o justo meio entre o raciocínio lógico abstrato e a emoção da vida, da prática. Não há como desconsiderar que o ser humano pensa, se comunica, ensina e aprende por meio da combinação entre imagens e palavras; razão e emoção.

Logo, o ensino formal do Direito ou de qualquer outra ciência precisa ser desenvolvido com a combinação entre a razão e a emoção (binômio basilar do construcionismo e do método *LEGO Serious Play*).

Inquestionável, assim, que o ensino do século XXI precisa de uma (r)evolução, a fim de resgatar a condição humana e ser capaz de eliminar as cegueiras sociais. Mas, além da necessidade de mudança das metodologias de ensino jurídico e do modo de aprendizagem, é imprescindível, no ensino do Direito, a mudança do modelo mental dominante (fortemente instrucionista, dogmático, pautado na letra da lei e no culto ao processo e conflito).

Para facilitar a mudança do modelo de pensamento ainda dominante no Direito, Frederico Gabrich propõe a Análise Estratégica do Direito (GABRICH, 2010).

De acordo com essa teoria, o Direito existe para estruturar sistematicamente os objetivos das pessoas, para que eles sejam realizados com a maior eficiência possível, com a maior satis-

fação e felicidade possíveis de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente. A Análise Estratégica do Direito tem como base o pensamento sistêmico (holístico) e afirma que o Direito deve ser compreendido como uma das (muitas) ciências usadas pelas pessoas (naturais e jurídicas) para a estruturação eficiente dos seus objetivos (com o menor desgaste psicológico, de tempo e de dinheiro possíveis), preferencialmente sem conflitos, com a máxima felicidade e, certamente, sem os pressupostos do processo judicial e/ou da solução não consensual de eventuais divergências que decorrem (naturalmente) do relacionamento humano. De acordo com esse paradigma, se a estruturação jurídica for bem realizada, não haverá conflito, não haverá processo judicial e, no plano ideal (utópico), não haverá infelicidade.

Em outras palavras, repita-se, de acordo com a perspectiva da Análise Estratégica do Direito, no plano absolutamente ideal, se existe conflito e/ou se existe a necessidade de um processo judicial para dirimi-lo, há um importante indicativo de falha no planejamento jurídico dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) envolvidas no caso.

É preciso, todavia, que a mudança de paradigma e de modelo mental comecem no plano teórico e prático, a partir também das metodologias de ensino utilizadas no ensino jurídico. E a combinação das metodologias tradicionais, com o uso de outras mais inovadoras, como é o caso do *LEGO Serious Play*, certamente podem representar um excelente caminho nessa direção, especialmente porque valorizam a identificação e realização mais eficiente dos objetivos das pessoas, com o desenvolvimento de soluções sistêmicas e sustentáveis dos problemas reais, com amparo na razão e no afeto.

4 LEGO SERIOUS PLAY (LSP)

O método *LEGO Serious Play* foi desenvolvido pela empresa dinamarquesa LEGO, para desbloquear novos conhecimentos, e nasceu do desejo humano de fazer e criar coisas, bem como da busca pela geração valor para as pessoas.

Os criadores do método perceberam que para maximizar o potencial humano é preciso desenvolver um pensamento estratégico, aguçar a criatividade, a imaginação e os sentidos, permitindo, assim, um pensamento inovador.

Inicialmente desenvolvido para auxiliar o desenvolvimento de estratégias empresariais e a tomada de decisões nas organizações, o LSP sempre teve em sua essência a criatividade e a imaginação. De fato, no início dos anos 1990, Robert Rasmussen começou a investigar como poderia aplicar os seus conhecimentos sobre como crianças aprendem e daí elaborar algo para que os adultos pudessem desenvolver estratégias. Em 2001 o LSP teve sua primeira versão como uma “técnica de pensamento, comunicação e resolução de problemas para grupos” e se disseminou pelo mundo, com inúmeros aprendizados e rearranjos, sendo significativamente mais sofisticado hoje e aplicado em diversos segmentos, inclusive o educacional.

O desenvolvimento da metodologia *LEGO Serious Play* acabou demonstrando que é preciso engajar as pessoas (alunos) e permitir que todas (100%)⁴ participem dos processos de

4 Os criadores do método LSP buscavam alternativas para eliminar as famosas e frequentes “Reuniões 20/80”, que são aquelas onde 20% dos presentes se expressam e 80% ficam calados. Fato muito comum nas salas de aulas dos cursos jurídicos do Brasil.

construção do conhecimento e das atividades, pois só assim é possível elevar o rendimento da equipe (sala de aula) e o nível de compreensão de cada conteúdo.

Para isso, é preciso criar um ambiente que permita que pessoas (alunos) estejam engajadas, estimuladas, com liberdade para criar, para inovar (e inclusive errar) e para conseguir expelir, inclusive, o que elas não sabem que sabem, pois, como afirma Rasmussen (2015, p. 18): "as próprias pessoas normalmente sequer sabem o que elas sabem"

De fato, a metodologia do *LEGO Serious Play*, extremamente motivacional e participativa, baseada no construcionismo de Papert, combate os desafios atuais relacionados com o desinteresse dos alunos pelas aulas marcadamente expositivas e instrutivistas (que ainda prevalecem, infelizmente, no ensino jurídico). A metodologia proporciona agregação e participação dos alunos e professores, pois todos são importantes, podem e sabem contribuir para o processo de ensino e de aprendizagem. Além disso, o *LEGO Serious Play* potencializa *insights* (ideias novas, às vezes desconhecidas dos próprios participantes e que são expelidas subitamente durante o desenvolvimento das atividades), aumenta a confiança e o comprometimento de todos os sujeitos do processo de educação, pois permite a vivência e a experiência do conhecimento. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 23)

Basicamente, a metodologia do *LEGO Serious Play* é desenvolvida com uso de **metáforas** (que podem gerar maneiras radicalmente novas de entender as coisas, pelo seu papel ativo, construtivo e criativo na cognição humana) e com fundamento na **empatia** (que permite aos participantes se colocarem no lugar das pessoas envolvidas com o tema-problema apresentado pelo professor, facilitando a construção de soluções inovadoras e possíveis).

LEGO Serious Play não é um brinquedo, mas uma metodologia voltada para geração de ideias, para a inovação, para o conhecimento e para a aprendizagem baseada na construção literal de modelos palpáveis que representem a efetiva solução dos problemas reais das pessoas. A metodologia pressupõe que as pessoas são mais inovadoras e aprendem mais quando "pensam com as mãos" e constroem a solução de problemas relacionados realmente com as suas vidas. *LEGO Serious Play*⁵ é uma metodologia com propósito explícito e específico que auxilia em construções que gerem reflexões e experiência pessoal.

Além de estar baseada no construcionismo que, como supracitado, foi desenvolvido por Seymour Papert, a metodologia do *LEGO Serious Play* tem também como pressuposto o *PBL* (*Problem-Based Learning*), ou aprendizagem baseada em problemas.

De fato, a aprendizagem baseada em problemas é conhecida mundialmente como uma metodologia de ensino-aprendizagem caracterizada pelo uso de problemas da vida real para estimular o desenvolvimento do pensamento crítico e das habilidades de solução de proble-

5 *Serious Play* é um "jogo sério" tem um propósito explícito e acontece de forma específica. Este propósito é tratar um assunto real com os participantes ao redor de uma mesa por meio do engajamento deles, desbloqueio de seus conhecimentos e quebra do pensamento convencional. Como explicam Kristiansen e Rasmussen (2015, p. 41): *Os participantes sabem que utilizarão sua imaginação – isto é, sua habilidade para formar uma imagem mental de algo que ainda não existe – para antecipar coisas que ainda não aconteceram. Eles estão explorando um estado plausível e possível ou vendo a realidade atual de uma maneira diferente além de entender sua complexidade e incerteza de forma diferente.* Ou seja, permite que os participantes (alunos) desenvolvam o seu senso-crítico e pensem de maneira divergente, "fora da caixa". *Os participantes se engajam no jogo para aprender, gerar opções e desenvolver um novo entendimento juntos. Realizam um processo que os prepara para tomarem decisões melhores, e isto alinha seus objetivos e pontos de ação e gera novos aprendizados.* O desafio e capacidade de imaginação que o método LSP e o próprio jogo propiciam ajuda a quebrar o padrão de pensamento e encoraja os envolvidos a utilizar livremente sua imaginação.

O LSP é uma abordagem de pensamento, comunicação e resolução de problemas para tópicos que são reais para os participantes, sendo uma preparação dos sujeitos para o sucesso. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 42-46).

mas e a aquisição de conceitos fundamentais da área de conhecimento em questão. (RIBEIRO, 2008).

O PBL originou-se na escola de Medicina da Universidade de McMaster (Canadá) no final dos anos 1960, inspirado no método de casos de ensino da escola de Direito da Universidade de Harvard (USA), justamente em resposta à insatisfação e ao tédio dos alunos frente ao grande volume de conhecimentos percebidos como irrelevantes à prática médica (o que é comum na educação de outros cursos, inclusive o de Direito). (RIBEIRO, 2008).

O PBL é uma metodologia de ensino que busca uma formação que integre a teoria à prática, bem como o mundo acadêmico ao mercado de trabalho, promovendo o desenvolvimento de habilidades e atitudes profissionais e cidadãs.

Segundo Ribeiro (2008) a principal característica do PBL é que o método utiliza um problema para iniciar, direcionar, motivar e focar a aprendizagem, diferentemente das demais metodologias convencionais que utilizam problemas de aplicação apenas ao final de conteúdos.

Trata-se de uma metodologia colaborativa, construtivista e contextualizada, na qual situações-problema são utilizadas para iniciar, direcionar e motivar a aprendizagem de conceitos, teorias e o desenvolvimento de habilidades e atitudes no contexto da sala de aula.

A aprendizagem baseada em problemas promove, assim, o ensino significativo de conhecimentos, proporcionando uma aprendizagem ativa, centrada nos discentes e que contempla o trabalho de grupos pequenos de alunos que são facilitados por tutores (o professor é um facilitador do processo de aprendizagem).

O *LEGO Serious Play* apresenta e se utiliza dessas características e diferenciais do PBL, para promover o aprendizado ativo, significativo, crítico criativo, estratégico e efetivo. Nesse sentido, é importante observar que o *LEGO Serious Play* utiliza situações-problema (PBL) no início do processo desenvolvido em cada sessão/aula, para instigar a criatividade e desafiar os participantes/alunos na elaboração de soluções e de respostas concretas, construídas a partir das peças de LEGO, em três dimensões.

Para isso, preferencialmente, os participantes devem possuir conhecimento mínimo acerca do tema-problema, para que tenham melhores condições para o desenvolvimento das soluções que o problema colocado requer. E isso pode ser obtido por meio de textos, livros e vídeos disponibilizados pelo professor antes do uso da metodologia, caso o tema-problema não tenha correlação direta com os conhecimentos e experiências pretéritas dos participantes.

Antes do início e da distribuição das peças de LEGO, o professor deve dividir a turma em grupos de quatro a cinco pessoas, e deve demonstrar a “etiqueta” da metodologia *LEGO Serious Play*, segundo a qual, em virtude do uso de metáforas e da empatia, todos devem participar e saber que não existem respostas absolutamente certas ou erradas para os problemas apresentados, mas apenas respostas significativas, que devem ser interpretadas e discutidas pelos alunos.

Formados os grupos, o professor deve, primeiro, desenvolver uma atividade para que os participantes conheçam as peças LEGO e possa interagir com elas, como, por exemplo, atribuir um tempo para que os participantes individualmente construam a maior torre possível, ou para

que representem com as peças as suas histórias pessoais mais significativas ou curiosas, para que sejam apresentadas para o grupo e para os demais alunos.

Em seguida, o professor deve apresentar o(s) tema(s)-problema(s) para os grupos (que pode ser um único ou vários que tenham interconexão) e pedir, primeiro, que os participantes construam com as peças LEGO as suas soluções individuais, para que sejam apresentadas em seus próprios grupos.

Na sequência, a partir das respostas individuais e debates decorrentes, o professor deve solicitar ao grupo que desenvolva outro modelo com as peças de LEGO, que represente uma solução decorrente do entendimento do grupo.

No final, especialmente quando os problemas dos grupos não são idênticos, mas interconectados, o professor deve solicitar que os grupos encontrem e desenvolvam as conexões entre os modelos criados em cada grupo, de maneira a evidenciar a importância das soluções sistêmicas, holísticas e sustentáveis.

4.1 *Lego Serious Play* (LSP) no ensino jurídico

O ensino e a prática jurídica brasileira, indiscutivelmente, passam por uma crise que pode ser analisada a partir de diversos aspectos ideológicos, sociais, culturais, econômicos, políticos e metodológicos, sendo que a esta pesquisa, por conta de um corte epistemológico, somente interessam os aspectos metodológicos.

Segundo Peter Senge, “nossos *modelos mentais* determinam não apenas a forma como entendemos o mundo, mas também como agimos.” (SENGE, 2008, p. 201).

Nesse sentido, o ensino e a prática jurídica brasileiras são desenvolvidas, quase sempre, a partir de uma mesma forma de pensar, de um modelo mental dominante e já destacado acima. Contudo, o aprendizado efetivo e pleno ocorre quando há não apenas razão e conteúdo, mas emoção e criatividade.

Nesse sentido, como Buzan também esclarece:

As pesquisas mostram que o cérebro é um órgão multidimensional, capaz de absorver, interpretar e recuperar informações por meio de recursos que são muito mais sensitivos, criativos, multifacetados e instantâneos do que as palavras escritas e faladas. A mente é capaz de entender uma informação não-linear, pois é projetada para essa função. E ela faz isso o tempo todo, seja quando vemos fotografias e figuras, seja quando interpretamos outras imagens que estão ao nosso redor.

Quando o cérebro ouve uma série de frases, ele não absorve a informação palavra a palavra, linha a linha – ele a considera como um todo. Ele a classifica, interpreta e assimila de diversas maneiras. Ouvimos as palavras e as situamos no contexto do conhecimento que já possuímos. Não temos necessidade de escutar todo um conjunto de frases antes de elaborarmos uma resposta. (BUZAN, 2009, p. 17-18).

De fato, como Buzan (2009, p. 2) observa, é preciso saber mais sobre como o cérebro recebe, processa, analisa, retém (armazena) e recupera informações, pois isso é absolutamente fundamental tanto para a criação, para o compartilhamento e para o desenvolvimento

das ideias, quanto para o desenvolvimento de metodologias de ensino e aprendizagem, entre as quais podem ser destacados, o *LEGO Serious Play*.

Nesse sentido, o cérebro, para Buzan:

[...] não raciocina de forma linear e monótona. Ao contrário, ele pensa em várias direções ao mesmo tempo – partindo de ativadores centrais presentes em Imagens-chave ou em Palavras-chave. Chamo isso de *Pensamento Radiante*. Como o termo sugere, os pensamentos se irradiam de dentro para fora, como os galhos de uma árvore, as nervuras de uma folha ou os vasos sanguíneos, que se propagam a partir do coração. (BUZAN, 2009, p. 22).

Ademais, o cérebro trabalha melhor com as mãos, e existe uma evidência⁶ bem fundamentada sobre a profunda interdependência entre a mão e o cérebro, sendo ambos, centrais para o desenvolvimento humano. Além disso, como já evidenciado nessa pesquisa, Jean Piaget comprovou que a inteligência cresce da interação entre o cérebro e o mundo (conhecimento é fruto das experiências com o mundo, é uma operação que constrói os seus objetivos). Assim, de um modo primário, como ensina Rasmussem (2015), o cérebro utiliza as mãos para construir seu próprio conhecimento de mundo.

O método *LEGO Serious Play* proporciona um ambiente de acolhimento, criatividade, liberdade de pensamento e desbloqueio de conhecimentos. Há uma perspectiva que torna esse desbloqueio ainda mais incrível: as pessoas não têm uma compreensão completa do que elas sabem. E a habilidade do método LSP para extrair conhecimento do inconsciente comprovou ser consideravelmente mais poderosa do que os criadores do método poderiam imaginar. O fato é que ao construir o pensamento e visão do mundo por meio das mãos, e por intermédio dos blocos LEGO, provoca-se uma conexão do tema-problema com o cérebro e a solução simplesmente aparece. Trata-se do “conhecimento manual, aquele que sua mão conhece, mas seu cérebro não é completamente consciente sobre isso”. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 89-95)

De fato, esse processo de construção com uso do pensamento concreto e da ligação entre mão e cérebro não se dá apenas por meio dos blocos LEGO, contudo, a variedade, flexibilidade, reutilização, modularidade e uso rápido do sistema de construção tornam as peças de LEGO superiores a qualquer material concreto conhecido, como evidenciou Rasmussem (2015, p. 94).

Para Papert, o pensamento concreto (muito usado em crianças) é um modo complementar aos modos de reflexão mais formais e abstratos, e deve ser desenvolvido em qualquer estágio de aprendizagem (qualquer idade, cultura, idioma), pois é um meio valioso de pensamento e de construção de caminhos para o conhecimento, principalmente por desbloqueá-los. O pensamento concreto é uma forma universal da razão humana e permite resultados mais rápidos e com mais confiança e compreensão do que representações abstratas e formais.

E é justamente com essa perspectiva que o método LSP se desenvolve, pautado no pensamento concreto e radiante (não linear e marcadamente emocional), com uma comunica-

6 Sobre o tema recomenda-se a leitura dos trabalhos dos antropologistas e paleontólogos Louis e Mary Leakey; Richard Leakey (filho); Donald Johanson e Sherwood Washburn, que apontam aprofunda interdependência entre a mão e o cérebro. O neurocirurgião canadense Wilder Penfield (1891 – 1976) também demonstrou em suas pesquisas a ligação íntima entre o cérebro e a mão no desenvolvimento humano, comprovada pelo mapa do cérebro desenvolvido por Penfield que mostra as proporções do cérebro dedicadas a controlar as diferentes partes do corpo, evidenciando que grande parte é destinada à mão. (KRISTIANSEN; RASMUSSEN, 2015, p. 92).

ção imagética significativa, desbloqueando novos conhecimentos e tornando o aprendizado memorável.

O método LSP pode e deve ser aplicado no ensino jurídico, pois garante a devida conexão entre teoria e prática, entre razão e emoção, bem como a devida interação entre os conhecimentos dos alunos e dos professores. Trata-se de uma técnica educacional interessada no aprendizado pela ação, na qual todos os participantes estão ativos, engajados e contribuem com o processo de aprendizagem, o que minimiza (praticamente anula) a dispersão, o desinteresse e o tédio dos discentes (grande problema do ensino jurídico do Brasil). Ademais, é uma metodologia de ensino em que os estudantes realizam a atividade e depois a estudam para melhorarem seu desempenho, acumulando, assim, experiências, motivação e o aperfeiçoamento da memória com fixação do conteúdo.

Dentre os inúmeros resultados, êxitos e benefícios do método *LEGO Serious Play*, Kristiansen e Rasmussem (2015), bem como os autores deste artigo científico (por meio das experiências já realizadas com o LSP em suas salas de aulas nos cursos de graduação e de mestrado em Direito), evidenciam o seguinte.

O método *LEGO Serious Play*: a) coloca todos os participantes (alunos) no mesmo nível de jogo; b) mantém todos os discentes envolvidos continuamente e ativamente durante a atividade/aula; c) encoraja a revelar ideias autênticas; d) dificulta a influência de opiniões e perspectivas individuais sobre o assunto explorado; e) estimula o desenvolvimento participativo da comunicação; f) prioriza o auto-aprendizado, com o aluno no centro do processo de aprendizagem; g) estimula o aprendizado por ação; h) expande os horizontes, e proporciona a quebra de paradigmas convencionais; i) desbloqueia novos conhecimentos (inclusive os que as pessoas não sabem que possuem); j) auxilia os participantes a desconstruírem o que seria uma situação altamente complexa (permite uma visão do todo); k) contribui para a concentração e interesse dos alunos; l) o LSP é ainda mais eficiente quando o desafio é complexo e sem soluções óbvias (o que aumenta senso crítico dos participantes); m) os estudantes acumulam experiências ao realizarem as atividades ativamente, fortalecendo a compreensão do conteúdo e alcançando a cognição efetiva; n) contribui para aumentar a inteligência coletiva da equipe, além de estimular o espírito de trabalho em equipe e interação social; o) o cérebro aprende melhor com as mãos e o LSP trabalha ativamente a conexão desses dois componentes centrais do desenvolvimento e aprendizado humano; p) é aplicável e funciona para todas as pessoas (tanto em crianças, quanto em adultos de qualquer faixa etária), bem como em qualquer idioma e cultura; q) é um método que trabalha não o que você já sabe conscientemente, pelo contrário, é desenvolvido para desbloquear novos conhecimentos e por isso é capaz de resultar em uma grande transformação da educação e cognição humana; r) permite a mudança de comportamento (quando os participantes estão sendo observados, eles normalmente irão conscientemente ou inconscientemente mudar o seu comportamento; s) o LSP prepara o aluno para saber se adaptar às situações inesperadas; t) o LSP gera valor para as pessoas e aumenta a confiança, a participação e o comprometimento de todos envolvidos; u) estimula o pensamento estratégico, aguça a criatividade, a imaginação e os sentidos, permitindo, assim, um pensamento inovador e concreto; v) permite que todos os sujeitos da educação (alunos, professores e instituição) experimentem e vivenciem o conhecimento; x) fortalece o ensino pautado na razão e na emoção, com uso da criatividade, sensibilidade e reflexões, maximizando o conhecimento e o desenvolvimento das pessoas, com resgate do ser Humano.

Por tudo isso, o LSP é uma metodologia altamente efetiva também para a (re)construção que o ensino jurídico brasileiro necessita. O *LEGO Serious Play* no Direito permite, da mesma maneira como em qualquer tema ou ciência, o desenvolvimento de todas as vantagens e resultados descritos acima.

Destaca-se que, com essa metodologia, na realidade, independentemente da idade ou do curso realizado pelo aluno (criança, jovem ou adulto), em virtude do pensamento radiante, da imaginação imagética, do desenvolvimento das atividades com as mãos e das associações realizadas pelo cérebro, o uso da metodologia do LSP favorece a comunicação, a criação de ideias, o pensamento sistêmico, reflexivo e estratégico, bem como o ensino e a aprendizagem de qualquer conhecimento, em qualquer ramo do saber ou ciência. Além disso, o uso do LSP torna o ensino e a aprendizagem mais fácil e prazerosa. É, pois, uma excelente ferramenta para inovar e estimular a educação e o aprendizado também nos cursos jurídicos.

Nesse sentido, não há dúvida de que a metodologia LSP pode e deve ser usada no ensino jurídico de graduação, bem como nos programas de pós-graduação *stricto sensu*, para que os mestrandos, futuros professores, possam estudar, entender e reconhecer essa metodologia como uma daquelas que realmente podem subverter a ordem tradicionalmente estabelecida e favorecer o florescer de um novo modelo (mental) de ensino, de pesquisa, de extensão, de interpretação e de aplicação do Direito.

5 CONCLUSÃO

Apesar de o ser humano ser psicologicamente refratário às mudanças, elas acontecem naturalmente, pois são inerentes à vida biológica. Além disso, a mudança é absolutamente necessária à inovação e à sobrevivência econômica, o que é absolutamente essencial em uma sociedade cada vez mais marcada pela lógica (normalmente cruel) do mercado e da eficiência.

As pessoas, as instituições, as empresas e a história da humanidade estão marcadas por diversos momentos em que essas alterações de fato e de direito foram significativas e determinaram uma mudança de paradigma ideológico, científico (teórico) ou prático.

Tudo isso é absolutamente natural também no ensino, na pesquisa, na interpretação e na utilização (profissional) do Direito.

É evidente que os atuais alunos dos cursos jurídicos, pensam, convivem, interagem e se comunicam de uma forma diferente daquela que acontecia no início do século XIX, quando foram instalados os primeiros cursos jurídicos no Brasil.

O problema é que praticamente as mesmas metodologias usadas no século XIX são dominantes até hoje. No Brasil, o ensino jurídico ainda está calcado no pressuposto do conflito, da lei como a principal (única) fonte do Direito e do processo judicial como a mais importante forma de determinação da paz social.

Como restou demonstrado nesta pesquisa, é possível uma evolução metodológica no ensino do Direito, que facilite o desenvolvimento do pensamento sistêmico, a conexão (emocional e racional) entre docentes e discentes, a imposição de um novo modelo mental baseado na estru-

turação jurídica eficiente dos objetivos das pessoas (Análise Estratégica do Direito), sem o pressuposto necessário do conflito e/ou do processo judicial.

Tudo isso é possível de ser alcançado pelo uso de diversas teorias e metodologias de ensino diferentes, como são os casos do ensino baseado na solução de problemas (PBL), do construtivismo, do construcionismo, dentre outras.

A metodologia do *LEGO Serious Play* também pode e deve ser inserida nessa lista de novas possibilidades, não apenas voltadas para o ensino jurídico, mas também para a ideação, para a pesquisa e para utilização prática do Direito.

É por intermédio dessas metodologias inovadoras que se alcançará um ensino pautado na harmonia entre a razão e a emoção, capaz de motivar o corpo discente, de despertar o seu interesse para o aprendizado efetivo e proporcionar a mudança do modelo mental até então vigente.

REFERÊNCIAS

- ALFARO, Norman José Solórzano. Experiência jurídica, experiência de aprendizagem: algumas abordagens pedagógicas para gerar aprendizagens significativas no Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 411-440, jul. 2013.
- ALVES, Rubem. *A alegria de ensinar*. 14. ed. Papirus Editora, 2000.
- ALVES, Rubem. *Educação dos sentidos e mais...*. 10. ed. Campinas: Verus Editora, 2014.
- ALVES, Rubem. *Lições do velho professor*. Campinas: Papirus, 2013.
- BECKER, Fernando. O que é construtivismo? In: BORJA, Amélia de et al. *Construtivismo em revista*. São Paulo: FDE, 1993. p. 87-93. (Série Idéias, 20).
- BRASLAVSKY, Berta. *Escola e alfabetização: uma perspectiva didática*. São Paulo: UNESP, 1993.
- BUZAN, Tony. *Mapas mentais: métodos criativos para estimular o raciocínio e usar ao máximo o potencial do seu cérebro*. Rio de Janeiro: Sextante, 2009.
- COLL, César et al. *Los contenidos en la reforma: enseñanza y aprendizaje de los conceptos, procedimientos y actitudes*. Madrid: Santillana, 1992.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 51. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2010.
- KRISTIANSEN, Per; RASMUSSEN, Robert. *Construindo um negócio melhor com a utilização do Método LEGO Serious Play*. São Paulo: DVS Editora, 2015.
- LEGO Group. *The science of Lego Serious Play*. 2002. Disponível em: www.seriousplay.com. Acesso em: 2 ago. 2016.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2013. *E-book*.
- MUSSIO, Simone Cristina; VALIDÓRIO, Valéria Cristiane; MERLINI, Véra Maria Ferro. As novas tecnologias acopladas à educação: reflexões sobre o ensino-aprendizagem no século XXI. *Revista RETC*, n. 14, p. 44-52, abr. 2014. Disponível em: <http://revista-fatecjd.com.br/retc/index.php/RETC/article/view/127/pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. *Aprendizagem baseada em problemas (PBL): uma experiência no ensino superior*. São Carlos: EdUFSCar, 2008. *E-book*.
- ROSA, Sanny A. da. *Construtivismo e mudança*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.
- SASS, Odair. *Construtivismo e currículo*. Artigo digital. Disponível em: http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/ideias_26_p087-103_c.pdf. Acesso em: 11 mar. 2016.
- SENGE, Peter M. *A quinta disciplina: arte e prática da organização que aprende*. 24. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

A large, light blue, stylized number '2' that serves as a background for the chapter title. The number is thick and has a smooth, rounded top curve.

CAPÍTULO

DESIGN: CONCEITOS E PROTEÇÃO JURÍDICA

MARINA VELOSO MOURÃO
CAMILA SOARES GONÇALVES

RESUMO

A valorização de produto ou serviço customizado está cada dia mais presente na vida da população, que busca uma experiência ou um objeto que seja diferente, agradável e emocional. O presente estudo propõe analisar, com fundamento no método dedutivo, o descompasso entre o conceito jurídico de *design* e o conceito contemporâneo de *design*, considerando a legislação brasileira, tendo como marcos teóricos as leis nº 9.279/96 e nº 9.610/98 e o artigo *Design Thinking e Direito* escrito pelo Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich.

PALAVRAS-CHAVE: *Design. Design thinking. Propriedade intelectual.*

ABSTRACT

The valorization of customized product or service is more and more present in the life of the population, who seeks an experience or an object that is different, pleasant and emotional. The present study proposes to analyze the mismatch between the legal concept of design and the contemporary concept of design, considering the Brazilian legislation, having as theoretical framework the laws 9.279 / 96 and 9.610 / 98 and the article Design Thinking and Law written by Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich.

KEYWORDS: *Design. Design thinking. Intellectual property.*

1 INTRODUÇÃO¹

A atividade de *design* produz criações intelectuais que resultam da inteligência, criatividade e capacidade inventiva humanas. Vivemos em uma época na qual o modelo de produção em larga escala domina o mundo da indústria.

As empresas oferecem no mercado quase os mesmos produtos e serviços, por preços muito parecidos e cada vez menores, o que leva ao movimento de estreitamento das margens

1 Apresentado no XXVIII Congresso Nacional do Conpedi realizado em Belém em 2019.

Como citar este capítulo:

MOURÃO, Marina Veloso; GONÇALVES, Camila Soares. Design: conceitos e proteção jurídica. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 31-48. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

de lucros e padronização dos modelos de negócios. No século XXI as pessoas querem, em regra, produtos e serviços mais customizados, bonitos, funcionais e emocionais. No entanto, as empresas somente conseguem oferecer isso com pesquisa, inovação e *design* de produtos, serviços, de interação e de ideias. Com o *design* busca-se criar identidade, a exclusividade e a personalização.

Todavia, o conceito jurídico clássico do *design* está atrelado à proteção da forma plástica do objeto, de uma combinação puramente estética, fútil e sem caráter útil. Definir *design* não é tarefa fácil, esse termo originário do inglês foi progressivamente vinculado ao desenvolvimento da industrialização e mecanização, inovação, quase sempre para determinar qualidades formais de objetos.

Assim, com fundamento no método dedutivo e tendo como marco teórico a Lei de Direitos Autorais e a parte reservada aos desenhos industriais da Lei de Propriedade Industrial, pretende-se discutir o descompasso entre o conceito jurídico e o conceito contemporâneo de *design*, a necessidade do desenvolvimento de estudos que reconheçam juridicamente a ampliação do conceito de *design*, bem como a possibilidade de aplicação cumulativa de instrumentos jurídicos de proteção da propriedade intelectual de produtos e serviços.

2 DESIGN THINKING

O *design thinking* é um novo modelo mental de pensar e de abordar a solução das contradições e dos problemas reais das pessoas oferecendo um produto ou serviço desejável, tecnológico e economicamente viável. O *design thinking* não se trata de estética, mas sim de aplicar os princípios do *design* na forma como as pessoas trabalham. Essa abordagem é o resultado da crescente complexidade das novas tecnologias e dos negócios contemporâneos.

Através dele, alia-se a necessidade humana aos recursos técnicos disponíveis, ao desejável e à viabilidade econômica para chegar a soluções voltadas para a superação de contradições empresariais e pessoais. Essa metodologia concebida por Tim Brown no início dos anos 1990, que busca uma 'terceira via' alternativa, está integrada ao conhecimento e a colaboração multidisciplinar com a finalidade de permitir o desenvolvimento de novas ideias voltadas para a estruturação de objetivos e/ou solução de reais problemas.

Diversas empresas vêm usando a metodologia do *Design Thinking* para a solução de seus problemas e contradições, na busca por novos produtos e serviços, úteis e visualmente agradáveis. Mais que um instrumento para a solução de problemas, o *Design Thinking* é uma metodologia de formulação de ideias, de criação e/ou do aprimoramento de produtos, de serviços e/ou de processos administrativos, baseada na observação, na empatia, na colaboração entre clientes e desenvolvedores, bem como na experimentação de protótipos (GABRICH, 2012, p. 313).

A cultura do *design* tende a ser mais tolerante com eventuais falhas, pois reconhece que raramente as coisas acontecem como gostaríamos logo na primeira tentativa, pois os equívocos fazem parte do desenvolvimento das ideias. As empresas aproveitam o fracasso como aprendizado, incluindo-o no custo relacionado à inovação. Assim, segundo o *designer* de automóveis Ralph Gilles:

Tudo precisa ser arte. Não é só projetar para a Chrysler, mas para outros *designers*. Então precisamos nos superar. O carro precisa ficar bonito, ficar bem na estrada e representar bem não apenas a marca, mas ser uma criação atraente de Detroit. [...] Toda marca, sem exceção, já fez um produto ruim que manchou um pouco a marca. Mas sou otimista. Acredito em redenção pelo *design*. É possível criar um produto que revitalize a marca, por meio da engenharia e do *design*. [...] Tudo precisa ser feito com amor, seja um limpador de para-brisas ou uma proteção de motor. O observador vai reconhecer isso. 'Nossa, alguém deu atenção a isso!' É isso que leva a um bom *design*, e a uma boa arte (ABSTRACT: THE ART OF DESIGN, 2017, ep. 5).

Uma cultura centrada no *design* é caracterizada por um conjunto de concepções que pode auxiliar qualquer um a ter ideias que servem para a vida. O objetivo do *design*, é transmitir uma sensação com foco nas experiências dos usuários, principalmente nas emocionais. Sobre o tema, Kolko (2015) estabelece que:

Para construir empatia com os clientes, organizações centradas no *design* precisam capacitar os funcionários a observar comportamentos e tirar conclusões sobre o que as pessoas querem e precisam. É muito difícil expressar esses dados em linguagem quantitativa. Por isso, empresas que adotam o *design* devem usar os códigos emocionais (palavras relacionadas com desejos, aspirações, compromisso e experiências) para descrever produtos e usuários. E os membros da equipe precisam discutir tanto a ressonância sentimental de uma proposta de valor quanto a utilidade e os requisitos do produto (KOLKO, 2015).

O *design thinking*, inicialmente utilizado para produzir objetos, tem sido cada vez mais aplicado a questões intrincadas, mas tangíveis: por exemplo, em como um cliente experimenta um serviço. Independentemente do contexto, nessa abordagem o profissional tende a usar modelos físicos, também conhecidos como artefatos de *design*, para explorar, definir parâmetros e se comunicar. Esses modelos (principalmente diagramas e desenhos) podem complementar e, em alguns casos, substituir planilhas, especificações e outros documentos que costumam compor o ambiente organizacional tradicional. Também favorecem a fluidez na investigação de temas complexos e permitem pensar de forma criativa na hora de abordar problemas complicados (KOLKO, 2015).

Nesse sentido, para Tim Brown:

El *design thinking* [...] en términos sencillos, es una disciplina que usa la sensibilidad y los métodos del diseñador para hacer coincidir las necesidades de las personas con lo que es tecnológicamente factible y con lo que una estrategia viable de negocios puede convertir en valor para el cliente y en una oportunidad de mercado (BROWN, 2008, p. 3).

Para o professor Frederico Gabrich,

Está em curso, claramente, uma transição do capitalismo consumista tradicional, em que prevalece a preferência pelo preço e depois pelo produto, para uma "era da experiência", em que o consumidor exige atenção, emoção, atendimento customizado e a possibilidade de participar e colaborar – muitas vezes gratuitamente – com seus fornecedores de produtos e de serviços. Em virtude dessa realidade, é preciso observar as pessoas em seu dia a dia, inferir seus desejos e reais necessidades, para garantir o desenvolvimento de produtos e de serviços que facilitem de fato suas vidas, mas que também sejam visualmente agradáveis e bonitos (GABRICH, 2012, p. 312).

O *Design Thinking* pressupõe que, na atualidade, não existem verdades absolutas, tampouco donos exclusivos do saber. Em um ambiente em que as informações são excessivas, onipresentes e gratuitas, o processo de cocriação de ideias é natural e flui de maneira às vezes caótica e outras vezes sistemática dentro das equipes criativas, independentemente de formação acadêmica ou de hierarquia funcional (GABRICH, 2012, p. 324-325).

O *design thinking* tem potencial de solução para quase todos os problemas. Segundo Kolko, muitos *designers*, aproveitam essa influência estratégica e reforçam essa impressão. O *design*, obviamente, não resolve tudo, mas pode ajudar pessoas e organizações a atravessar situações complexas, pois é uma excelente estratégia para a inovação, além de funcionar bem para auxiliar a estimar dados.

Em organizações centradas no *design* é comum observar moldes que representam novos conceitos, produtos e serviços espalhados pelos ambientes. O foco visual e organizacional no *design* pode contribuir para a humanização da tecnologia e para o desenvolvimento de produtos e serviços que ressoem emocionalmente e que atendam mais aos desejos, propósitos, vontades e necessidades de parte significativa dos consumidores contemporâneos.

3 DESIGN

A atividade de criação de *design* engloba tanto a técnica quanto a estética, e o autor é o responsável pela inserção de uma gama enorme de produtos e imagens no mercado, para isso ele deve estar atendo à legislação que diz respeito às criações intelectuais.

Um dos principais atributos do *design* é fazer com que as pessoas notem e se apaixonem pelas coisas, mas, cada vez mais, ele está longe de somente dar forma e beleza a algo, mas de transformar uma coisa existente em uma preferida. Seu objetivo passou a ser o de garantir que uma oferta de produto ou de serviço seja percebida pelas pessoas como algo de alto valor para as suas vidas pessoais ou profissionais (GABRICH, 2012, p. 318).

A utilização do termo muitas vezes confronta o leitor com diferentes pontos de vista e múltiplos conceitos, o que tende a causar mais confusão do que clareza. O *design* conceitua-se como "corporificação" de uma ideia, um projeto ou um plano, que com a ajuda dos meios correspondentes, permite a sua transmissão aos outros (LÖBACH, 2001 *apud* PENIDO, 2016, p. 33).

Conforme Campos (2011) o início da utilização do termo *design* foi

no período após a Revolução Industrial, especificamente para configurar a divisão entre artesanato e indústria. Naquele momento os princípios Modernistas de "forma segue a função" traçaram a trajetória de desenvolvimento dos produtos, que continham a diretriz clara da necessidade de um projeto para reprodução industrial, e cuja função era sinônimo de utilidade (CAMPOS, 2011 *apud* PENIDO, 2016, p. 11).

De acordo com os dicionários da língua portuguesa consultados, a palavra *design* acolhe os seguintes significados:

Design \di'zajn\ [ing.] s. m. DES. IND 1 a concepção de um produto (máquina, utensílio, mobiliário, embalagem, publicação etc.), esp. no que se refere à sua

forma física e funcionalidade 2 p. met. o produto desta concepção 3 p. ext. (da acp. 1) m. q. *DESENHO INDUSTRIAL* 4 p. ext. m. q. *DESENHO DE PRODUTO* 5 p. ext. m. q. *PROGRAMAÇÃO VISUAL* 6 p. ext. m. q. *DESENHO* ('forma do ponto de vista estético e utilitário' e 'representação de objetos executada para fins científicos, técnicos, industriais, ornamentais') d. gráfico DES. IND GRÁF conjunto de técnicas e de concepções estéticas aplicadas à representação visual de uma ideia ou mensagem, criação de logotipos, ícones, sistemas de identidade visual, vinhetas para televisão, projeto gráfico de publicações impressas etc.; comunicação visual (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 654).

Design. [d'zajn] [Ingl.] S. m. 1. Concepção de um projeto ou modelo; planejamento. 2. O produto desse planejamento. 3. *Restr.* Desenho industrial. 4. *Restr.* Desenho-de-produto. 5. *Restr.* Programação visual (FERREIRA, 1999, p. 654).

O *design* é uma experiência visual, instantânea e plena. O trabalho do *designer* consiste em transformar algo existente em algo preferido, assim, ele garantirá que o produto e serviço ofertado seja percebido pelas pessoas como algo de valor para suas vidas.

O *designer* irá observar as necessidades e problemas, formulará ideias inovadoras, planejará, criará e recriará produtos e serviços, transmitirá ideias e conteúdos com a finalidade de atrair, emocionar e cativar seu cliente. Ele buscará sempre a melhor e mais eficiente relação entre forma e conteúdo, entre comunicação verbal e visual dos produtos e dos serviços. Mas, como os *designers* entendem o *design*?

3.1 Na visão do *designer*

O aclamado fotógrafo grego Platon (ABSTRACT: THE ART OF *DESIGN*, 2017, ep. 7), afirma que "o que importa é a história, a mensagem, o sentimento. A conexão. Como fazer isso? Como atingir as pessoas? Numa mistura de simplicidade gráfica e poder da alma. Isso é *design*!"

Já a *designer* gráfica americana Paula Scher (ABSTRACT: THE ART OF *DESIGN*, 2017, ep. 6), sustenta que "o *design* existe além das telas, tem um impacto na vida real. Existe um aspecto emocional. O *design* precisa levar em conta o comportamento humano"

Nesse sentido, aduz a *designer* de interiores britânica Ilse Crawford:

Alguns acham que *design* de interiores é sobre aparência. 'Deve ser divertido ficar comprando móveis', uma pessoa me disse uma vez. Mas não penso assim. Passamos 87% da nossa vida dentro de edifícios. O *design* deles tem um impacto em como nos sentimos e comportamos. *Design* não é apenas o aspecto visual, é um processo mental, uma habilidade. Acima de tudo, é uma ferramenta para acentuar nossa humanidade. É uma moldura para a vida. [...] Nossos projetos começam com uma estratégia. Priorizamos as pessoas e pensamos na experiência humano no início do processo de *design*. No processo, analisamos o local, o cliente, e criamos empatia, porque empatia é um dos alicerces do *design*. Depois desse processo de análise e empatia é que entra o processo imaginativo. [...] O interior foi, por muito tempo, visto como um aspecto mais bobo do *design*, e agora está começando a ser levado a sério. [...] Fazer sentir bem, além de ser bonito. [...] Usar o *design* para aprimorar. Incorporar emoção nesse sistema, para desenvolver produtos sustentáveis, mas que as pessoas adorassem. [...] Não queríamos só criar produtos, queríamos criar uma experiência. [...] O *design* tira proveito das restrições. [...] O bem-estar agora é uma filosofia que permeia muitos *designers*. [...] Quando

priorizamos as necessidades humanas em um espaço o *design* pode causar um impacto profundo. Espero contribuir para a felicidade humana, para fazer um mundo melhor (ABSTRACT: THE ART OF DESIGN, 2017, ep. 8).

O discurso de Crawford é bem esclarecedor, demonstra que o consumidor busca do *designer* atenção, emoção, atendimento customizado e às vezes até a possibilidade de participar e colaborar.

Sobre o *design* colaborativo, Berchon (2014, p. 186) explica que, o coletivo de *designers* americanos Nervous System² se especializou na criação de *design* customizável de joias ou bijuterias, impressos em 3D. Os anéis, braceletes e colares produzidos por eles reproduzem formas orgânicas complexas que podem ser modificados diretamente pelo cliente graças a uma interface *on-line*.

A customização de um *design* é efetuada nas seguintes etapas: primeiro o *designer* cria o objeto inicial e suas variantes opcionais, que são apresentadas ao consumidor num ponto de venda ou via web. Em seguida, o consumidor escolhe dentre as opções disponíveis aquela que preferir, fazendo alterações no objeto. Por fim, este é produzido sob demanda enviado ao consumidor.

Outra empresa que trabalha de forma semelhante é a Sculpteo³, que lançou em 2012, um serviço *on-line* que permite customizar uma capa de telefone celular a partir de um modelo concebido por um *designer*, antes de recebê-la via postal. A partir de um aplicativo de celular ou de sites, basta selecionar a forma básica da capa e em seguida personalizar suas características físicas (adicionando textos, imagens ou ainda distorcer suas formas) e escolher seu material. Após, cada capa com visual único é impressa e enviada ao cliente.

3.2 Design x arte

Seria o *design* sinônimo de arte? Para o *designer* de tênis da Nike, Tinker Hatfield:

Eu acho que existe arte envolvida no *design*. Mas não acho que seja arte. Na minha percepção, arte é a maior auto-expressão de um indivíduo criativo. Para mim como *designer* o maior objetivo não é a auto-expressão. Meu objetivo é solucionar um problema para outra pessoa e espero que fique ótimo para ela, e bonito. É assim que o *design* funciona para mim. [...] Um *design* básico é funcional. Mas um ótimo passa uma mensagem (ABSTRACT: THE ART OF DESIGN, 2017, ep. 1).

Segundo Eurico Valeriano Baptista, coordenador do curso de *Design* Gráfico da UEMG (2008 *apud* MARTINS, 2009, p. 52):

a resposta mais simples à questão "o *design* é uma arte?" é "não". Para ele, o *design* não deve ser chamado de arte, considerando a forma como a história da arte moderna e contemporânea encaram o *design*: a partir do século XIX, o termo "arte" ganhou um sentido ideológico ligado a uma produção material individualista e transcendente, enquanto que o *design* defendia uma atividade funcional que atendesse à sociedade.

2 Nervous System – <https://n-e-r-v-o-u-s.com/>

3 Sculpteo – <https://www.sculpteo.com/en/>

Dessa maneira, conclui-se que *design* e arte não são sinônimos, pois a arte é puramente formal, os elementos artísticos e as concepções artísticas são formais. Já o *design* é a forma associada à função, os objetos de *design* implicam a conjunção entre a forma e a função destes.

3.3 Na visão dos juristas

E para os juristas, o que é o *design*? Conforme Martins (2009, p. 43) o *design* é o diferencial de um produto lançado num mercado abarrotado por um número excessivo de produtos semelhantes, de mesma tecnologia, mesmo preço, mesmo desempenho e mesmas características, que, ao confundir e dificultar o consumidor na percepção das diferenças faz com que este não consiga atribuir a elas o seu devido valor.

Como o *design* é uma criação intelectual (um bem intangível) que surge da criatividade e capacidade imaginativa do homem, para agregar valor às novas obras e aparatos, transformando um bem que não possuía economicidade em bem econômico, cabe ao seu autor impor os limites pelos quais esse novo produto venha a ser utilizado por terceiros (MARTINS, 2009, p. 47).

O professor Gabrich (2012, p. 319) explica que no campo exclusivamente jurídico, o termo *design* tem geralmente como única referência direta a sua relação com a propriedade intelectual e, mais especificamente, com o direito autoral de desenhos e de projetos arquitetônicos, bem como com a propriedade do desenho industrial. E ainda, afirma que

para o sistema brasileiro de proteção da propriedade industrial, o *design* de produto vale e merece proteção legal pela sua futilidade e não pela sua utilidade. Em outras palavras, a lei considera fundamentalmente o desenho industrial como arte aplicada à forma plástica ou ornamental de um produto, sem que esta aprimore ou acrescente qualquer nova funcionalidade ao objeto (GABRICH, 2012, p. 320).

Para Domingues (2008 *apud* MARTINS, 2009, p. 24), a concepção mais básica do *design* associa-se sim a valores estéticos, mas é possível se entender o *design* também como um processo criativo, inovador e provedor de soluções para problemas, de importância fundamental, não apenas para a esfera produtiva, tecnológica e econômica, mas também cultural, ambiental e social.

No contexto de peças de vestuário, Grau-Kuntz (2015), definiu a expressão *design* nos seguintes termos:

Se a expressão *design* reporta a uma composição nova ou original, isto é, a um desenho industrial, então a composição estético funcional que não satisfaça as condições da novidade ou da originalidade não deverá, sob uma perspectiva jurídica, ser indicada pelo emprego da expressão *design* (ou pela expressão desenho industrial). Mas mesmo as composições que não satisfaçam os requisitos da novidade ou da originalidade, portanto que não satisfaçam as condições que permitem serem denominadas como *design* (ou como desenho industrial), e conseqüentemente que não possam gozar de proteção por esta via, poderão ser protegidas pela propriedade intelectual (GRAU-KUNTZ, 2015, p. 114).

Ao conceituar *design*, Guimarães (2010) aponta que

o objeto artístico identifica-se com o resultado da ideia, e *design* tem a ver com projeto de produto. Estamos nos referindo ao *design* e à arte tridimensional. Entretanto, quando tratamos de objeto de *design*, não poderemos concluir que um produto industrial não é o resultado de uma ideia original (GUIMARÃES, 2010, p. 76).

Nota-se que o *design* diz respeito a produtos, serviços e sistemas concebidos a partir de ferramentas, organizações e lógica introduzidos pela industrialização e não apenas quando produzidos por meio de processos em série. E que o *designer* foca nas experiências e nos sentidos para satisfazer o subconsciente de seu cliente. Com o *design*, busca-se a transmissão de uma sensação de bem-estar, empoderamento e certa alegria.

Nesse sentido, de acordo com Gabrich (2012):

Há, entretanto, um total descompasso entre o conceito jurídico geralmente aceito de *design* (forma plástica e ornamental de um objeto, de um produto ou de um projeto arquitetônico, considerado independentemente de sua utilidade) e o conceito contemporâneo de *design* (forma atraente e útil de um objeto e/ou de um serviço, usada para a transmissão de ideias, de conteúdo e/ou de conhecimento, e voltada para a facilitação da vida das pessoas) (GABRICH, 2012, p. 322).

Conclui-se, que a legislação ainda está muito vinculada ao caráter fútil e não ao caráter útil do desenho industrial. Para a lei, o desenho industrial é uma alteração introduzida no objeto que não amplia sua utilidade, mas apenas lhe atribui um aspecto diferente. E para o *design*, não há atividade inventiva, mas apenas a mudança da natureza estética do objeto.

4 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Deve ser assinalado que a expressão “direitos de propriedade intelectual” pode designar os diferentes tipos de direitos subjetivos que os ordenamentos jurídicos modernos atribuem aos autores de criações espirituais, comerciais ou industriais.

Os direitos de propriedade intelectual existem de forma independente em relação ao suporte físico no qual possam ser incorporados, além de possuírem valor econômico para pessoas físicas ou jurídicas, bem como para o sistema econômico como um todo. Os bens intelectuais constituem ativos valiosos e estratégicos que permitem às empresas diferenciar seus produtos e serviços, obter vantagens competitivas que os bens físicos muitas vezes não são capazes de conferir. O bem intangível de uma empresa pode ser representado por tecnologias, ideias, *design* e valor estratégico criado pelo desenvolvimento de informação e pela criatividade, tais como novas tecnologias, marcas, patentes, segredos industriais e de negócios, serviços e softwares. Nesse sentido, de acordo com Lilla (2011):

A propriedade intelectual pode ser compreendida, em termos gerais, como o conjunto dos direitos relativos às obras literárias, artísticas, científicas, às invenções, desenhos e modelos industriais, às marcas, firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. [...] Tradicionalmente, a propriedade intelectual é dividida em direitos de propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade,

desenhos industriais e marcas), e direitos autorais (direitos de autor, direitos conexos e a proteção dos programas de computador), muito embora existam atualmente outros tipos de direitos de propriedade intelectual que não necessariamente se enquadram na dicotomia direito industrial e autoral (LILLA, 2011, p. 124).

No tocante à proteção do *design*, no diagrama e legendas abaixo, Martins (2009) aduz que há cinco formas legais de protegê-lo: através dos direitos autorais; do registro de marca; do registro de desenho industrial; ou ainda por registros de patente de invenção ou registro de modelo de utilidade.

[...] a propriedade intelectual é o grande campo de proteção às criações intelectuais. Especificamente no caso da criação ser o *design*, esta se divide em duas áreas distintas, que protegem, respectivamente as criações no campo da estética, pelo Direito de Autor e as criações no campo da estética, pela Propriedade Industrial. Através do [...] Direito de Autoral, o *design* será protegido desde que se apresente sobre a forma de arte aplicada - modalidade da produção artística que se orienta pela criação de objetos, de peças e/ou construções úteis ao homem em sua vida diária. A noção remete a alguns setores da arquitetura, das artes decorativas, do *design*, das artes gráficas, do mobiliário etc. e traz oposição em relação às belas-artes. Assim, quando um objeto de *design* tiver forte característica artística, porém esta seja em função da sua utilidade para o homem, caberá a proteção do Direito Autoral. [...] pode-se notar que temos a proteção do *design* também pelo instituto da Propriedade Industrial. Se de um lado tínhamos a proteção das criações estéticas, deste temos a proteção legal aplicada às criações de ordem técnica, lembrando que a tecnologia, no caso da proteção vista pelos olhos do *design*, não pode ser fator excludente da estética do objeto. Sendo assim, há quatro formas de se proteger o *design*: através do registro de marca - é sinal distintivo e visualmente perceptível que confere a seu titular o uso exclusivo, em seu ramo de atividade, para que possa se distinguir o produto ou serviço de outro idêntico ou afim, e de desenho industrial - forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto ornamental de linhas e cores que possa ter sua aplicação em um produto, que propicie resultado novo e original na configuração externa e que possa ter sua fabricação industrializada; e através da patente de invenção - nome dado ao bem tecnológico - podendo ser um produto ou serviço - que atenda as características de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, e de modelo de utilidade - objeto de uso prático, ou parte deste, apto para aplicação industrial que apresente nova disposição ou forma, que envolva ato inventivo e, cujo resultado seja uma melhoria funcional em seu uso ou em sua fabricação. Independentemente da proteção ser dada por registro ou por patente, certo é que em ambos os casos o Direito ampara e garante ao autor e/ou titular a exclusividade de uso do bem (MARTINS, 2009, p. 57).

Com o fim do período da proteção patrimonial da propriedade intelectual, o objeto de proteção cai em domínio público e seu uso se torna livre, conforme previsto nos artigos 41 e 45 da Lei n. 9.610/98, segundo os quais:

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais (BRASIL, 1998).

De acordo com o prof. José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 1997, p. 353 *apud* LINKE, 2015, p. 239), o “domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade ao público”, ou seja, a partir do momento que se finda a proteção patrimonial da obra mediante o direito autoral ou industrial, seu uso é livre, pois não há mais um titular exclusivo – o titular da obra caída em domínio público é a própria coletividade.

4.1 Direitos autorais

A Constituição da República dispõe em seu art. 5º, inciso XXVII que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. E a Lei nº 9.610, de 1998 regula os direitos autorais no Brasil (LDA).

Relativamente à matéria de direitos autorais tratada pelo legislador constituinte, Cardoso e Carreira (2012) explicam:

a produção intelectual do homem deve ser estimulada e para isso é preciso protegê-la, pois o progresso das ciências e das artes depende, incondicionalmente, do labor criativo do homem. Para tal proteção, o legislador, não apenas a inclui na Carta Magna, mas lhe atribui à condição de cláusula pétrea. Portanto, o aspecto constitucional do direito autoral alcança todo o ordenamento jurídico (CARDOSO; CARREIRA, 2012, p. 94).

O direito autoral protege as obras do espírito, isto é, todas as criações feitas por uma pessoa humana, seja qual for o gênero, a forma de expressão, o mérito ou o destino. O fundamento legal dos requisitos da proteção por direitos autorais são artigos 7º e 8º da LDA, nos quais estão arroladas, de modo exemplificativo, tudo o que a lei considera ou não como criações de espírito. No Brasil, assim como na França, o registro da obra é facultativo⁴, mas sua existência facilita a comprovação em caso de eventual litígio.

Para Motta, (2013, p. 61), saber, então quando determinado conteúdo se torna apto a ser protegido, torna-se imprescindível para compreender o que leva a sociedade outorgar a uma determinada pessoa exclusividade sobre certa forma de expressão. Identificar os contornos da obra intelectual protegida também auxilia na discussão do nível de rigor dos direitos de autor em relação aos direitos fundamentais dos utilizadores, com vistas ao equilíbrio da relação havida entre estes e o titular de direitos autorais.

De um modo geral, as legislações de diversos países protegem o direito autoral tendo como justificativas razões econômicas ou advindas do direito natural, variando apenas a ênfase dada a cada uma dessas linhas. Sob a perspectiva econômica, busca-se garantir aos autores direito a uma compensação financeira e, dessa forma, estimular a criatividade e produção de obras culturais. Já

4 Art. 18 LDA: A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 17, Lei 5.988/73: Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (grifo nosso).

Art. L. 111-1, Code de la propriété intellectuelle : L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. [...] (grifo nosso)

a segunda perspectiva assenta-se no direito natural de uma pessoa ao produto de seu trabalho, raciocínio que se estenderia às expressões intelectuais criativas. Assim, é comum falarmos em funções de recompensa ao autor pela contribuição ao mundo cultural; de reconhecimento à identificação da autoria; de criação de um ambiente produtivo favorável; incentivos à cultura, sem esquecer-se da função econômica, uma vez que numa sociedade capitalista existe inegável interesse na proteção das criações intelectuais, ante o valor que determinados trabalhos representam, especialmente no âmbito da sociedade de informação, onde há busca incessante pelos conteúdos. (MOTTA, 2013, p. 62).

Vale ressaltar, que a obra protegida não se confunde com a ideia, mas com a forma pela qual uma ideia é expressa, sendo que essa forma tem um caráter individual próprio, revela algo mais que a mera ideia abstrata.

As ideias são marcadas pelo caráter da universalidade, pertencem ao domínio comum da humanidade. O ser humano é naturalmente provido de ideias. Mais do que isso, a ideias forma a base da comunicação, que não pode ser restringida, não pode ser apropriada. [...] Ideia como plano, projeto abstrato, percepção elementar, conhecimento, informação em si, noção, idealização, modelo, padrão, quando é intenção, projetos como tais, esquemas de ação, não são protegidos, apenas eventualmente e possuindo valor estético. Neste sentido, a obra autoral exige caráter estético, tem plástica, sempre adquire determinada forma sensível apta a despertar a crítica do belo e da harmonia. Veja-se que nem todas as criações possuem caráter estético, caso da generalidade dos direitos industriais (MOTTA, 2013, p. 72-73).

Na França, apesar do *design* de produto corresponder geralmente à categoria de obras de artes aplicadas, protegíveis pelo direito industrial, há vários exemplos de criações realizadas no âmbito de móveis e objetos ligados à arte da mesa que cujo *design* foi protegido pelos direitos autorais. Lá, conforme (BOOTHERSTONE; MANDEL; MASSOT, 2012), o *design* da cafeteira modelo Chambord, da marca Bodum (Cour d'appel, Paris, 08 março 2000), foi considerado judicialmente protegido pelos direitos autorais, assim como também foi o *design* concebido para o modelo de sofá Formentera criado pela marca Roche Bobois (Tribunal de Commerce, Paris, 16 outubro 2009).



Figura 1 – Fonte: Google Imagens

Assim, segundo o direito francês alguns objetos industriais, a cafeteira e o sofá representados na figura acima, podem ser tutelados pela proteção dos direitos autorais.

4.2 Desenho industrial

A proteção dos modelos e desenhos industriais foi instituída, no Brasil, pela primeira vez no Decreto nº 24.507, de 29 de junho de 1934 e apresentava como requisitos para o a tutela a presença de novidade, originalidade e a exigência de servir de tipo de fabricação industrial.

Embora o país possuísse, a partir da década de 30, a proteção legal para configuração ornamental de um objeto e para um padrão ornamental de linhas e cores para aplicação em um objeto industrializado, os objetos criados por desenhistas industriais brasileiros recebiam, em sua maioria, apenas a proteção de sua funcionalidade por meio das patentes de invenção e de modelo de utilidade. Esse entendimento de que o objeto oriundo da atividade de desenho industrial se refere ao melhor funcionamento do objeto é o entendimento clássico e parcialmente correto, pois a aparência externa do objeto, ou melhor, o embelezamento do objeto ficava sem proteção devido ao desconhecimento de outro tipo de proteção que não a artística e as relativas à melhoria funcional do objeto (GUIMARÃES, 2010, p. 36).

A partir da promulgação da lei nº 9.279/96, Lei de Propriedade Industrial (LPI), em vigor, os modelos e desenhos industriais deixaram de ser patentes e se fundiram em uma única natureza de proteção, a do registro de desenho industrial. A LPI assim dispõe:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. [...]

Art. 97. O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. [...] (BRASIL, 1996).

Logo, para ser protegido como desenho industrial o objeto deve possuir um grau de distinção em relação a outros, que será analisado de forma visual e comparativa.

Embora o conceito de *design* tenha uma abordagem ampla, que, em geral, envolve a integração da forma e da função de um objeto, o entendimento da lei no que se refere ao registro de desenho industrial limita o escopo da proteção ao aspecto ornamental. Assim, não são protegidos pelo registro de desenho industrial funcionalidades, vantagens práticas e tipos de materiais ou processo de fabricação.

De acordo com a LPI, o registro de desenho industrial protege a forma que define um objeto e o diferencia dos demais (aspecto tridimensional) e também os padrões gráficos compostos por linhas e cores que, quando aplicados a uma superfície ou a um objeto, tornam possível a sua diferenciação em relação aos similares (aspecto bidimensional).

Os aspectos de *design* não contemplados pelo registro de desenho industrial, na maioria das vezes, podem ser protegidos por outros recursos de proteção como as patentes de invenção, as patentes de modelo de utilidade, as marcas e o direito autoral.

Para definir Desenho Industrial considera-se oportuno citar (CUNHA, 2003, p. 15 *apud* SOUZA, 2015, p. 90):

Desenho industrial é uma atividade criativa cujo objetivo é determinar as propriedades formais dos objetos produzidos industrialmente. Por propriedades formais não se deve entender apenas características exteriores mas, sobretudo, as relações estruturais e funcionais que fazem de um objeto (ou de um sistema de objetos) uma unidade coerente, tanto do ponto de vista do produtor como do consumidor. O *design* industrial abrange todos os aspectos do ambiente humano condicionado pela produção industrial.

Em seu estudo, Souza (2015), afirmou que se deve evitar tratar as expressões “desenho industrial” e “*design* industrial” como sinônimos ou equivalentes. Pois, de acordo com ela não há uma tradução exata do termo inglês *design* para o português, uma tradução aproximada seria projeto, tornando o *design* algo mais amplo que o conceito de desenho industrial. *Design* seria a interseção entre a técnica (função prática), o aspecto (função estética) e a arte (função simbólica).

A lei é clara, o registro de DI protege o aspecto visual perceptível de um produto, seja ele em 3 dimensões ou em 2 dimensões. Não protege o *design*, que é algo muito mais amplo do que apenas o efeito perceptível pelo sentido da visão [...] (GAIARSA *apud* SOUZA, 2015, p. 91).

Encontram-se listados no quadro abaixo as diferenças entre *Design*, Desenho Industrial (com maiúsculas), *design*, desenho industrial (com minúsculas) e objeto de *design* segundo (SOUZA, 2015):

Design e Desenho Industrial	Domínio do saber, curso ou disciplina
Design	Projeto
Desenho industrial (abreviado como DI)	Modalidade de proteção conferida pela LPI
Objeto de design	Produto passível de proteção como desenho industrial (DI)

A título de exemplificação do uso dos últimos conceitos apresentados, está ilustrado na figura abaixo uma ‘configuração aplicada em caixa para relógio de pulso’, objeto de design, passível de proteção por desenho industrial e o correspondente desenho industrial tal como registrado perante o INPI:



Figura 2 – Relógio Sutra Dvf H. Stern

(a) Imagem do relógio objeto de *design* do autor/artista Rogério Ferreira Maia para a empresa H. Stern Comércio e Indústria S/A. (b) Registro DI BR 30 2012 001215-5

Fonte: Google Imagens e INPI

Após o deferimento do pedido da proteção do desenho industrial, esta será em todo território nacional e garantirá ao titular o direito de exploração exclusiva pelo prazo inicial de 10 anos contados da data do depósito do pedido, podendo este prazo ser prorrogado por mais três períodos sucessivos de 05 anos cada (art. 108, LPI).

Sobre a natureza do desenho industrial, na prática ele possui as mesmas prerrogativas do privilégio de invenção de impedir que terceiros, sem autorização, produzam, usem, comercializem, coloquem à venda ou importem objeto de desenho industrial registrado (art. 109, LPI). O que se busca é garantir ao titular do registro a prerrogativa de fabricar, de industrializar ou licenciar o seu produto sem que terceiros usufruam de sua criação ou investimento, seu ou seu consentimento.

4.3 Dupla proteção

A Convenção de Berna, prevê, caso a legislação e a natureza do objeto permitam, este poderá ser protegido através do desenho industrial e também pelo direito autoral. Nesse caso a proteção é cumulativa. O Decreto nº 75.699/75 que promulgou a Convenção assim dispõe:

Art. 2.7) Os países da União, reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras, desenhos e modelos, levando em conta as disposições do artigo 7.4) da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no país de origem não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesses países; entretanto, se tal proteção especial não é concedida nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas (BRASIL, 1975).

A acumulação de proteção significa que após a expiração do prazo de proteção do desenho industrial que pode chegar a no máximo 25 anos, é possível que o criador do objeto continue gozando da proteção pelo direito autoral. Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) o sistema de acumulação é relativamente comum em países europeus. Porém a maioria dos países adota o sistema de coexistência de proteção, no qual o criador pode eleger entre a tutela dos desenhos industriais e a tutela dos direitos autorais.

Em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a respeito da dupla proteção de peças de vestuário, assim decidiu o Tribunal Europeu:

Por um lado, o caráter utilitário e funcional dos objetos de artes aplicadas e a sua vocação para serem produzidos industrialmente em massa permitem duvidar da sua aptidão para serem protegidos pelo direito de autor e da conformidade dessa proteção com os seus fundamentos axiológicos (a relação pessoal entre o autor e a sua obra) e com os seus objetivos (a remuneração do esforço intelectual criativo). A proteção dos desenhos e modelos pelo direito de autor comporta, nomeadamente, dois tipos de riscos: a inflação da proteção pelo direito de autor e o entrave à livre concorrência económica. Por essa razão, numerosas ordens jurídicas desenvolveram dispositivos destinados a reservar a proteção pelo direito de autor aos desenhos e modelos que apresentem elevado valor artístico. Pode citar-se a doutrina da «scindibilità», em direito italiano, a «Stufentheorie», em direito alemão, ou a limitação da duração da proteção para os objetos produzidos à escala industrial, no direito do Reino Unido.

Por outro lado, alguns objetos de artes aplicadas têm indiscutivelmente um elevado grau de originalidade. Basta pensar nos estilos desenvolvidos neste domínio, como a Art déco ou a Bauhaus. O mesmo se diga do setor de atividade em causa no presente processo, ou seja, o vestuário: as peças da alta costura são tanto — se não mais — obras de arte como vestuário. Por conseguinte, **não se justifica excluir a priori os objetos de artes aplicadas da proteção pelo direito de autor, pelo simples facto de terem carácter (também) funcional. Por outro lado, outras categorias de obras, cuja proteção pelo direito de autor não suscita dúvidas, podem também ter funções utilitárias, sem deixarem de ser criações intelectuais originais. É o caso de certas obras literárias, fotográficas e até musicais.**

Assim, a opção feita pelo legislador da União, no espírito da teoria da unidade da arte desenvolvida na doutrina jurídica francesa, da **cumulação da proteção dos objetos de artes aplicadas por um regime sui generis e pelo direito de autor não parece desprovida de pertinência. É, porém, necessário assegurar a autonomia e a realização dos objetivos respetivos de cada regime de proteção.**

Com efeito, uma proteção sui generis dos desenhos e modelos, como a prevista pelo Regulamento n.º 6/2002, adequa-se à especificidade desses objetos de proteção, isto é, **objetos utilitários correntes e produzidos em massa que, no entanto, também podem ter algumas características estéticas originais dignas de proteção.** Esta proteção tem uma duração suficiente para permitir rentabilizar o investimento que é constituído pela elaboração do desenho ou modelo, sem, contudo, entravar excessivamente a concorrência. [...] (TJUE. Processo C-683/17. Conclusões do advogado geral Maciej Szpunar apresentadas em 2 de maio de 2019. Cofemel – Sociedade de Vestuário SA Recorrido contra G-Star Raw CV) (grifo nosso).

Sobre a dupla proteção na propriedade intelectual, assevera Kilmar (2014):

A doutrina favorável à cumulação de regimes tem lastro na escola francesa, especialmente nos casos de conflito entre direito de autor e desenho industrial, com base na “Théorie de l’unité de l’art” de Eugène Pouillet. Segundo esse doutrinador francês, cuja “Teoria da Unidade da Arte” foi depois incorporada pela lei daquele país, o fato de uma obra de arte ter aplicação industrial não a descaracteriza enquanto criação artística e assim, portanto, ela continua merecedora de tutela autoral (KILMAR, 2014, p. 14).

No entanto, para Porto (2015), os efeitos da dupla proteção podem danosos à sociedade pois podem mitigar e limitar o domínio público; conceder eventual extensão indevida de direitos exclusivos sobre bens em detrimento dos interesses sociais; do direito à livre concorrência e da exaustão de direitos de propriedade intelectual; além de desestimular a criação de mais ativos intelectuais devido ao alto custo para a obtenção de direitos que já deveriam estar em domínio público; e até acabar com a efetividade de políticas públicas na área.

No Brasil, as legislações são silentes sobre casos de tangência entre direitos de propriedade intelectual (art. 98, LPI e art. 8º, VII, LDA), o que abre margem à discussão de eventual abuso de direito, vez que se poderia optar por um direito de propriedade intelectual cujo regime conceda maior prazo e âmbito de proteção. A questão da possibilidade ou não da sobreposição de direitos autorais com a proteção do desenho industrial até o fim deste estudo não foi tratada pelos tribunais brasileiros.

5 CONCLUSÃO

A proposta deste estudo foi discutir o descompasso entre os conceitos jurídico e contemporâneo de *design*, bem como elaborar o enquadramento jurídico da proteção dos objetos de *design* pelos direitos autorais e pelo desenho industrial.

Como restou demonstrado *design* e arte não devem ser considerados sinônimos, pois a arte está ligada puramente a forma e o *design* é a forma associada à função. Ademais, a concepção de que o desenho industrial é apenas fútil e que merece a proteção por conta de uma combinação estética de linhas e cores é uma visão um tanto quanto ultrapassada da dimensão do conceito de *design* contemporâneo. Assim, hoje, quando se fala em *design*, fala-se de forma mais função.

O pensamento do *designer* está sempre baseado em uma necessidade, em uma vontade, em um desejo humano. Dessa maneira, existem concepções filosóficas ou de pensamentos baseados no *design thinking*, ou seja, no pensamento do *design*, que pressupõe, a necessidade, a vontade e um desejo humano, a partir do qual constrói-se uma solução que une a forma e a função.

Todavia, a legislação ainda está muito vinculada ao caráter fútil e não ao caráter útil do desenho industrial. Segundo a lei, o desenho industrial é uma alteração introduzida no objeto que não amplia sua utilidade, mas apenas lhe atribui um aspecto diferente. No *design*, não há atividade inventiva, mas apenas a mudança da natureza estética do objeto.

Apesar disso, na prática, há mudança estética e também funcional. Há, por tudo isso, a necessidade urgente de readequação da legislação de direitos autorais e desenho industrial à realidade contemporânea do *design*.

O conceito de *design* abrange inúmeras formas e funções de produtos ou serviços que afetam o ambiente de forma positiva. O emprego do *design*, seja estético ou mental é relevante tanto para as empresas quanto para os consumidores em busca de atingir suas necessidades práticas e emocionais. A valorização da forma emocional, do produto personalizado, oferece ao *designer* a capacidade de criar objetos em colaboração com o usuário final. Ao adaptar-se aos desejos do consumidor, o *design* torna-se evolutivo e mais acessível ao público.

Inerente a todas as pessoas, a criação intelectual acontece em nossa sociedade das mais variadas formas, possíveis e imagináveis. Criar, modificar ou aperfeiçoar, e até mesmo copiar um objeto, é característica da evolução do ser humano que busca facilitar a vida de forma agradável. Portanto, será através da propriedade intelectual que o uso do *design* por terceiros não autorizados será limitado, buscando-se proteger os direitos exclusivos como forma adequada de compensar os responsáveis pelo esforço intelectual de criação e pelo acréscimo que trazem ao mundo cultural.

REFERÊNCIAS

ABSTRACT: THE ART OF DESIGN, primeira temporada. Criação de Scott Dadich. Série original Netflix. Produção de RadicalMedia e Tremolo Productions, 2017. 8 episódios (42-48 min), son., col. Série exibida pela Netflix. Acesso em: 2 jan. 2019.

- BERCHON, Mathilde. *L'impression 3D*. 2. ed. Paris: Eyrolles, 2014. 213 p.
- BOOTHERSTONE, Tamara; MANDEL, Isabelle Marcus; MASSOT, Pierre. *Le droit du design*. Paris: Dunod, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 24.507, de 29 de junho de 1934*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24507-29-junho-1934-498477-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 75.699, de 6 de março de 1975*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.
- BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm. Acesso em: 19 dez. 2018.
- BROWN, Tim. *Design thinking*. Set. 2008. Harvard Business Review, América Latina. Disponível em: https://empreendedoresupa.files.wordpress.com/2010/08/p02_brown-design-thinking.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- CARDOSO, Marcia Sadi Haron; CARREIRA, Grace Laine Pincerato. A constitucionalidade do direito autoral e a lei 9.610/1998 no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2012. p. 79-95.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 2128.
- FRANÇA. *Code de la propriété intellectuelle: version consolidée au 1 juin 2019*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20190716>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- GABRICH, Frederico de Andrade. Design thinking e direito. In: GABRICH, Frederico de Andrade (org.). *Inovação no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – FCH, 2012. p. 311-348.
- GRAU-KUNTZ, Karin. A propriedade intelectual e a proteção das composições de peças de vestuário. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Estudos de Direito da Propriedade Intelectual*. Curitiba: Gedai/UFPR, 2015. p. 105-115.
- GUIMARÃES, Susana Maria Serrão. *Proteção Legal do Desenho Industrial: entendimentos, conflitos e implicações dos requisitos de novidade e de originalidade*. 2010. 153f. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/academia/biblioteca/dissertacoes>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- KILMAR, Sofia Gavião. A dupla proteção em propriedade intelectual face ao abuso de direito. *Revista Eletrônica do IBPI*, v. 1, p. 7, 2014. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/concurso-cultural-aspi-revista-eletronica-do-ibpi-edicao-especial>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- KOLKO, Jon. *O design thinking atinge a maturidade*. 2015. Harvard Business Review Brasil. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/o-design-thinking-atinge-maturidade/>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- LILLA, Paulo Eduardo. A proteção da propriedade intelectual e seus limites: uma abordagem de law and economics. In: TIMM, Luciano Benetti; BRAGA, Rodrigo Bernardes (org.). *Propriedade Intelectual*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 123-177.
- LINKE, Sarah Helena. A teoria do contributo mínimo criativo e o domínio público em direito de autor: o caso do *Google Art Project*. In: WACHOWICZ, Marcos (org.). *Direito Autoral & Marco Civil da Internet*. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2015. p. 237-250.

MARTINS, Renata Gontijo Sant'anna Silva. *Proteção Legal ao Design: o caso do Centro eData da Escola de Design da Universidade do Estado de Minas Gerais*. 2009. 161f. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/academia/biblioteca/dissertacoes>. Acesso em: 17 dez. 2018.

MOTTA, Fernando Previdi. Reflexões sobre os requisitos jurídicos da obra intelectual protegida pelo direito de autor. In: *Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2013. p. 57-78.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL [OMPI]. *Curso Geral de Propriedade Intelectual – DL BR 101*. Brasil: INPI, 2015. Módulo 6 – Desenho Industrial.

PENIDO, Patrícia Neves. *O registro de desenho industrial no Brasil e no exterior como ferramenta de proteção legal à reprodutibilidade no design de joias*. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/academia/biblioteca/dissertacoes>. Acesso em: 17 dez. 2018.

PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. Os efeitos da cumulação de direitos de propriedade intelectual – Direitos autorais x Marcas. In: WACHOWICZ, M. (org.). *Estudos de direito da propriedade intelectual*. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 199-231.

SOUZA, Deborah Portilho Marques de. *A propriedade intelectual na indústria da moda: formas de proteção e modalidades de infração*. Jan. 2015. 330 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/academia/biblioteca/dissertacoes>. Acesso em: 17 dez. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo C-683/17*. Reenvio prejudicial, direito de autor e direitos conexos, proteção jurídica dos desenhos e modelos, direito de reprodução, vestuário. Recorrente: Cofemel – Sociedade de Vestuário SA Recorrido: G-Star Raw CV. Conclusões do advogado-geral Maciej Szpunar. Luxemburgo, 02 maio 2019. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522unit%25C3%25A9%2Bde%2BI%2527art%2522&docid=213597&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3802964#ctx1>. Acesso em: 23 jul. 2019.

3

CAPÍTULO

ANÁLISE ESTRATÉGICA DO CROWDFUNDING E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

BRUNO ALVES APOLINÁRIO
FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

RESUMO

O grande desafio para as *startups* – empresa cujo modelo de negócio é pautado na incerteza e que buscam desenvolver produtos/serviços inovadores – é a obtenção de financiamento para o exercício de sua atividade negocial. O *crowdfunding* tem sido a ferramenta mais utilizada para essa finalidade. Não obstante a eficiência que esse instrumento possa propiciar, a falta de regulamentação, conjugada com a ausência de segurança jurídica daí decorrentes, tem impedido o acesso das *startups* ao Mercado de Capitais brasileiro. Objetiva este estudo, a partir da Análise Estratégica do Direito, demonstrar a possibilidade de conjugar esses dois instrumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de Capitais. Valores Mobiliários. *Crowdfunding*. Análise Estratégica do Direito.

ABSTRACT

The great challenge for startups – a company whose business model is based on uncertainty and that seek to develop innovative products / services – is to obtain financing for the exercise of its business activity. Crowdfunding has been the most widely used tool for this purpose. Despite the efficiency that this instrument can provide, the absence of regulation, coupled with the absence of legal security resulting therefrom, has prevented startups from accessing the Brazilian Capital Market. The objective of this study, based on the Strategic Analysis of Law, is to demonstrate the possibility of combining these two instruments.

KEYWORDS: *Capital Market. Securities. Crowfundig. Strategic Analisys of Law.*

Como citar este capítulo:

APOLINÁRIO, Bruno Alves; GABRICH, Frederico de Andrade. Análise estratégica do crowdfunding e sua relação com o mercado de capitais brasileiro. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 50-63. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1 INTRODUÇÃO¹

O Direito começa no fato jurídico, que é qualquer fato que cria, extingue ou modifica direitos e obrigações de alguma pessoa. Por isso os fatos jurídicos não podem ser desconsiderados no ensino e na interpretação do direito. E isso é mais importante ainda em relação às empresas, ao mercado e ao direito empresarial.

Assim, na prática empresarial e de mercado, o maior desafio e problema que se apresenta àqueles que resolvem iniciar qualquer empreendimento, consiste, sem dúvida, na captação de recursos para o financiamento e para o exercício da atividade empresarial, principalmente quando se trabalha com a incerteza de um modelo de negócios ainda em elaboração, como ocorre com as empresas iniciantes, que se dedicam à inovação, as chamadas empresas *startups*. E este é o problema prático e também jurídico que esta pesquisa procura enfrentar, por meio do referencial teórico da Análise Estratégica do Direito, proposto por Frederico Gabrich, segundo o qual o direito deve ser usado para a estruturação dos objetivos das pessoas (no caso específico dessa pesquisa, das empresas *startups* e dos seus sócios), para que eles aconteçam com a maior eficiência possível, preferencialmente sem a existência de conflitos e sem que eventuais conflitos sejam dirimidos por meio de processo judicial.

Neste cenário, impõe-se a necessidade de encontrar saídas jurídicas que possibilitem a capitalização desses empreendimentos iniciantes, no intuito de garantir-lhes os recursos financeiros necessários para o desenvolvimento de suas respectivas atividades empresariais.

As operações de *crowdfunding*, termo que pode ser traduzido como “financiamento pela multidão” – ou mais tecnicamente, financiamento coletivo –, tem se demonstrado instrumento eficiente para angariar os fundos necessários para o desenvolvimento de projetos inovadores, possibilitando que o consumo e o investimento sejam dirigidos para aqueles empreendimentos que satisfaçam, realmente, os problemas, desejos, vontades e/ou necessidades humanas.

No entanto, a ausência ou a deficiência da regulação normativa acerca desta operação tem trazido relativa insegurança jurídica para quem a utiliza, o que acaba prejudicando a sua propagação e o acesso a investimentos de maior monta, disponíveis no Mercado de Capitais.

Por isso, com uso da metodologia dedutiva, o presente trabalho visa analisar a operação de *crowdfunding* à luz da Análise Estratégica do Direito, no intuito de demonstrar a desnecessidade de elaboração de complexa regulamentação sobre tema, valendo-se dos institutos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que tange ao valor mobiliário denominado contrato de investimento coletivo, cujas regras poderiam balizar a operação em estudo.

No intuito de guiar o leitor e apresentar o trabalho, expõe-se a dinâmica proposta para este: no item 2, será delineado o marco teórico deste estudo, a Análise Estratégica do Direito, apresentando os seus principais postulados, ainda que de maneira concisa, para pautar o raciocínio utilizado. A seguir, serão tecidas considerações sobre o *crowdfunding*, tais como: sua origem histórica, definição etimológica, dinâmica da operação e sua aplicação. No item 4, será analisada a relação entre a operação em estudo e a atuação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, no que concerne a este assunto, direcionando-se, principalmente, para a

1 Os autores agradecem o apoio recebido da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig) e da Universidade FUMEC, para realização da pesquisa e divulgação dos seus resultados.

possibilidade de caracterização do *crowdfunding* como um contrato de investimento coletivo. Por fim, serão expostas as conclusões obtidas ao longo deste trabalho.

2 A ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

Constata-se, principalmente a partir do início do século XXI, que a realidade social se alterou profundamente. O resultado proveniente da soma da eficiência da comunicação e a rapidez da informação, fatos típicos deste novo milênio, associado aos efeitos da grande revolução tecnológica e social, ocorrida inicialmente nos anos 1990 do século passado, alteraram (e ainda alteram) por completo a dinâmica da sociedade em que vivemos.

O Direito, entretanto, tenta resistir bravamente a essas modificações e evoluções sociais, conservando o seu modo próprio e ultrapassado de pensar a realidade, causando descompasso entre as necessidades da sociedade e as respostas dada pelo conhecimento jurídico às demandas que lhe são submetidas. E esse descompasso é observado tanto no ensino, quanto na prática jurídica e judicial. O modelo mental que ainda predomina na ciência do Direito pressupõe a existência de um conflito para que o Estado, por meio do Poder Judiciário e das leis, atue de maneira a determinar a solução deste pressuposto conflito e a almejada "paz social". Ocorre, todavia, que, nos tempos atuais, parte cada vez mais significativa das pessoas (naturais e jurídicas) têm como objetivo o "bem viver"; a qualidade de vida, a colaboração, a sustentabilidade psicológica, social e ambiental, preferencialmente sem conflitos e sem processos judiciais.

Nesse contexto, faz-se necessária a evolução do modelo mental, da forma de ensino e de aplicação do Direito, para adequá-lo aos desejos, vontades e necessidades das pessoas desse nosso tempo, para que ele possa contribuir, efetivamente, para sustentação e para a evolução da sociedade. Uma das alternativas teóricas possíveis para essa evolução do modelo mental do Direito e sua adequação à contemporaneidade é a Análise Estratégica do Direito.

Estruturada em consonância com as balizas da escola do planejamento estratégico, a Análise Estratégica do Direito implica a utilização de um pensamento jurídico estratégico, segundo o qual:

Esse *pensar estratégico* pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico com que se conta e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos pré-estabelecidos. Tais objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso.

No plano jurídico, o *pensar estratégico* exige uma mudança radical na maneira de conceber o Direito, tanto pelos próprios juristas, quanto e, principalmente, pelas pessoas responsáveis pela gestão do Estado e das empresas privadas. (GABRICH, 2010, p. 16).

De acordo com essa visão do Direito, o planejamento e a construção de possíveis cenários, ante os objetivos das pessoas e as condições fáticas apresentadas, são medidas que se

impõem, pois assim poderá o jurista – estrategista jurídico – entender de maneira completa, as particularidades de cada caso concreto, assim como as consequências de cada uma das opções possíveis, o que possibilitaria a escolha da estratégia jurídica que melhor se apresentasse para a mais eficiente estruturação dos objetivos das pessoas, preferencialmente sem conflitos e, caso esses venham porventura a existir, solucionados preferencialmente sem o processo judicial (mediante a autocomposição, a conciliação, a mediação ou a arbitragem).

Nessa ótica, a Análise Estratégica do Direito propõe que o ordenamento jurídico deve ser visto como uma extensa gama de possíveis soluções para os problemas reais e que, para se escolher a estratégia que melhor se adequa ao caso concreto, faz-se necessária a realização de um *briefing* (para que o estrategista possa reconhecer os objetivos reais das pessoas) e a valorização da atividade interpretativa da norma jurídica estabelecida pelas diversas fontes do direito – e não apenas da lei formal –, assim como o reconhecimento que a função precípua do Direito não pode ser única e exclusivamente a pacificação social, mas sim, primeiro, a estruturação dos objetivos das pessoas (físicas ou jurídicas), com o menor custo possível (psicológico, de tempo, social, ambiental, econômico, financeiro), a fim de garantir a maior felicidade possível (o maior bem estar possível), para o maior número possível de pessoas em cada caso concreto.

Nesse sentido, segundo Gabrich:

[...] o *pensar estratégico* requer, no plano jurídico, a necessidade de encarar o Direito como um conjunto de alternativas colocadas à disposição do jurista para a estruturação de empresas, negócios e pessoas (físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado), de maneira a permitir que os objetivos traçados sejam alcançados com o menor custo possível, como, inclusive, é proposto pela escola da análise econômica do Direito. Nesse aspecto, inclusive, cumpre destacar que a análise estratégica do Direito utiliza vários elementos propostos pela análise econômica do Direito, mas com ela não se confunde. A análise estratégica do Direito vê no sistema normativo um conjunto de alternativas colocadas à disposição para a realização dos objetivos propostos pela pessoa, empresa, Estado ou qualquer tipo de organização pública ou privada. E essas alternativas devem ser avaliadas sob vários aspectos e cenários, antes da decisão de implementação, dentre os quais se destacam as análises políticas, culturais, sociais e, logicamente, também de custos e benefícios econômicos. (GABRICH, 2010, p. 16).

Dessa maneira, entender o Direito estrategicamente implica a alteração da hermenêutica jurídica tradicional, para que seja valorizada a *interpretação* de todas as nuances dos casos concretos estudados, bem como a *compreensão* de que a norma jurídica que será aplicável a cada situação somente decorre do processo interpretativo de todas as fontes do Direito conjugadas, sendo que essas não se restringem apenas à lei formal, mas abarcam a jurisprudência, a doutrina, o costume, os contratos (públicos e privados), os atos administrativo normativos, dentre outras fontes formais e informais do Direito.

Saliente-se, também, que a interpretação dada não poderá ser desconexa do objetivo concretamente identificado por meio do *briefing* ou do problema fático enfrentado. Assim, a Análise Estratégica do Direito atrela a utilização do ordenamento jurídico à estruturação de questões reais das pessoas, vinculando-se a atividade hermenêutica à utilidade da resposta dada, viabilizando-se a adequação da estratégia jurídica traçada ao dinamismo da realidade.

Assim, conforme Gabrich expõe:

De acordo com essa nova concepção da interpretação e aplicação das normas jurídicas, estas existem para solucionar ou prevenir conflitos da vida real. Por isso a interpretação deve ser útil e pragmática.

Por outro lado, não há como negar que a vida contemporânea é marcada pelo pluralismo de ideias e pelo dinamismo frenético das situações fáticas.

Não obstante, convém observar que os textos das normas são estáticos e muitas vezes não acompanham o dinamismo intenso da vida contemporânea. O texto da norma é estabelecido de acordo com as finalidades econômicas e sociais que justificaram a sua promulgação, em decorrência de um acordo de vontades decorrente da *vontade geral*. (GABRICH, 2010, p. 17).

Em suma, a Análise Estratégica do Direito pressupõe o reconhecimento do papel do Direito como estruturador de objetivos das pessoas, buscando traçar, dentre as possíveis soluções existente no ordenamento jurídico, aquela estratégia jurídica que melhor se adequa às necessidades do caso real, possibilitando a redução de custos de modo geral e especificamente os custos decorrentes dos conflitos e dos processos judiciais.

Essa visão do Direito implica o reconhecimento da multiplicidade das fontes jurídicas, assim como da importância do planejamento e da construção de cenários possíveis, a fim de se verificar as consequências decorrentes da estratégia adotada e seus reflexos, o que implica a compreensão da dinâmica vital do próprio Direito.

No processo de construção de estratégias jurídicas, a realização de um *briefing* e/ou de uma auditoria jurídica pode ser definida como o primeiro passo e o mais importante deles, pois possibilita o conhecimento de toda a complexidade da questão em estudo, através da compreensão das particularidades internas e externas envolvidas em cada caso, de maneira integral e profunda, o que concede ao estrategista jurídico todas as informações necessárias para traçar a estratégias que se demonstrem como as mais adequadas em cada caso.

Acerca do papel exercido pela auditoria jurídica e a sua importância para aplicação da Análise Estratégica do Direito, ensina Gabrich:

Basicamente, a auditoria jurídica consiste na análise e no diagnóstico das empresas, negócios e pessoas, dos fatos e dos atos jurídicos, e da adequação dessas pessoas, fatos e atos às normas existentes, válidas e eficazes no ordenamento jurídico, considerando a interpretação corrente na doutrina, na vida negocial e na jurisprudência. A auditoria jurídica constitui, portanto, etapa fundamental no processo de conhecimento da empresa, negócio ou pessoa (física ou jurídica, de direito público ou de direito privado) que será objeto de uma análise estratégica do Direito. (GABRICH, 2010, p. 23).

Verifica-se, portanto, que a auditoria jurídica é ponto crucial, e inicial, para a devida compreensão das nuances de cada caso, pois viabiliza o entendimento interno dos pontos fortes e fracos das pessoas – físicas e/ou jurídicas – da quais se pretende estruturar estrategicamente os objetivos.

Nessa ótica, dentro da dinâmica deste trabalho, faz-se necessário reafirmar um dos principais objetivos teóricos das empresas *startups*, que consiste na necessidade de financiamento externo de suas atividades empresariais, bem como a compreensão introspectiva do *crowdfunding*, o que será realizado a seguir.

3 A DINÂMICA DO CROWDFUNDING

A palavra *crowdfunding* tem sua origem etimológica na língua inglesa, sendo a junção de dois termos, a saber, *crowd* – que significa “multidão” – e *funding* – que pode ser traduzido como financiamento (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012). A partir disso, pode-se compreender o *crowdfunding* como meio de financiamento de um projeto determinado, realizado por intermédio de quantidade indeterminada de sujeitos ou, como sugere o próprio termo, verdadeiramente uma “multidão”.

A ideia de angariar fundos para determinado projeto, utilizando de investimento da coletividade, pode ser considerada como instrumento próprio do século XXI, sendo o seu maior exemplo a arrecadação de fundos para campanhas políticas e partidárias, via rede mundial de computadores – a *Internet*. Essa prática se iniciou nos anos 2000, mas apenas em 2008, durante a campanha de Barack Obama para a presidência dos Estados Unidos da América (EUA), que esse instrumento se fortaleceu, em virtude do referido candidato ter conseguido levantar aproximadamente US\$ 272 milhões, com a contribuição espontânea e voluntária de mais de dois milhões de pequenos doadores (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012).

Em decorrência disso, a ideia da utilização desse tipo de financiamento se difundiu no meio artístico, cujas obras – filmes, peças de teatro, CD, a título de exemplo – possuem elevados custos de produção, o que dificulta a sua realização por aqueles que não se encontram consolidados no mercado. Em razão dessa particularidade, ainda nos anos 2000, houve a proliferação de *sites* que se propunham a realizar essa operação de captação de fundos oriundos do público, da coletividade, como o europeu *Sellaband* e, em 2009, o norte-americano *Kickstarter* – que pode ser considerado a maior plataforma *on-line* para financiamento de manifestações artísticas de qualquer natureza –, no intuito de financiar aqueles empreendimentos culturais e artísticos (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012).

No Brasil, iniciativas como o pioneiro *site* *Vakinha*, em 2009, foram utilizadas para propagar e beneficiar diversas atividades de cunho cultural, e/ou até atividades de cunho pessoal, tais como a compra de equipamentos médicos, carros, cadeiras de rodas etc (COCATE, PERNISA JÚNIOR, 2012). O *site* *Catarse*, no entanto, foi a primeira plataforma eletrônica voltada exclusivamente para promoção de atividades culturais, utilizando-se do financiamento coletivo (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012).

Não obstante, o *crowdfunding* é inspirado em um conceito mais amplo, o *crowdsourcing*, que surgiu em junho de 2006, em decorrência de artigo publicado pelo jornalista estadunidense Jeff Howe, na revista *Wired*, na qual o autor demonstrou as perspectivas da nova mídia que estava surgindo e que possibilitava a produção/criação de conteúdo, com a colaboração de número indeterminado de agentes amadores, assim como seus possíveis impactos na cultura e nos meios de comunicação globais (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012). Apenas partir dessa ideia que se demonstrou possível a criação colaborativa de produtos como a *Wikipédia*, dos sistemas operacionais livres de código aberto – também chamados de *open source* – como o *Linux* e o *Apache*, dos bancos de dados *The Internet Movie Database (IMDb)* e o *IStockphoto*, banco de imagens na internet (VALIATI, 2013).

Percebe-se, portanto, que a ideia de financiamento coletivo – *crowdfunding* –, assim como o conceito de *crowdsourcing*, propiciam a colaboração dos agentes – seja de modo direto ou

indireto –, permitindo a comunhão de esforços, para alcance de determinado fim. Essa operação se demonstra, portanto, como uma estratégia interessante para os novos negócios em desenvolvimento – as chamadas *startups* – cujo único elemento palpável é a incerteza², pois possibilita a realização dos objetivos empresariais e a redução dos custos envolvidos nos projetos.

A dinâmica do processo de *crowdfunding* demonstra-se extremamente simples e pode ser descrita da seguinte maneira: (i) primeiramente o idealizador – aquele que teve a ideia do produto/serviço que visa satisfazer a um problema, desejo, vontade ou necessidade humana – deve cadastrar o seu projeto em uma das plataformas *on-line* destinadas a esse tipo de financiamento³. Nesse momento, o interessado na captação (idealizador) deve realizar a exposição de seu projeto – por meio de vídeos, *podcasts*, apresentações interativas, videoconferência ou qualquer outro meio –, bem como determinar o valor necessário para a realização dos seus objetivos, assim como o prazo para contribuição e para a possível retribuição que será destinada ao doador; (ii) em seguida, o interessado deve proceder à divulgação da operação, pelos meios que considerar cabíveis; (iii) o doador, após ser alcançado pela divulgação, deverá acessar a plataforma escolhida e, se houver interesse pelo projeto, realizar a doação; (iv) caso seja alcançado dentro do prazo estipulado pelo idealizador o valor pretendido, poderá ele retirá-lo e realizar o seu projeto, remunerando a plataforma com porcentagem que varia entre 5% (cinco por cento) a 7,5% (sete e meio por cento) do valor total do financiamento. Caso não seja alcançado o valor necessário, os valores doados deverão ser restituídos aos doadores pela plataforma escolhida, sem que seja disponibilizada qualquer quantia para o idealizador, assim como para remunerar a plataforma utilizada (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012).

Dessa maneira, constata-se que os principais recursos que possibilitarão o sucesso ou não do empreendimento são: a divulgação da operação de financiamento coletivo feita pelo idealizador, assim como a devida apresentação do seu produto/serviço, de forma clara, objetiva e atraente, a fim de cativar os possíveis doadores. Note-se que a clareza e a precisão das informações prestadas pelo idealizador, são pressupostos fundamentais para o sucesso da operação.

Importante destacar que a retribuição que será dada ao doador, em razão de sua contribuição para a operação de *crowdfunding*, usualmente é realizada dentre uma das seguintes possibilidades: (a) a entrega de *brinde*, *recompensa*, que consiste em dar ao doador presente – seja um chaveiro, camiseta, ingresso para shows, exemplar de livro e/ou mídia digital – correspondente à sua contribuição financeira destinada para a realização do projeto; (b) a aquisição do *produto resultante do projeto financiado*, nesse caso, o valor da contribuição dada pelo doador deverá ser menor do que o possível valor de mercado do bem, quando este for disponibilizado para ampla comercialização; (c) a *participação nos lucros* pelo idealizador, apurado após a comercialização futura do produto/bem/serviço financiado, com a possibilidade de o doador se tornar sócio do idealizador (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012).

A operação de *crowdfunding* demonstra-se geralmente benéfica para todas as partes envolvidas, pois: permite o alinhamento de interesses das partes; possibilita ao idealizador rea-

2 Sobre o tema, vide RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para empresas extremamente bem sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

3 Conforme demonstrado Cocate e Pernisa Júnior (2012), somente no Brasil há mais de 20 (vinte) plataformas direcionadas à realização de operações de *crowdfunding*.

lizar o seu projeto e exercer a atividade comercial pretendida; concede à plataforma a remuneração devida em decorrência de sua intermediação da operação; permite ao doador, geralmente consumidor, escolher qual produto/bem/serviço satisfaça ao seu problema, desejo, vontade e/ou necessidade, de maneira eficaz e inovadora, o que acaba possibilitando a alteração nos rumos do consumo; conecta a realidade dos consumidores à produção daqueles que empreendem.

Nessa ótica, a operação de financiamento coletivo se demonstra como importante instrumento para o avanço da sociedade e dos negócios, não obstante ainda seja incipiente, embora existam várias plataformas que a viabilizem no Brasil. No entanto, não há absoluta segurança jurídica quanto ao seu tratamento legal, pois a regulação desse tema inexistente ou ainda é inadequada.

4 A RELAÇÃO ENTRE O CROWDFUNDING, A CVM E O MERCADO DE CAPITAIS

Conforme explicitado anteriormente, a operação de *crowdfunding* ocorre mediante a disponibilização ao público, pela *Internet*, da possibilidade para contribuir para o financiamento e a realização de determinado projeto.

Esse ato jurídico (ato voluntário que cria, extingue e/ou modifica direitos e obrigações) indiscutivelmente encontra-se relacionado entre o rol estabelecido pelo § 3º do art. 19 da Lei n.º 6.385/1976 (que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM), segundo o qual:

Art . 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

.....

§ 3º - Caracterizam a emissão pública:

I - a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público;

II - a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores;

III - a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação.

De acordo com o disposto no artigo 8º da Lei n. 6.385/76, cabe à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a regulação específica e a fiscalização do mercado de valores mobiliários.

Por isso, em complementação aos ditames legais gerais, encontra-se a disposição específica, estabelecida pelo art. 3º da Instrução Normativa da CVM n.º 400, de 29 de dezembro de 2003 – Instrução Normativa CVM n.º 400/2003:

Art. 3º São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos:

I - a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios, destinados ao público, por qualquer meio ou forma;

II - a procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários, mesmo que realizada através de comunicações padronizadas endereçadas a destinatários individualmente identificados, por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, ou, ainda, se em desconformidade com o previsto nesta Instrução, a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções de investimento junto a subscritores ou adquirentes indeterminados;

III - a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados; ou

IV - a utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários.

Verifica-se, portanto, que a operação de *crowdfunding* se enquadra na definição de oferta pública, pois visa angariar recursos financeiros para o financiamento de projetos, mediante apelo direto ao público, o que possibilita que a coletividade indistinta de pessoas possa investir/doar esses recursos para a consecução de objetivos empresariais do proponente (idealizador do projeto).

Diante dessa constatação, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por intermediação da sua Superintendência de Desenvolvimento do Mercado (SDM) e atenta ao seu papel regulador do mercado de capitais, realizou audiência pública relativa à proposta de regulamentação SDM/CVM n.º 06/2016, com prazo até dezembro de 2016, visando ampliar debate sobre Minuta de Instrução que dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de empreendedores de pequeno porte realizada com dispensa de registro na Comissão de Valores Mobiliários e por meio de plataformas eletrônicas de investimento participativo na rede mundial de computadores ("*investment-based crowdfunding*"), cujos principais e mais relevantes temas, foram assim definidos:

Os principais elementos propostos para a regulamentação do *investment-based crowdfunding*, e que representam aprimoramentos em relação ao regime de dispensa já existente na Instrução CVM nº 400, de 2003, dizem respeito a aspectos como: (a) a definição de critérios de elegibilidade dos emissores; (b) o aumento do limite de captação anual; (c) o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados na condução da oferta; (d) a imposição de limites de investimento aos investidores de varejo; (e) a padronização das informações da oferta consideradas essenciais; (f) a obrigação de concessão de amplo e equitativo acesso às informações da oferta; (g) o estabelecimento de requisitos para o registro e autorização para o funcionamento das plataformas; (h) a introdução de regras de conduta e de vedação a determinadas atividades; (i) a vedação ao uso de material publicitário; (j) a introdução de informes periódicos das atividades das plataformas a serem enviados para a CVM; e (k) a permissão de cooferta por sindicatos de investimento participativo, que poderão, opcionalmente, contar com um investidor líder. [...]

À referida proposta foram apresentadas várias manifestações por diversos agentes do mercado, que lidam com a operação de *crowdfunding*, que opinaram contrariamente a alguns pontos da proposta, e demonstraram a relevância do tema aqui estudado, bem como a necessidade de sua discussão com maior cautela, pois caso seja realizada regulamentação equivocada e ineficiente sobre o tema, poderá existir prejuízo a todas as operações de financiamento coletivo em andamento no país, o que irá dificultar o cenário para as empresas *startups* em operação, assim como irá impossibilitar ou dificultar o surgimento de novos negócios inovadores, que precisam desse tipo de financiamento para sua organização.

Não obstante a relevância e urgência da regulamentação específica das operações de *crowdfunding* pela CVM, é fundamental ressaltar (com o devido respeito de possíveis opiniões contrárias), que já existe regramento no ordenamento jurídico brasileiro, que poderia embasar o financiamento coletivo. Trata-se do valor mobiliário denominado *contrato de investimento coletivo*.

Nesse sentido, conforme preceitua o inciso IX do art. 2º da Lei n.º 6.385/1976:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

.....

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Ainda nessa linha, vale demonstrar a definição atribuída pela própria Comissão de Valores Mobiliários, acerca do que seriam os chamados *contratos de investimento coletivos*:

O contrato de investimento coletivo pode ser entendido como o instrumento utilizado para captação de recursos dos investidores, para aplicação em determinado empreendimento, a ser implantando e gerenciado exclusivamente pelo empreendedor, com a promessa de distribuir entre os investidores os lucros do empreendimento (CVM, 2014, p 88).

Verifica-se, portanto, que o entendimento acerca da natureza jurídica dos contratos de investimentos coletivo, externado pelo próprio órgão regulador (CVM), encontra-se bem próximo à definição de *crowdfunding*, ou seja, uma operação de captação de recursos, mediante apelo ao público, para consecução de empreendimentos, com a possível distribuição dos lucros auferidos como resultado do empreendimento, tal como demonstrado acima.

Logo, seguindo uma visão estratégica do instituto, e no intuito de possibilitar a estruturação de um objetivo e/ou a resolução de um problema, desejo, necessidade e/ou vontade humana, com o menor custo possível, é bastante interessante a caracterização da operação de financiamento coletivo de projetos empresariais (novos ou já existentes) como *contrato de investimento coletivo*, pois é desnecessário, demorado e custoso procedimento de elaboração de normas específicas para essa operação, fazendo-se necessária tão somente a adequação das previsões já existentes, no intuito de respeitar algumas particularidades do *crowdfunding*, já demonstradas antes nessa pesquisa.

Interessante salientar, também, que, admitindo-se que a operação de financiamento coletivo de projetos empresariais coincide com o tipo legal do contrato de investimento coletivo, que é um valor mobiliário em decorrência de expressa disposição de lei, será possível a sua negociação tanto no mercado primário, quanto no mercado secundário de capitais, especial-

mente por meio do denominado *mercado de balcão*. E isso, sem dúvida, constitui incentivo à realização desse tipo de operação por agentes de mercado, ante a perspectiva de lucro com a sua negociação.

Frise-se, também, que considerar o *crowdfunding* como contrato de investimento coletivo acarreta a submissão dessa operação às regras de oferta pública de valores mobiliários já existentes, o que possibilita aos investidores experientes e atuantes no mercado de capitais, investir seguramente em negócios que se utilizem dessa estratégia jurídica de organização, o que pode acabar reduzindo os custos envolvidos. Ademais, como a remuneração da plataforma que intermedia a operação de *crowdfunding* já é garantida, nessa hipótese, haverá teoricamente incentivo para o aumento do número de agentes dispostos a realizar essa operação, o que irá propiciar aumento de investimento disponível àqueles que necessitam de capitalização para realizar os seus empreendimentos. A certeza do pagamento, por fim, poderá determinar maior liquidez do valor mobiliário, pois existirá a certeza de remuneração do agente que intermediar a operação, desde que atingido o valor estipulado pelo idealizador.

Todavia, as empresas *startups*, em sua maioria, são geralmente constituídos sob a forma de sociedade limitada, em razão da suposta aparente simplicidade e facilidade de organização e funcionamento desse tipo societário. Ocorre, entretanto, que, quando as empresas *startups* buscam investimentos para o desenvolvimento de seus objetivos e de suas atividades via emissão e negociação de valores mobiliários, a principal exigência que lhes é apresentada pela legislação consiste na obrigatoriedade de modificação do tipo societário para Sociedade Anônima (já que apenas excepcionalmente isso pode ser feito por intermédio de uma sociedade limitada, como acontece na regulação dos Fundos de Investimento em Participações (FIP), conforme artigo 5º, da Resolução CVM N. 578/2016⁴), o que, teoricamente, permitiria maior transparência e controle pelos investidores. De fato, no caso das *startups*, dadas as incertezas do negócio e o caráter embrionário do mesmo, tal exigência se mostra teoricamente desmedida, pois, além disso, na operação de *crowdfunding*, como já salientado anteriormente, o idealizador apenas recebe o dinheiro investido se alcançar o montante estipulado como necessário e, para que ocorra o investimento, deverá oferecer todas as informações necessárias ao seu doador, o que facilita o controle do investidor relativamente às operações realizadas pelo idealizador, sem os custos inerentes à manutenção de uma sociedade anônima aberta.

Realmente, a natureza jurídica do investimento realizado por meio do *crowdfunding* nas empresas *startups* geralmente é de doação (pelo menos, no primeiro momento) e não de participação societária, pois o investidor-doador normalmente não tem interesse em vincular-se às incertezas e aos riscos do negócio nascente. E essa realidade, de fato, é um dificultador para simplesmente considerar o sistema de *crowdfunding* como um contrato de investimento coletivo, como um valor mobiliário.

Por isso, inclusive, os artigos 61-A a 61-D, da Lei Complementar n. 123/2006, com a redação estabelecida pela Lei Complementar n. 155, de 27 de outubro de 2016, passaram a prever

4 Art. 5º O FIP, constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, que deve participar do processo decisório da sociedade investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/500/inst578.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

o seguinte, especificamente em relação às sociedades enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, em virtude do faturamento anual:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação, com vigência não superior a sete anos.

§2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

§3º A atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente por sócios regulares, em seu nome individual e sob sua exclusiva responsabilidade.

§4º O investidor-anjo:

I – não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;

II – não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;

III – será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos.

§5º Para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade.

§6º Ao final de cada período, o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação, não superior a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§7º O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e seus haveres serão pagos na forma do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, não podendo ultrapassar o valor investido devidamente corrigido.

§8º O disposto no §7º deste artigo não impede a transferência da titularidade do aporte para terceiros.

§9º A transferência da titularidade do aporte para terceiro alheio à sociedade dependerá do consentimento dos sócios, salvo estipulação contratual expressa em contrário.

§10 O Ministério da Fazenda poderá regulamentar a tributação sobre retirada do capital investido.

Art. 61-B. A emissão e a titularidade de aportes especiais não impedem a fruição do Simples Nacional.

Art. 61-C. Caso os sócios decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares.

Art. 61-D. Os fundos de investimento poderão aportar capital como investidores-anjos em microempresas e empresas de pequeno porte.

Agora, então, as empresas *startups* classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte (que representam a grande maioria delas), na forma do disposto na Lei Complementar n.º 123/2006, podem receber aportes de investidores via *crowdfunding*, por meio de contratos de investimento coletivo (valores mobiliários), independentemente de os investidores se tornarem sócios desde a data do investimento e de existirem outras regulações específicas expedidas pela CVM. Basta que as finalidades de fomento à inovação e investimentos produtivos constem do contrato de participação ou de investimento celebrado pelo chamado “investidor anjo”, com vigência não superior a sete anos.

5 CONCLUSÃO

O Direito nasce no fato e, por isso, os fatos jurídicos devem ser considerados tanto no ensino, quanto na prática profissional, o que é mais evidente ainda no direito empresarial, dada a dinâmica e o dinamismo do mercado.

As empresas *startups* são geralmente sociedades voltadas para o desenvolvimento de novas tecnologias, de novos modelos de negócios, de novos produtos e/ou serviços, que atuam em mercados também novos e marcados pela incerteza decorrente da ausência de paradigmas.

As atividades desenvolvidas pelas *startups* precisam ser financiadas por investidores que, em um primeiro momento, não têm interesse em ser sócios, dados os riscos envolvidos.

Todavia, a facilidade e o acesso a instrumentos de captação de recursos são de extrema relevância para os sucessos de negócios iniciantes, com o modelo de negócios pautado na incerteza, como acontecem com as *startups*.

A Análise Estratégica do Direito possibilita ao seu aplicador, a construção de estratégias jurídicas que possam viabilizar a concreção dos objetivos dos sujeitos, com o menor custo possível, seja de tempo, recursos financeiros, de desgaste psicológico e/ou emocional.

Pensar o Direito de maneira estratégica, é necessidade que se impões nos dias atuais e isso é muito evidente no caso das *startups*, que precisam desenvolver estratégias jurídicas e financeiras para o desenvolvimento de suas atividades empresariais.

O *crowdfunding* pode ser visto como instrumento interessante e facilitador para captação de recursos para as empresas *startups*, pois possibilita que o investimento seja direcionado àqueles empreendimentos que poderão atender, efetivamente, às necessidades, desejos e vontades dos consumidores.

A dinâmica diferenciada do *crowdfunding* garante que apenas os projetos viáveis e conectados com a realidade possam conseguir financiamento. E o financiamento é apresentado e solicitado aos investidores na medida exata das necessidades do negócio.

À primeira vista, por se tratar de captação de recursos com o público investidor de forma indistinta, o financiamento coletivo por meio do sistema de *crowdfunding* deve ser considerado

como um contrato de investimento coletivo, como um valor mobiliário, e se submeter à regulação do mercado de capitais e ao crivo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Sendo a operação de *crowdfunding* então um contrato de investimento coletivo ele já encontra regulação na Lei n. 6.385/76 e na Instrução Normativa CVM n. 400/2003. Por isso, restou demonstrado nesta pesquisa ser desnecessária a elaboração de regulamentação específica sobre o tema, especialmente se forem consideradas as normas previstas na Lei Complementar n. 123/2006, a partir da redação estabelecida pela Lei Complementar n. 155/2016. De acordo com o disposto em todas essas normas jurídicas, o financiamento coletivo via *crowdfunding* pode continuar a ser realizado e incrementado, por meio dos contratos de investimento coletivos e sem a necessidade de o financiador ser sócio da *startup*.

Tudo isso pode e dever ser considerado a partir do modelo mental proposto pela Análise Estratégica do Direito, para garantir a realização mais eficiente possível dos objetivos de financiamento e de crescimento sustentável das empresas *startups*.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976. *Vade Mecum RT*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COCATE, Flávia Medeiros; PERNISA JÚNIOR, Carlos. Crowdfunding: estudo sobre o fenômeno virtual. *Líbero, Revista do Programa de Pós-graduação da Faculdade Cásper Líbero*, ano XV, jun. de 2012, n. 29. Disponível em: <http://seer.casperlibero.edu.br/index.php /libero/article/view/313/287>. Acesso em: 22 dez. 2016.
- CVM. *Edital de Audiência Pública nº 06/2016*. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2016/sdm0616.html. Acesso em: 15 maio 2017.
- CVM. *Instrução Normativa CVM n.º 578, de 30 de agosto de 2016*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/500/inst578.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.
- CVM. *Instrução Normativa CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/400/inst400consolid.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.
- CVM. *O mercado de valores mobiliários brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014. 376 p.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – FCH, 2010. Disponível em: <http://www.clubedeautores.com.br/book/21796--ANALISE ESTRATEGICA DO DIREITO>. Acesso em: 15 maio 2017.
- PITTA, Andre Grünspun. A possibilidade de emissão de debêntures por sociedade limitada regida supletivamente pela lei das sociedades por ações. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 515-530.
- RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para empresas extremamente bem sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel, 2012.
- VALIATI, Vanessa Amália Dalpizol. Crowdfunding e Indústria Cultural: as novas relações de produção e consumo baseadas na cultura da participação e no financiamento coletivo. *Verso e Reverso*, ano XXVII, n. 64, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/versoereverso/article/view/ver.2013.27.64.07/1400>. Acesso em: 22 dez. 2016.
- VEIGA, Marcelo Godke; OIOLI, Erik Frederico. As Sociedades Limitadas e o Mercado de Capitais. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 627-663.

A large, light blue, stylized number '4' is centered on the page. The number has a thick, blocky font with a slight shadow effect, giving it a three-dimensional appearance. It is positioned in the lower right quadrant of the page.

4

CAPÍTULO

APLICABILIDADE DA TEORIA DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO COMO FORMA DE PERENIZAÇÃO DAS EMPRESAS FAMILIARES

FELIPE BARTOLOMEO MOREIRA

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo explicar a teoria da Análise Estratégica do Direito e como é possível sua aplicabilidade nas empresas familiares. A importância deste trabalho decorre da análise de como efetivar o melhor aproveitamento das normas jurídicas para que os objetivos empresariais e familiares sejam atingidos perpetuando-se o negócio. Utiliza-se a pesquisa bibliográfica com o método hipotético-dedutivo, tendo como marco teórico a teoria da Análise Estratégica do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Estratégica do Direito. Empresas familiares. Perpetuação empresarial.

ABSTRACT

This paper aims to explain the theory of Strategic Analysis of Law and how its applicability in family businesses is possible. The importance of this work stems from the analysis of how to make the best use of the law so that business and family goals are achieved perpetuating the business. The bibliographic research with the deductive hypothetical method is used, having as theoretical framework the theory of the Strategic Analysis of the Law.

KEYWORDS: *Strategic Analysis of the Law. Family Businesses. Business perpetuation.*

1 INTRODUÇÃO

A principal estrutura social é a família. É nesta estrutura social que geralmente os seres humanos se conectam com outros seres humanos após seu nascimento. Nada mais lógico que esta estrutura familiar se fortaleça pela proximidade dos membros, pela história de vida juntos,

Como citar este capítulo:

MOREIRA, Felipe Bartolomeo. Aplicabilidade da teoria da análise estratégica do direito como forma de perenização das empresas familiares. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 65-80. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

pelo compartilhamento de valores, confiança recíproca uniformização de pensamentos e conduza a outras espécies de estruturas sociais, como as estruturas empresariais.

As estruturas empresariais familiares, assim, possuem grande importância para a economia, uma vez que, em razão da solidez que a estrutura familiar traz aos negócios, a maioria dos empreendimentos se iniciam de forma intimista, familiar, e evoluem se profissionalizando.

Aquelas empresas que não se profissionalizam tendem a perecer, eventualmente, por sorte, podem até se perenizar por um determinado tempo.

As empresas devem buscar nas normas jurídicas existentes o auxílio para a profissionalização, facilitando, assim, sua perenização. Importante mencionar que as normas jurídicas não devem ser utilizadas de forma aleatória, mas sim decorrente de um planejamento estratégico.

Desta forma, este artigo possui grande importância ao buscar apresentar de forma pragmática como conferir maior segurança jurídica para a gestão das empresas familiares a fim de que possam se perenizar no tempo através do referencial teórico da Análise Estratégica do Direito.

O tema problema deste trabalho decorre justamente do método para evitar que a alta taxa de empresas que se encerram nos primeiros anos de existência e a dificuldade de transferência de gestão das empresas familiares na mudança de gerações ocorra.

A metodologia adotada consiste em descrever, interpretar e avaliar os métodos hipotético-dedutivo decorrente de pesquisas bibliográficas (livros, artigos de periódicos, revistas, teses, dissertações) e das fontes normativas relacionada ao tema.

2 ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

Este capítulo deve ser dividido em três partes para ser mais bem compreendido: para que serve o direito; como utilizar o Direito; e, como planejar de forma estratégica o uso do direito.

2.1 Para que serve o Direito

O direito serve para fazer com que as pessoas se sintam bem, felizes.

Esta frase tão curta já poderia ser tema de dissertações, teses, mas este artigo não possui como finalidade adentrar a fundo na discussão sobre este tema, de forma que serão apresentados apenas alguns pontos reflexivos necessários para o entendimento dos próximos capítulos.

Adam Smith apresenta em seu livro *A teoria dos sentimentos morais* um conceito bastante interessante de que as pessoas são movidas pela simpatia como um ato de benevolência, compaixão, mas estes sentimentos apenas seriam possíveis através do amor próprio, uma vez que o amor ao próximo apenas seria possível se a pessoa se espelhasse no próximo (SMITH, 1759, p. 529).

Seguindo seu pensamento, Smith separa o homem sábio (ideal), que tem como finalidade a busca pelo bem social, do homem prudente (real), que age buscando o seu amor-próprio, sendo este o homem descrito no seu outro livro *A riqueza das nações* da seguinte forma:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles (SMITH, 1983, p. 50).

Partindo deste pressuposto, pode-se concluir que as pessoas buscam alguma coisa expressa no mundo real e o bem-estar que esta coisa lhe proporcionará.

As pessoas necessitam de viver em sociedade para que possam buscar seu melhor bem-estar, e, para tanto, devem agir de forma íntegra frente à moral socialmente aceita.

Ronald Dworkin chama de sociedade de princípios aquela que é regida por normas moralmente aceitas pelos seus integrantes, que tentam manter íntegros estes preceitos em razão e em função de uma coerência moral (DWORKIN, 1999, p. 228).

Conclui-se, então, que cada pessoa busca seu bem-estar vivendo em uma sociedade com o foco no amor-próprio individual, que, coletivamente, necessariamente, deveria gerar um bem maior para toda a coletividade, sob pena desta união ruir.

O que rege os limites do que cada pessoa pode ou não fazer é justamente o Direito.

2.2 Como utilizar o Direito

O Direito deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, conferindo força normativa não somente às regras, mas também aos princípios.

Dworkin não apresenta um conceito explícito de regras, mas, implicitamente, aponta a ideia do positivismo com padrão de normas criadas por atos de autoridades e instituições públicas decorrentes de um suporte fático para sua aplicação e as consequências jurídicas dele advindas (DWORKIN, 2002, p. 34-40).

Já os princípios, Dworkin apresenta uma conceituação expressada da seguinte forma:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Essa diferenciação é necessária para que seja possível haver uma completude normativa para completar as lacunas deixadas pelas regras.

Não se deve confundir as normas com seu texto. A norma contida nas regras é aquilo que se extrai do texto. Sobre este tema, vale conferir as explicações de Eros Grau:

O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico, na medida em que não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto: é a norma. Isso significa que o texto normativo, visando a solução de conflitos ou litígios (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, em razão do que consubstancia dever-ser, reclama um intérprete “primeiro intérprete” que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete apenas possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito (litígio) seja decidido. Por esse

motivo, a interpretação do Direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida (GRAU, 2001, p. 429).

Percebe-se, assim, a norma extraída de uma lei (regra) é apenas um tipo de norma, existindo, ainda, outros tipos normativos, em especial porque devemos analisar as fontes utilizadas pelo direito, tais como os acordos celebrados entre as partes (contratos), os costumes, a jurisprudência, a doutrina, que não podem ser ignoradas dentro da lógica atual do sistema jurídico normativo, pluralista, democrático e aberto para as evoluções decorrentes do desenvolvimento social.

Com o reconhecimento desta extensa lista de fontes para o Direito, não existe mais motivos para limitar o “princípio da legalidade”, devendo ser este renomeado para “princípio da normatividade” ou “princípio da juridicidade”, segundo o qual, ninguém mais é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de norma jurídica existente, válida, eficaz e estabelecida por uma das diversas fontes do Direito, tal como aponta Frederico Gabrich (GABRICH, 2010, p. 16).

2.3 Como planejar de forma estratégica o uso do Direito

Pessoas fazem escolhas várias vezes durante todos os dias, algumas buscando resolver situações simples, outras complexas.

Normalmente, as pessoas fazem as escolhas com base no que as fazem sentir bem, algumas vezes acertam e outras não.

É certo que as pessoas podem fazer as escolhas de forma aleatória, e chegariam ao objetivo, também de forma aleatória, baseado na sorte, ou poderia analisar estrategicamente as opções a fim de fazer um planejamento para que possa ter uma maior probabilidade de atingir seus objetivos.

A Análise Estratégica do Direito auxilia as pessoas a fazerem esta escolha ao ter como premissas o objetivo e o resultado final almejado. Em outras palavras: algo expressado no mundo real e o bem-estar que ele proporciona.

As escolhas apenas são feitas porque os recursos são escassos, sendo necessário fazer opções com as informações limitadas que se possui com o fim de atingir os objetivos almeçados.

Uma forma de melhor concatenar as escolhas racionais a serem feitas é por intermédio do planejamento, que é assim conceituado por Frederico Gabrich:

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a elaboração de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados (GABRICH, 2010, p. 14).

Para se fazer um planejamento adequado deve-se tentar construir todos os cenários possíveis decorrentes de cada escolha a fim de antever o que poderá ocorrer e, se for o caso, prevenir situações que levem a situações que distanciem o sujeito de seu objetivo através de um plano de ação.

Através deste planejamento é possível analisar o melhor custo-benefício decorrente das opções disponíveis frente ao objetivo almejado, podendo-se escolher, até mesmo, se vale a pena iniciar (ou prosseguir) com o plano.

Na Análise Estratégica do Direito, faz-se necessário, ainda, entender o que é estratégia a qual Frederico Gabrich entende como “a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista” (GABRICH, 2010, p. 14).

Dois termos decorrem da estratégia: o pensar estratégico e o planejamento estratégico.

Frederico Gabrich faz os seguintes apontamentos sobre o pensar estratégico, em especial no âmbito do Direito:

Esse pensar estratégico pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico com que se conta e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos pré-estabelecidos. Tais objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso.

[...] o pensar estratégico requer, no plano jurídico, a necessidade de encarar o Direito como um conjunto de alternativas colocadas à disposição do jurista para a estruturação de empresas, negócios e pessoas (físicas e jurídicas, de Direito Público e de Direito Privado), de maneira a permitir que os objetivos traçados sejam alcançados com o menor custo possível, como, inclusive, é proposto pela escola da análise econômica do Direito. Nesse aspecto, inclusive, cumpre destacar que a análise estratégica do Direito utiliza vários elementos propostos pela análise econômica do Direito, mas com ela não se confunde. A análise estratégica do Direito vê no sistema normativo um conjunto de alternativas colocadas à disposição para a realização dos objetivos propostos pela pessoa, empresa, Estado ou qualquer tipo de organização pública ou privada. E essas alternativas devem ser avaliadas sob vários aspectos e cenários, antes da decisão de implementação, dentre os quais se destacam as análises políticas, culturais, sociais e, logicamente, também de custos e benefícios econômicos (GABRICH, 2010, p. 16).

O pensamento estratégico no âmbito jurídico faz com que o conhecimento científico adotado deve ser utilizado para permitir a realização mais eficiente possível dos objetivos propostos utilizando-se das inúmeras fontes de direito possíveis com o fim de atingir o objetivo almejado.

Apesar de a Análise Estratégica do Direito e a Análise Econômica do Direito serem semelhantes e em alguns casos se confundirem, a primeira é mais ampla, pois não se limita a parametrizar custos e benefícios econômicos, mas faz uma abrangência maior para atender a maior felicidade possível das pessoas envolvidas. Isso porque, algumas vezes, a pessoa pode ter um maior ganho de felicidade tendo um custo/benefício economicamente alto.

O pensar estratégico é, assim, a base para qualquer atuar estratégico uma vez que deve ter como foco fazer escolhas parametrizadas pelo conhecimento científico e pessoas envolvidas nas decisões, a fim de se obter o objetivo buscado, com a maior eficiência possível nos âmbitos psicológicos, de tempo e econômicos.

David Menezes Lobato, Jamil Moysés Filho, Maria Cândida Sotelino Torres e Murilo Ramos Alambert Rodrigues (LOBATO *et al*, 2009, p. 33-35) descrevem que é necessário seguir algumas etapas para se alcançar os objetivos planejados dentro de um planejamento estratégico.

O primeiro passo é o estabelecimento dos objetivos e metas, elaborando e quantificando os resultados que se pretende alcançar.

Após este passo, faz-se uma auditoria do ambiente externo e interno. O objetivo é criar possíveis cenários alternativos aos inicialmente previstos, bem como suas evoluções com o fim de se preparar para possíveis cenários diversos dos inicialmente intencionados, bem como fixar as forças e fraquezas do empreendimento.

Com base nos dados levantados, devem ser criadas estratégias que tenham maior potencial de geração de valor, devidamente mensurada, para ao final serem criados os planos de ação operacionalizados em cada área, nível e função da organização.

Como forma de assegurar que o plano seja seguido, é salutar a criação de um processo de controle e fiscalização.

Cláudio José Müller faz um apontamento importante sobre o planejamento estratégico de forma que este não deve ser considerado apenas como uma forma de prever o futuro, mas sim, estar preparado para evitar ser surpreendido com incertezas (MÜLLER, 2003, p. 32).

Para que o planejamento estratégico seja adequado às necessidades do seu destinatário, é importante que seja feito um diagnóstico (*briefing*) no formato de uma entrevista pelo operador do direito para que sejam estabelecidas as referências iniciais, os objetivos, as restrições, os recursos disponíveis, dentre outros. Esta entrevista deve ser precedida de uma pesquisa sobre o destinatário do planejamento estratégico para saber quais perguntas deverão ser feitas, buscando objetividade, produtividade e maior clareza na identificação dos objetivos e das restrições do projeto a ser apresentado (GABRICH, 2012, p. 324).

O planejamento estratégico não deve se findar em como atingir os objetivos. Deve, também, prever como minimizar os conflitos negativos entre as partes escalando desde uma negociação, passando por mediação, conciliação até chegar a arbitragem (caso o direito discutido seja patrimonial disponível), evitando-se, assim, o Judiciário, que por vezes é mais moroso e nem sempre especializado no cerne da contenda.

Verifica-se, assim, que a Análise Estratégica do Direito é extremamente importante e deveria ser utilizada por todos os operadores do Direito com o fim de fazer com que os destinatários de seus serviços busquem maximizar sua felicidade, com a realização eficiente de seus objetivos juridicamente estruturados.

3 EMPRESA FAMILIAR

Não obstante existirem vários conceitos de família e sua composição, para o atendimento da estrutura analisada dentro de uma empresa familiar, deverá ser analisada a conjunção de três fatores: 1. pessoas ligadas por laços de parentesco ou socioafetivos; 2. conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma mesma linhagem familiar (biológica ou socio-

afetiva); 3. pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas por meio de casamento, união estável, filiação, adoção, parentesco.

Vários são os conceitos de Empresa seguindo o conceito econômico¹ ou o jurídico², no entanto, Eduardo Goulart Pimenta aponta que ainda não é possível conceituar precisamente empresa por estes vieses, contudo, é possível entender o instituto através de algumas características, tais como: ser uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, com a finalidade de reduzir os custos de transação para o real agente econômico (PIMENTA, 2017, p. 16).

Nesse sentido, vale destacar, Richard Coase descreve os custos de transação como alguns elementos de alocação de recursos, como o custo de organização, de negociação, de elaboração de contratos, sendo certo que a utilização de um empreendimento (firma) pode auxiliar a reduzir estes custos através de algumas técnicas (COASE, 1937, p 390-391).

De fato, o *Código Civil Brasileiro de 2002* não conceituou a empresa, deixando este encargo para os doutrinadores, apesar de descrever quem é o empresário da seguinte forma: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (BRASIL, 2002).

A legislação brasileira não possui um tipo societário Empresa Familiar nem conceitua este tipo de empreendimento, deixando este papel para a doutrina fazê-lo. Ricardo Padovini Pletti aponta que a Empresa Familiar é uma característica e não a natureza jurídica de determinados tipos de empreendimentos, confira-se:

Adjetivar uma empresa como familiar significa que ela tem como base estrutural o trabalho de diversas pessoas físicas ligadas por vínculo de parentesco. Entretanto, o empresário é a pessoa em nome da qual são adquiridos os direitos e assumidos os deveres necessários ao exercício do negócio (PLETI, 2014, p. 67).

Também é importante mencionar que esta adjetivação possui dois vieses: a empresa familiar e a família empresária. Nesse sentido, este mesmo doutrinador aponta que a família empresária ocorre quando a família já está mais profissionalizada dentro do empreendimento, pois:

Quando um empreendimento alcança êxito, é natural que vários familiares deixem de engendrar funções técnicas intimamente ligadas à prática ou ao desenvolvimento direto do negócio e então passem a deter: a) posições de gestão (ex. diretoria ou conselho de administração) ou; b) propriedade de participações sobre capital social (sócios quotistas ou acionistas); c) as duas condições anteriores, simultaneamente.

É nesse momento que a família se torna empresária, conceito não exclusivamente jurídico. A expressão "família empresária" assume conotação técnica transdisciplinar e se aplica tanto ao Direito, como à Administração de Empresas, à Economia e até mesmo a campos do saber cujo objeto não se relaciona a bens materiais, como é o caso da Psicologia. [...]

Daí por que "família empresária" não pode ser confundida com "família dona de negócios", pois ela não é mera detentora da propriedade dos meios de pro-

1 Rubens Requião apresenta o conceito econômico como organismos econômicos que se concretizam na organização dos fatores de produção e distribuição para atender aos interesses e exigências mercadológicas (REQUIÃO, 2010, p. 73).

2 Alberto Asquini aponta que o conceito jurídico deve ser entendido através dos perfis subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo da empresa que ele chama de fenômeno econômico poliédrico (ASQUINI, 1996, p. 109-125).

dução. Família empresária é aquela que assume a postura destinada a atender, concomitantemente, as exigências do bom desempenho dos poderes de: a) sócios acionistas ou quotistas, com os direitos e deveres a eles inerentes; b) administradores do negócio, mediante gestão eficiente dos diversos elementos sistematicamente condicionados para realização do objeto da empresa (PLETI, 2014, p. 69-70).

É certo que para que uma empresa seja considerada familiar é importante considerar alguns critérios, veja-se:

- a) Propriedade ou controle sobre a empresa;
- b) O poder que a família exerce sobre a empresa, normalmente pelo trabalho nela desempenhado por alguns membros da família;
- c) Intenção de transferir a empresa a futuras gerações e a concretização disso na inclusão de membros dessa nova geração na própria empresa (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 4-5).

As empresas familiares são muito importantes para a economia. As empresas familiares respondem por aproximadamente três quintos das receitas e dois terços dos empregos criados pelas empresas privadas no Brasil (TONDO, 2008, p. 34).

Mesmo com estes números, infelizmente, poucas empresas familiares perduram pelo tempo no Brasil. Apenas 5% (cinco por cento) das empresas familiares brasileiras chegam à quarta geração, sendo que a maior parte delas chega ao seu fim por conflitos entre os sócios (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 13).

Por outro lado, fora do Brasil, existem empreendimentos familiares com mais de 1000 (um mil) anos como as empresas mais antigas do mundo, como as empresas Kongo Gumi, que iniciou suas atividades no ano de 593 no Japão; o Hotel Hoshi criado no ano de 781 também no Japão, o Chateau de Goulaine, vinícola francesa criada no ano 1000; a produtora de vidro italiano Barovier & Toso, criada em 1295, dentre outras (LOPES, 2012).

Percebe-se, assim, que as empresas familiares possuem algo de bom para terem este tipo de duração, de forma que se passa a se perguntar por que as empresas familiares brasileiras de forma geral encerram suas atividades tão rápido?

Para responder a esta pergunta, é importante analisar das fraquezas e forças das empresas familiares.

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez apontam quais são as principais fraquezas das empresas familiares:

- a) A sobreposição entre família e empresa: Algumas pessoas na empresa são, ao mesmo tempo, pai, gerente, acionista. Isso faz com que fatores passem gerar predominância nas relações das pessoas que envolvem a empresa familiar, em especial a história familiar, valores, relações interpessoais e regras de comportamento, de forma que os fatores familiares acabam por prevalecer sobre a relação empresarial, podendo levar a escolha de gestores por questões de preferência pessoal ao invés de profissional, sem contar os conflitos e tensões pessoais que acabam sendo mais frequentes e levados para a empresa, sendo potencializados quando devem ser tomadas decisões importantes como remuneração, cargos e hierarquia.

b) As dificuldades para enfrentar expansões: Empresas familiares tendem a ser mais conservadoras, seguir modelos ao invés de inovar. Muitas das vezes este conservadorismo leva a manter a empresa no local ao invés de expandir.

c) As dificuldades para enfrentar uma renovação organizacional: Estas características decorrem da prevalência das relações familiares frente às empresariais com alto grau de centralização de poderes, evitando que novas pessoas e novas ideias entrem no empreendimento.

d) As dificuldades para planejar antecipadamente a sucessão da propriedade e da gestão: Quem está no poder tem dificuldade de abrir mão dele, gerando rivalidade entre as gerações.

e) A gestão do patrimônio familiar: Muitas vezes ocorre uma confusão (mistura) patrimonial entre o que é do sócio e o que é da empresa gerando riscos desnecessários para as partes. Ocorrendo, principalmente, distribuição de valores pela empresa para os sócios de acordo com a necessidade destes, e não com a capacidade daquela.

f) Ineficácia dos órgãos de governança da empresa, principalmente do conselho de administração: A governança corporativa tem uma função de estabilizar a empresa evitando que cometa erros, sendo certo que muitas vezes o detentor do poder desconsidera os órgãos que geram estas situações.

g) Gestão inadequada: Quando a empresa é de menor porte existe um sistema de controle menos formalizado e política de recursos humanos pouco ou não desenvolvidos inclusive com a utilização de parentes menos qualificados para os trabalhos desempenhados (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 27-33).

Já Donnelley aponta que as empresas familiares chegam ao seu fim principalmente em razão de alguns problemas:

- Conflitos entre os interesses da família e os da empresa.
- Falta de disciplina com relação à destinação dos lucros e ao desempenho nos vários setores da organização.
- Morosidade nas reações às novas condições de competição impostas pelo mercado.
- Nepotismo excessivo (DONNELLEY, 1967, p. 165).

Se por um lado as empresas familiares possuem estas fraquezas, por outro, pode-se apontar forças que não podem ser desconsideradas em nenhuma análise científica acerca delas. Dentre elas pode-se enumerar as seguintes:

a) A dedicação e sacrifício de vida particular em prol da empresa, buscando sua continuidade: Muitas vezes as pessoas não tiram férias por longas datas, vão às empresas nos feriados e finais de semana. Essas pessoas acabam por tornando o local de trabalho em local de lazer.

b) Lealdade: Normalmente as pessoas que são vinculadas a uma empresa familiar costumam ser mais leais em tempos de crises, sejam pontuais, sejam prolongadas.

c) Respeito a valores e estratégias empresariais: Normalmente as empresas familiares dão mais importância para seguir o que sempre acompanharam desde o início da empresa que a mera busca pelo lucro a qualquer custo.

d) Criam e fomentam uma comunidade: As pessoas vinculadas às empresas familiares costumam se unir gerando vínculos mais próximos, confiança, facilidade de comunicação, viabilidade de flexibilidade.

e) Melhores relações com fornecedores: Em razão da perenidade com que as ideias são colocadas em prática, observando os valores e estratégias empresariais, gera-se uma previsibilidade que deixam os fornecedores mais à vontade para negociar e manter os negócios.

f) Maior confiança para o mercado: Em razão da busca pela manutenção da empresa gera uma confiança maior do mercado que saberá que as pessoas com ela envolvidas darão sangue (dentro dos limites de valores e estratégias traçadas), se for necessário, para que a empresa continue existindo (TONDO, 2008, p. 27-28).

Não obstante algumas características poderem ser tidas como forças e também como fraquezas, é na análise do caso concreto que poderá ser percebido como uma espécie ou outra, de forma que as pessoas devem saber aproveitar melhor o que seus familiares podem oferecer e evitar seus defeitos (TONDO, 2008, p. 35).

É muito comum que os conflitos tomem parte do cotidiano das empresas e nas empresas familiares isso costuma ocorrer com maior frequência, em especial porque as regras e princípios de direito de família e direito empresarial podem colidir, sendo necessário atentar-se para a análise e aplicação estratégica do direito através da instituição de um programa de governança jurídica.

Percebe-se, assim, que a Análise Estratégica do Direito é de suma importância, uma vez que os sócios devem conhecer profundamente a empresa, traçar os objetivos e planejar os caminhos para atingi-los, inclusive com redução de efeitos negativos derivado de conflitos que podem vir a existir.

4 ESTRUTURAS JURÍDICAS DE GESTÃO DE EMPRESAS FAMILIARES

Para que uma empresa familiar possa prosperar, seus lados positivos devem ser reforçados e os negativos devem ser eliminados/reduzidos. A melhor forma disso ocorrer é criando estruturas jurídicas tanto para o empreendimento quanto para a família, como a governança corporativa, jurídica e familiar, sempre verificada por meio de auditoria e *compliance*.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) apresenta o conceito de Governança Corporativa da seguinte forma: "Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas" (IBGC, 2015, p. 20).

Para que a Governança Corporativa tenha sentido e efeito, se faz necessário seguir alguns princípios de boa prática, confira-se:

Transparência

Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por dis-

posições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização.

Equidade

Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.

Prestação de Contas (accountability)

Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.

Responsabilidade Corporativa

Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazos (IBGC, 2015, p. 20-21).

Roberta Nioac Prado exemplifica alguns motivos que podem levar empresas de forma geral a buscar a implantação de governança corporativa:

- i) Melhora a organização entre acionistas formadores do bloco de controle e minoritários;
- ii) O incremento no processo decisório da alta gestão e nos processos internos de forma geral;
- iii) Maior capacidade de atrair e reter talentos;
- iv) Melhora nos critérios de avaliação de desempenho e política de remuneração (PRADO, 2011, p. 35).

Esta mesma autora aponta alguns motivos pelos quais as empresas familiares buscam implantar práticas de governança corporativa:

- i) Tornar a empresa menos dependente de pessoas físicas específicas;
- ii) Formar herdeiros e sucessores e fazê-los interagir entre si de modo a facilitar o controle compartilhado que advirá da sucessão dos sócios iniciais;
- iii) Possibilitar ou ao menos facilitar o crescimento da empresa, ampliando o leque de alternativas de financiamento junto a credores, acionistas estratégicos ou abertura de capital em Bolsa de Valores;
- iv) Melhorar a imagem da empresa (PRADO, 2011, p. 34-35).

Por outro lado, a governança jurídica é o conjunto de atos jurídicos praticados pela administração para administrar e controlar seus negócios.

A Análise Estratégica do Direito permeia especialmente a governança jurídica das empresas familiares, uma vez que é justamente através da análise adequada e estratégica das possibilidades que o direito dá aos membros das empresas e das famílias que permite a escolha

apropriada de como utilizar estas normas para atingir os fins buscados bem como minimizar os conflitos inerentes das famílias e nas empresas familiares.

Como exemplo de como melhorar a resolução de conflitos familiares ou nas empresas familiares, pode-se citar ordenadamente a busca de resolução de conflitos alternativas ao judiciário através da negociação, mediação, conciliação e arbitragem com inserção de cláusulas contratuais *neg-med-conc-arb*.

Por fim, as famílias titulares de empreendimentos familiares devem possuir governança familiar para que os membros da família que de alguma forma estão ligados à empresa possam sedimentar o pensamento de sucesso da empresa familiar através de estruturas normativas.

René Alfonso Isaac Werner destaca o que cada geração de uma empresa familiar deve se preocupar com as seguintes considerações:

Para a primeira geração, os principais pontos críticos são: (i) definir valores familiares que farão parte da "missão" da empresa familiar; (ii) assegurar a sobrevivência da empresa e da família; (iii) conduzir a primeira sucessão; (iv) promover o envolvimento operacional da família na empresa; (v) proporcionar o crescimento patrimonial; (vi) procurar viver com o sucesso.

Para a segunda geração, os pontos mais críticos são: (i) o relacionamento com os acionistas, que normalmente são os irmãos que não trabalham na operação da empresa; (ii) a percepção do valor e do trabalho já incorporados na empresa e conseqüentemente a utilização racional dos recursos; (iii) a identificação com a empresa e os valores criados pela geração anterior; (iv) o ingresso de novos membros da família, por exemplo, cônjuges; (v) os conflitos de poder, decorrentes de brigas entre irmãos e de confusão sobre competência no interior da empresa.

Para multigerações, os pontos mais complicados são: (i) a identificação patrimonial e dos valores para com a empresa; (ii) os conflitos gerenciais; (iii) a utilização de recursos; (iv) os critérios de representatividade (WERNER, 2011, p. 187).

Atentando-se para a Análise Estratégica do Direito para criar os instrumentos que podem facilitar a Governança Familiar todo acordo que tiver agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei é possível de regulamentação em decorrência da autonomia privada.

Assim, os instrumentos mais utilizados para realização deste objetivo são reunião familiar, a assembleia familiar, o conselho de família, o *Family Office*, os comitês e o código de ética, protocolo ou acordo familiar, sendo certo que cada espécie possui características e complexidade inerentes ao estágio de profissionalismo entre a família e a empresa familiar.

A Reunião Familiar é o órgão mais simples a ser criado, muitas vezes até mesmo de forma informal e se caracteriza principalmente pelos pais passando para os filhos os valores culturais que compõem a atividade empresarial, como os filhos podem aprender tarefas para contribuir para a empresa e se os filhos realmente tem interesse em trabalhar na empresa.

A Assembleia Familiar é um órgão um pouco mais complexo que a Reunião Familiar, pois passa-se a existir um certo rigor formal, contando objetos específicos para cada ato, como discutir regimes de casamento, problemas financeiros, problemas de saúde, com tóxicos, bem como questões familiares que possam atingir a empresa de alguma forma.

O Conselho de Família é um órgão ainda mais organizado e é indicado para famílias com um número grande de pessoas e grupos de famílias, sendo razoável que apenas os representantes destes grupos menores participem das discussões das reuniões periodicamente programadas para que os trabalhos sejam céleres e efetivos, tendo sempre como objetivo a consolidação do processo sucessório da empresa e conseqüentemente a perpetuação da empresa familiar.

O *Family Office* é um órgão mais voltado para a administração de bens familiar que da empresa familiar em si, pois ele tem como fundamento gerenciar o patrimônio de uma determinada família, sendo certo que a empresa familiar deve ser tida como parte deste patrimônio. No entanto, para que os bens sejam devidamente geridos, as pessoas também devem estar preparadas, com consultorias jurídica, contábil, psicológica, organizacional, educacional, dentre outros.

Os comitês são órgãos constituídos para uma finalidade específica e quando sua função tiver sido desempenhada, deverá ser extinto.

Por fim, para regular todos estes tipos de órgãos podem ser criados instrumentos jurídicos chamados de Protocolo Familiar, Código de Ética ou Acordo Familiar, que visam a apresentar como cada um destes órgãos funcionarão, podendo ser colocado um ou mais órgãos neste documento.

Para que as empresas familiares possam se perenizar no tempo, faz-se necessário cuidar da empresa de modo profissional a fim de minimizar as fraquezas decorrentes do atributo "familiar".

Uma das formas de se preparar o empreendimento familiar para ser profissional é tratar toda a família desta forma, evitando-se que questões puramente emocionais e problemas familiares sejam transplantados para a empresa, utilizando-se, para tanto, de um ou mais órgãos de gestão familiar regulados por um protocolo familiar, nunca se olvidando de que a empresa também deve cultivar os princípios da governança corporativa, aplicando a governança jurídica para regular tudo.

Para que toda a estrutura formada seja utilizada faz-se necessário criar programas de auditoria e *compliance*.

A auditoria tem como finalidade avaliar se as ações, tanto da família como da empresa, estão seguindo as normas estipuladas, devendo existir um órgão (interno ou externo da empresa) independente e sem qualquer interferência para assegurar a perpetuidade deste objetivo.

A Auditoria deve conter, ao menos, alguns conteúdos: escopo, objetivo, planejamento, implantação, relatório e *follow up* de ações corretivas.

Isso quer dizer que a auditoria deve conter finalidades delimitadas, uma delineação de como atingir a finalidade através de documentações, orçamento necessário, demonstrado através de um *check list*, sendo certo que o resultado da implantação desta auditoria deve ser formalizada em um relatório demonstrando quais as conclusões que foram atingidas decorrente do trabalho realizado, e, por fim, deve constar uma lista de soluções a serem apresentadas para correção de eventuais problemas encontrados.

Percebe-se a importância da auditoria para manter o seguimento de normas nas empresas, no entanto, existe um sistema semelhante que busca manter a integridade das normas chamado *compliance*.

A finalidade do *compliance* é a preservação da integridade de uma empresa evitando desvios de conduta, de princípios e valores.

Pedro Paulo Uchôa Fonseca Marques descreve como o programa de *compliance* deve ser utilizado na prática para surtir os efeitos esperados, confira:

Além da especificidade, é necessário ressaltar que o setor da empresa responsável pela efetivação do mecanismo *compliance* não deve se ater à análise de normas, atuando apenas na seara jurídica. Faz-se necessário promover a ampla atuação da equipe responsável pelo regime de conformidade nos procedimentos inerentes ao objeto da empresa, quanto aos métodos de gestão, objetivando elaborar de um código de ética e estabelecer auditoria interna, para o acompanhamento das atividades da pessoa jurídica. Ações como prevenção à fraudes, segurança da informação, plano de continuidade de negócios, contabilidade fiscal e gerencial e atendimento a auditorias internas e externas, dentre outras, formam o leque de atribuições do profissional do mecanismo de *compliance* (MARQUES, 2016, p. 67).

Percebe-se, assim, que a principal diferença entre a auditoria e o *compliance* é a forma de se analisar a empresa. Enquanto a auditoria tem um foco no que já aconteceu, o *compliance* tem um foco em uma conduta pró ativa e transparente evitando que atos não desejados para manter a integridade da empresa sejam praticados.

Com estes instrumentos, os sócios das empresas familiares podem ter um melhor conhecimento da empresa, de suas forças, suas fraquezas, bem como tentar fazer com que seus valores e princípios familiares (grande força empresarial) sejam seguidos, evitando, assim, surpresas e incertezas, em especial quanto à continuidade da empresa.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho foi analisado como a Teoria da Análise Estratégica do Direito pode ser aplicado nas empresas familiares de forma a favorecer sua perenização no tempo.

Percebeu-se que a Teoria da Análise Estratégica do Direito busca entender qual o real interesse de uma pessoa e busca fazer um planejamento jurídico estratégico para que o objetivo seja alcançado.

Nas empresas familiares, viu-se que existem características peculiares que lhes concede forças (como a lealdade) e fraquezas (como a confusão patrimonial entre sócios e sociedade), e a teoria estudada aponta que é possível fortalecer as forças e limitar as fraquezas com instrumentos jurídicos decorrentes de Governanças Corporativa, Jurídica e Familiar e órgãos de controle como auditoria e *compliance* para que as empresas familiares sejam ainda mais fortes e possam perenizar sua existência.

REFERÊNCIAS

- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BUENO, José Carlos Casillas; FERNÁNDEZ, Carmen Díaz; SÁNCHEZ, Adolfo Vásques. *Gestão da empresa familiar: conceitos, casos e soluções*. Tradução de Vertice Translate. Revisão técnica de Antonio Vico Mañas. São Paulo: Thomson Learning, 2007.
- COASE, Ronald Harry. The Nature of Firm. *Economica*, Londres, n. 4, 16 ed., p. 386-405, nov., 1937.
- DONNELLEY, R.A empresa familiar. *Revista de Administração de Empresas*, v. 7, n. 23, p. 162-198, 1967. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/23910/a-empresa-familiar/i/pt-br>. Acesso em: 10 dez. 2019
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GABRICH, Frederico de Andrade. Análise estratégica do direito. In: GABRICH, Frederico de Andrade (coord.). *Análise estratégica do direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2010. p. 9-32.
- GABRICH, Frederico de Andrade. Design thinking e direito. In: GABRICH, Frederico de Andrade (coord.). *Inovação no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012. p. 311-348.
- GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 423-433, jan. 2001. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67510>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- LOBATO, David Menezes; MOYSÉS FILHO, Jamil; RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert; TORRES, Maria Cândida Sotelino. *Estratégia de empresas*. 9. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- LOPES, Rose Mary. Empresas familiares vencem o desafio de durar por gerações. *Portal UOL*. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empreendedorismo/colunistas/2012/10/26/empresas-familiares-vencem-o-desafio-de-durar-por-geracoes.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Empresas familiares: administração, sucessão e prevenção de conflitos entre os sócios*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARQUES, Pedro Paulo Uchôa Fonseca. *A função corretiva da lei 12.846/2013 e os instrumentos de combate à corrupção*. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte.
- MÜLLER, Cláudio José. *Modelo de gestão integrando planejamento estratégico, sistemas de avaliação de desempenho e gerenciamento de processos (MEIO – Modelo de Estratégia, Indicadores e Operações)*. 2003. 253f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito societário*. Porto Alegre: Fi, 2017.
- PLETI, Ricardo Padovani. Empresas familiares e famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65-84.
- PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19-70, Série GV Law – Direito, Gestão e Prática.
- REQUIÃO, Rubens. *Direito Comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Oxford: Clarendon Press, 1759.

TONDO, Cláudia (org.). *Desenvolvendo a empresa familiar e a família empresária*. Porto Alegre: Sulina, 2008.

WERNER, René Alfonso Isaac. *Teoria e prática da governança familiar: aspectos tangíveis e intangíveis*. Direito Gestão e Prática: empresas familiares, governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.

5

CAPÍTULO

A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA JURÍDICA NAS EMPRESAS FAMILIARES

MATHEUS BONACCORSI FERNANDINO

RESUMO

As sociedades familiares constituem uma parcela significativa dos grandes grupos empresariais mundiais e brasileiros. Tais empresas vivem um processo dinâmico e complexo, onde os acontecimentos da *vida pessoal* de cada membro da família, as diferentes fases do *ciclo vital familiar* e o desenvolvimento (e maturidade) das atividades empresariais ocorrem ao mesmo tempo. Por isso, a maior parte das organizações familiares enfrenta problemas existenciais, jurídicos e estratégicos relacionados à escolha equivocada dos recursos disponíveis para o alcance da sua permanência ao longo do tempo. A sobrevivência e sua perpetuação no mercado dependem da adoção de práticas de Governanças acertadas para a viabilização das suas atividades empresariais durante as gerações. (aqui pensada como conjunto de pessoas) De certo, a família empresária deve ter uma *visão empresarial* das disciplinas Direito, Administração, Psicologia e Sociologia, a fim de que realizar a *análise estratégica* dos seus objetivos pessoais e empresariais, fato que possibilitará a escolha dos meios, estruturas, caminhos e alternativas mais adequadas em cada caso para a longevidade das atividades empresariais e preservação do patrimônio nas mãos da família ao longo do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Estratégica do Direito. Empresas familiares. Governança corporativa.

ABSTRACT

Family business constitute a significant portion of the large world and brazilian business groups. Such companies live a dynamic and complex process where the events of each family member's personal life, the different phases of the family life cycle, and the development (and maturity) of business activities occur at the same time. Therefore, most family organizations face existential, legal and strategic problems related to the wrong choice of available resources to achieve their permanence over time. Survival and its perpetuation in the market depend on the adoption of correct Governance practices to make their business activities viable for generations. (here conceived as a set of people) Certainly, the business family must have a business view of the Law, Administration, Psychology and Sociology disciplines, in order to carry out the strategic analysis of their personal and business objectives, which will allow the choice of the most appropriate means, structures, paths and alternatives in each case for the longevity of business activities and the preservation of heritage in the hands of the family over time.

KEYWORDS: Strategic Analysis of the Law. Family Businesses. Corporate governance.

Como citar este capítulo:

FERNANDINO, Matheus Bonaccorsi A importância da governança jurídica nas empresas familiares. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 82-101. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1 INTRODUÇÃO

As empresas familiares constituem uma parcela significativa dos grandes grupos empresariais mundiais e brasileiros. Estudos revelam que as empresas familiares representam a grande maioria das organizações do mundo, o que lhes garante um lugar de destaque na economia mundial e torna relevante a realização de estudos aprofundados sobre a dinâmica e funcionamento dessas organizações.

Embora se apresentem sob as mais variadas formas, as organizações familiares possuem uma característica comum entre todas elas, que é ter a sua origem e história vinculadas a uma família cujos membros (proprietários) se encontram à frente ou de alguma maneira relacionados com a gestão dos negócios (administração), nutrindo expectativas claras sobre a manutenção dos negócios da família e continuidade da empresa (atividade empresarial).

Nesse sentido, as empresas familiares vivem um processo dinâmico e complexo, onde os acontecimentos da *vida pessoal* de cada membro da família, as diferentes fases do *ciclo vital familiar* (aqui pensada como conjunto de pessoas) e o desenvolvimento das atividades empresariais ocorrem ao mesmo tempo. As diferentes idades cronológicas dos seus membros (às vezes acentuadas pelo conflito entre gerações), os diferentes estágios do *grupo familiar*, e ainda, o estágio de maturação da empresa no mercado, ocorrem todos ao mesmo tempo confundindo papéis e funções dos envolvidos nesse contexto.

Dentro do cenário descrito, torna-se difícil a compreensão e resolução dos conflitos entre os objetivos do indivíduo, da família e da empresa familiar.

Por isso, a maior parte das organizações familiares enfrenta problemas existenciais, jurídicos e estratégicos relacionados à escolha equivocada dos recursos disponíveis para o alcance da sua permanência ao longo do tempo. A sobrevivência e sua perpetuação no mercado dependem da adoção de práticas de Governanças acertadas para a viabilização das suas atividades empresariais durante as gerações.

Acreditamos que a melhor alternativa a ser adotada pelas empresas familiares é a inserção de medidas de *Governança Corporativa*, *Governança Familiar* e *Governança Jurídica* como elementos integrantes das *estratégias* adotadas por cada Empresa. A família deve se valer de planejamentos, estruturas e atitudes nos âmbitos da gestão e família para atingir os seus objetivos empresariais utilizando as inúmeras possibilidades dadas pelas disciplinas do Direito, Administração, Psicologia e Sociologia.

Dessa forma, o interessado deve extrair do Direito, Administração, Psicologia e Sociologia uma *visão empresarial* dessas matérias, entendendo que todas elas devem ser utilizadas para viabilizar as atividades comerciais das empresas familiares com vistas a preservá-la ao longo do tempo. Deve se impor um olhar utilitarista sobre essas disciplinas, trabalhando os seus conhecimentos dentro de uma lógica em que servem com meio (e não um fim em si mesmo) para se atingir os objetivos e a felicidade das pessoas.

Com essa *visão empresarial*, o interessado estará apto a realizar a *análise estratégica*¹ dos seus objetivos, pensando em quais estruturas, caminhos e alternativas utilizar dentro das

1 Para melhor entendimento desse conceito, sugerimos a leitura do artigo *Análise Estratégica do Direito* escrito por Frederico de Andrade Gabrich no livro *Análise Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Universidade Fumec – FCH, 2010. p. 159-201.

possíveis alternativas dadas pelo Direito, Administração, Psicologia e Sociologia para atingir os seus objetivos. Com o *pensamento estratégico*, a empresa familiar buscará meios de atingir o seu objetivo de perpetuação entre gerações e simultânea preservação do patrimônio da família, com o menor risco e custo de dinheiro, tempo e emocional.

Não existem fórmulas se sucesso pré-concebidas. Não é possível definir o que é melhor ou pior para todos os casos. Será sempre preciso avaliar as características e peculiaridades de cada *família, gestão e propriedade*, para então extrair das melhores formas de racionalização no Direito, Administração, Psicologia e Sociologia para sanar futuros conflitos.

Por isso o *pensar estratégico*² se faz necessário nas empresas familiares (para não dizer em todas). Nas diversas dimensões, o empresário deve buscar:

Conhecer as opções que dispõe (alternativas e riscos), com levantamento das vantagens e desvantagens de cada opção;

Identificar o perfil da empresa que melhor se adequa³ a cada opção (identificam-se especialmente os valores e a cultura organizacional);

Exercitar as possibilidades das escolhas, com o provisionamento mental e desenho futuro das consequências na adoção de cada opção (amadurecimento do modelo a ser adotado); e,

Implementar o formato escolhido, por etapas e com planejamento.

Sabemos que as incertezas e as mudanças fazem parte do mercado, ainda mais num cenário globalizado e cada vez mais dinâmico como o atual. Também, compreendemos que sempre existirá riscos para que decide empreender e assumir a coordenação dos meios de produção para atingimento de uma finalidade econômica.

Porém, e talvez aí já se encontre na globalização mundial e nos riscos empresariais 2 (duas) boas justificativas (mas não são as únicas), entendemos que as empresas familiares para sobreviverem devem se atentar para o *pensamento estratégico*. A condução dos negócios deve ocorrer de maneira estratégica, planejada e provisionada, utilizando todas as ferramentas que a *Governança Corporativa, Governança Familiar e Governança Jurídica* dispõem para diminuir o índice de conflitos impensados e, por consequência, o número de improvisos adotados pelos empresários cuja chance de erro é maior.

Inclusive, mediante o uso da *visão empresarial* e a posterior *análise estratégica* dos objetivos, propomos também uma nova leitura do *Princípio da Preservação da Empresa*. Em vez de se pensar esse Princípio como sendo único da esfera do Direito e o invocar somente em situações de falência ou recuperação em que as atividades empresariais não deram certo, sugerimos a sua suscitação de caráter preventivo, pensada antes e no momento de se exercer as atividades empresariais para se ter um mínimo de planejamento com vistas a preservação do negócio.

Se continuar a ser pensado como vemos a maioria dos operadores do Direito aplicar, com a invocação do *Princípio da Preservação da Empresa* dentro de um contexto reativo em que se declara através da falência ou recuperação que as atividades não deram certo, restará a mera

2 Segundo leciona Frederico de Andrade Gabrich, o "*pensar estratégico* pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico com que se conta e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos pré-estabelecidos. Tais objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso."

3 Em seu livro, Nacir Sales chama esse conjunto de etapas para análise empresarial de "Estudo do Formato Empresarial". *Blindagem de Bens 2*. São Paulo: N. Negócios, 2011, p. 36.

(e não raro insatisfatória) aplicação do disposto em lei para tentar salvar a empresa, afastando o empresário e eliminando dele todo o seu poder de decisão inerente a organização dos meios de produção. A liberdade de conduzir os seus negócios e conjugar seus esforços da melhor forma que lhe aprouver desaparecem do seu alcance (eliminando-se também os *Princípios da Autonomia da Vontade e Livre Iniciativa*), para dar lugar ao imperativo legal pré-moldado e ineficiente, dentro de um espaço contencioso.

Tudo isso, ou quase tudo, devido a ausência de uma *visão empresarial* que estruture o negócio antes (preventivamente), bem como analise a melhor estratégia adotar quando se ainda está empreendendo.

Nesse sentido, entendemos que o *Princípio da Preservação da Empresa* deve ser preventivo e multidisciplinar, com envolvimento de áreas do conhecimento além do Direito, tais como a Administração, Psicologia e Sociologia. Deve ser pensado pelo empresário em qualquer forma de organização, e com muito mais razão nas empresas familiares, como norte e até mesmo justificativa plausível para adoção de medidas de *Governança Corporativa, Governança Familiar e Governança Jurídica* no momento da elaboração da estratégia da empresa.

2 EMPRESA FAMILIAR: DIFERENTES VISÕES

Longe de ser um consenso entre os estudiosos sobre o tema, as empresas familiares não possuem um conceito unitário. Talvez pelo fato das empresas familiares se apresentarem das mais variadas formas de tamanho, faturamento, estrutura societária e segmentos de atuação, não se consegue chegar a uma definição conceitual que reúna todas essas diferenças.

Como bem sintetizado por Roberta Nioac Prado, "inicialmente é de se ter claro que as empresas familiares podem se apresentar as mais diversas características. Em termos de porte, quanto ao faturamento e à geração e à geração de empregos diretos e indiretos, existem empresas familiares em todas as classificações: grupos e conglomerados empresariais, empresas grandes, médias, pequenas ou micro, podendo, ainda atuar em qualquer segmento de negócio e explorar quaisquer tipos de atividades no comércio, na indústria ou na prestação de serviços. Em suma, podem substanciar de pequenas padarias e oficinas mecânicas até grandes corporações com diversos objetivos sociais, tais como grupos Votorantim, Pão de Açúcar, Kablin, Ultra, entre outras." ⁴

Após pesquisa realizada sobre a origem das empresas familiares, Milena Corrêa Carlton afirma que: "a ideia de empresa familiar começou na década de 60 e 70, focalizando-se em problemas como nepotismo, rivalidade entre gerações e irmãos, e administração não profissional, estabelecendo um modelo conceitual de formação da empresa familiar em dois subsistemas superpostos: a família e a gestão, sendo que cada um dos subsistemas possuía suas próprias normas, regras de admissão, estrutura de valores e organizacionais. O surgimento de problemas se dava devido ao fato de as mesmas pessoas terem que cumprir obrigações em ambos os círculos (como pais e gerentes profissionais), mostrando grande desafio de suprir ao mesmo tempo os dois subsistemas." ⁵

4 PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19.

5 Ciclo de Vida das Empresas Familiares, in Revista Eletrônica de Administração. Facef, vol 02, 2. ed, Janeiro-Junho 2003.

Porém, o advogado e historiador americano Willian O'Hara contraria a idéia acima e resalta numa frase o marco da existência das "empresas familiares". Indaga de forma reflexiva esse profissional que "antes da empresa multinacional já havia a empresa familiar. Antes da Revolução Industrial já havia a empresa familiar. Antes do Império Romano já havia a empresa familiar. Existe alguma instituição mais antiga do que a empresa familiar?"⁶

Com efeito, verifica-se que o conceito de "empresa familiar" varia muito de acordo com o ponto de vista de cada autor que se propõe a dissecar a matéria. Luiz Marcelo Antonelli, que adota como critérios distintivos a propriedade e gestão⁷, expõe que: "três situações caracterizam a empresa familiar: a) a empresa é propriedade de uma família, detentora da totalidade ou da maioria das ações ou cotas, de forma a ter o seu controle econômico; b) a família tem a gestão da empresa, cabendo a ela a definição dos objetivos, das diretrizes e das grandes políticas; c) finalmente, a família é responsável pela administração do empreendimento, com a participação de um ou mais membros no nível executivo mais alto."⁸

Para Walter Lerner, "Empresas Familiares possuem como 'Perfil' o fato de duas ou mais pessoas da família dirigirem os negócios. Na verdade, nas Empresas familiares, quem manda é 'gente da família'; o que não impede que outros profissionais sejam contratados e ocupem posições importantes na organização e até mandem."⁹

Enfim, Giovane Zorzanelli observa que "As empresas familiares podem ser classificadas em diversos tipos, em função do foco que seja norteadora a análise e dos critérios utilizados [...] de acordo com Lethbridge (1997), citado por Moreira Junior e Bortoli Neto (2007), as empresas familiares em termos simplistas podem ser classificadas em três tipos, sendo tradicional, híbrida e de influência familiar. As do tipo tradicional são as mais comuns, têm capital fechado, controle administrativo e financeiro exercido exclusivamente pelos familiares. As segundas são aquelas híbridas, ou seja, tem capital aberto, com controle exercido pela família, mas com presença de gestores profissionais em cargos diretivos. O terceiro tipo é a empresa de influência familiar, que tem a maioria das ações controladas por terceiros, mas por possuir isoladamente parcela significativa das ações, estas mantêm o controle estratégico da organização, mesmo que não participe da administração direta."¹⁰

Inclusive, Giovani Zorzanelli resumiu no Quadro¹¹ abaixo as diversas possibilidades de classificação das empresas tidas como familiares, de acordo com o enfoque escolhido por cada analista:

6 Extraído da reportagem "Os desafios enfrentados por filhos que trabalham na empresa do pai", publicada na revista *Exame*, Edição 838, de 16 de março de 2005, p. 25.

7 Nesse mesmo sentido, Luciene Jung de Campos e Cláudio Mazzilli afirmam que "Christensen (1953), um dos primeiros autores a realizar estudos sobre Pequenas e Médias Empresas (PME) familiares, afirmou que tais empreendimentos caracterizam-se pelas peculiaridades de gestão, onde estão diretamente vinculados ao exercício das funções principais, a *gestão* e a *propriedade*". *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar*: um estudo de caso, in www.fumesc.com.br [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf, acessado em 02.05.11

8 ANTONELLI, Luiz Marcelo. *Sucessão e sobrevivência nas empresas familiares*, in www.ichs.ufop.br [Internet] disponível em <http://www.ichs.ufop.br/conifes/anais/OGT/ogt1204.htm>, acessado em 02.05.11

9 *Empresas Familiares: aspectos jurídicos e estratégicos para uma boa gestão*. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 21.

10 *Tipos de Empresa Familiar*, in www.administradores.com.br [Internet] disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>, acessado em 02.05.11

11 Quadro extraído do texto de Giovani Zorzanelli, *Tipos de Empresa Familiar*, in www.administradores.com.br [Internet] disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>, acessado em 02.05.11

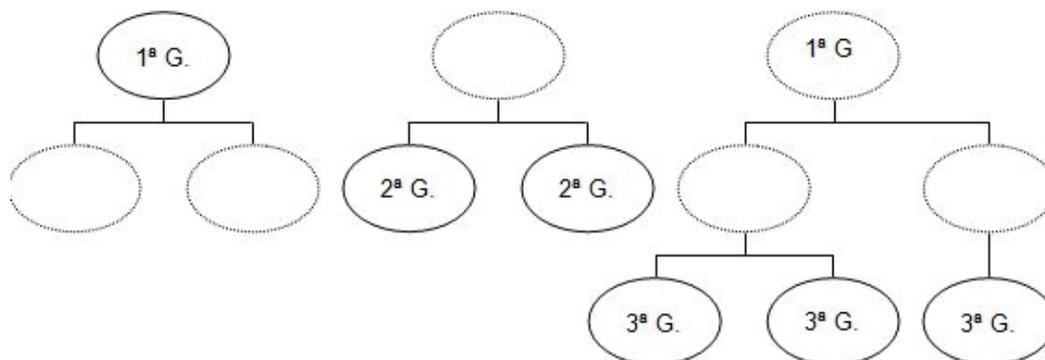
Síntese da classificação das empresas familiares.

AUTORES	CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO	CLASSIFICAÇÃO
Lethbridge (1997), citado por Moreira Junior e Bortoli Neto (2007)	Grau de abertura do capital	<ul style="list-style-type: none"> • Tradicional • Híbrida • Influência familiar
Bueno, Fernández e Sánchez (2007)	Factores sócio-demográficos	<ul style="list-style-type: none"> • Idade • Ramo de atividade • Forma jurídica • Mercado geográfico
	Geração ocupante do poder	<ul style="list-style-type: none"> • Empresas de 1ª • Empresa de 2ª • Empresa de 3ª geração
Gallo (1995), citado por Bueno, Fernández e Sánchez (2007)	Vínculo da família com a empresa	<ul style="list-style-type: none"> • Empresa de trabalho familiar • Empresa familiar conjuntural • Empresa investimento • Empresa de direção familiar
Amendolara (1995), citado por Moreira Junior e Bortoli Neto (2007)	Perspectiva do poder	<ul style="list-style-type: none"> • Poder absoluto do controlador, não compartilhado. • Poder bastante concentrado, mas compartilhado com outros membros da família. • Poder semidelegado (profissionalização parcial).

Na perspectiva de *Geração Ocupante do Poder*, alguns autores como Donnelley¹², citado por Luciene Jung de Campos e Cláudio Mazzilli, dizem que empresas familiares são “aquelas que estão identificadas com os valores de família há, pelo menos, duas gerações, resultando daí uma influência recíproca, tanto na política geral da firma, como nos interesses e objetivos da família [...] empresa familiar só adquire o título depois de uma sucessão.”¹³

O Organograma¹⁴ abaixo ilustra bem esse critério de *tempo* e *gerações* dentro das empresas:

Tipos de empresas de acordo com a geração.



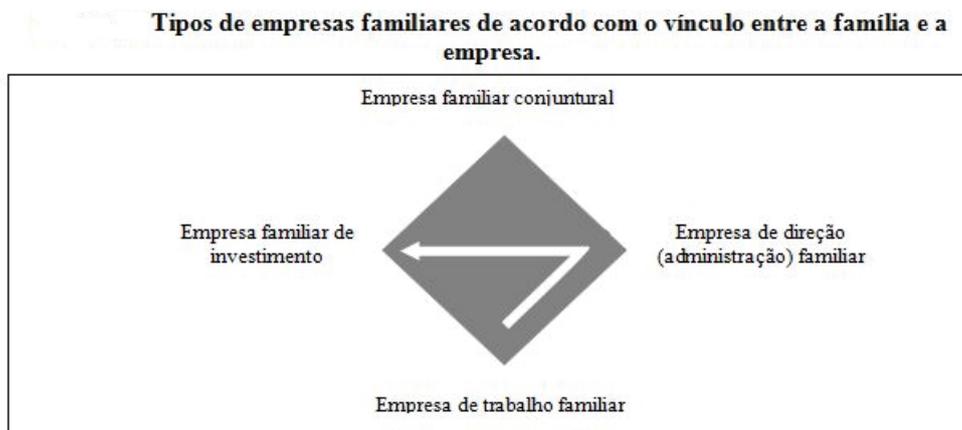
Fonte: Bueno, Fernández e Sánchez (2007)

12 A obra de R.G. Donnelley visitada por esses autores foi *The family business*, in *Havard Business Review*, vol.42, n. 4, Agosto 1964, segundo afirmação encontrada no artigo *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*, in www.fumesc.com.br/ [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf, acessado em 02.05.11

13 *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*, in www.fumesc.com.br [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf, acessado em 02.05.11.

14 Esse Organograma foi extraído do texto de Giovani Zorzaneli, *Tipos de Empresa Familiar*, in www.administradores.com.br [Internet] disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>, acessado em 02.05.11

Por outro lado, o Esquema¹⁵ a seguir já descreve como seriam os tipos de “empresas familiares” possíveis de acordo com as *Possibilidades de Vínculo da Família com a Empresa*:



Fonte: Gallo (1995), citado por Bueno, Fernández e Sánchez (2007)

A nosso ver, o critério mais correto é aquele que descreve o fenômeno a partir da *Perspectiva de Poder sobre o controle e gestão* da empresa para caracterizar essa instituição, organização, corporação e comunidade como *familiar*. Entendemos que a corporação só será considerada como de *natureza familiar* se pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco detiverem a totalidade ou maior parte das cotas sociais ou ações¹⁶ com direito de voto dentro de uma empresa. Somente se os membros de uma mesma família detiverem a maior parcela do poder-controle da instituição que lhes permita *definir* a gestão e administração da empresa é que ela será tida como de *característica familiar*.

Nesse sentido, a cumulação de 02 (dois) requisitos nas empresas familiares seria fundamental para sua relevância: *poder-controle*¹⁷ sobre a deliberação da administração e gestão da organização; *vínculo de parentesco*¹⁸ entre aqueles que detêm o poder-controle da instituição.

Por isso, a definição de *Empresa Familiar* que reputamos mais correta (se é que é possível conceituar tal empresa de forma unitária) seria a que preceitua tal instituição da seguinte forma, a saber:

Empresa familiar é aquela cujos integrantes possuem participação suficiente para conduzir o negócio ou para indicar um profissional que o faça. Ou seja, familiar é a empresa em que os parentes controlam o negócio do ponto de vista acionário. Se o controlador está apenas no conselho de administração

15 Tal Esquema foi reproduzido do texto de Giovani Zorzanelli. *Tipos de Empresa Familiar*, in www.administradores.com.br [Internet] disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>, acessado em 02.05.11.

16 Assim dispõe o art. 116 da Lei de S/A: “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.”

17 Assim, em nosso ordenamento pátrio percebemos três modalidades de exercício do controle: 1) *direto* pela titularidade e direito de voto como sócio ou acionista; 2) *indireto* pela relação de natureza societária, com participação na controladora e esta no capital votante da controlada; e 3) *agrupado*, mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

18 O art. 1.593 do Código Civil reza que “O parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”. No caso de parentesco por *natural (consanguinidade)*, este se subdivide no de *linha reta* (ascendentes e descendentes) e o de *linha colateral (transversal)* - pessoas provenientes de um só tronco, até quarto grau, sem descenderem uma da outra), com ambas as definições extraídas dos arts. 1.591 e 1.592 desse mesmo diploma legal. Lado outro, já o parentesco *civil (afinidade)*, este se perfaz entre cônjuge ou companheiro de um lado e os ascendentes, descendentes e irmãos do outro, nos termos dos art.1.595 do Código Civil.

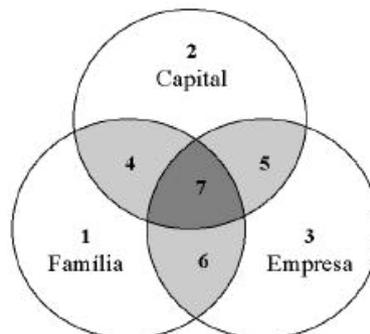
dando as orientações gerais, ou se acumula o cargo de principal executivo, tanto faz. No passado as famílias controlavam a totalidade da empresa, ocupavam os principais postos da diretoria e financiavam seus investimentos com recursos próprios. A necessidade cada vez maior de capital obrigou as famílias a vender parte da companhia a bancos e fundos de investimento. Em vez de controlar 100% do capital, como ocorria antigamente, muitas famílias mantêm o controle das empresas com bem menos do que isso.¹⁹

3 FAMÍLIA, GESTÃO E PROPRIEDADE

Independentemente do critério adotado pelo analista para classificar as empresas familiares, percebe-se a existência de alguns pontos comuns que permeiam todas as categorias e são inerentes a toda e qualquer empresa familiar. Embora possam ser definidas das mais variadas formas, tais empresas possuem características semelhantes ligadas à sua *origem e história*, as quais são identificáveis em todos os critérios de classificação.

Trata-se da existência de 03 (três) eixos ou sistemas independentes e superpostos que se fazem presentes nas empresas familiares, quais sejam: *propriedade, família e gestão*. Pessoas com o vínculo de parentesco (*família*), em determinado momento passam a ter a *propriedade e titularidade* de um negócio (aqui entendido como poder-controle), exercendo sobre a *administração e gestão* do empreendimento o poder de mando (direto, indireto ou agrupado, como vimos anteriormente).

Tal sobreposição dos sistemas *família, empresa e gestão* foi bem retratada pelo modelo dos “3 Círculos” desenvolvido em *Havard*, pelos professores Kelin E. Gersick, Jonh Davis, Marion Mac Colom e Ivan Lansberg²⁰. Veja-se:



Donde se extrai que nas posições de número:

- Membro da Família controladora, que não detém participação acionária nem cargo de gestão;
- Pessoa de fora da Família controladora, que detém participação acionária, mas não possui cargo;
- Pessoa de fora da Família controladora, sem participação acionária, detentora de cargo de gestão;

19 Reportagem “Os desafios enfrentados por filhos que trabalham na empresa do pai”, publicada na revista *Exame*, Edição 838, de 16 de março de 2005, p. 25-26.

20 GERSIK, Kelin; DAVIS, Jonh; HAMPTON, M; LANSBERG, I. *De geração a geração: ciclo de vida das empresas familiares*. São Paulo: Negócios, 1997.

- Membro da Família controladora, que detém participação acionária e não exerce cargo de gestão;
- Pessoa de fora da Família, que detém participação acionária e exerce cargo de gestão;
- Membro da Família controladora, sem participação acionária, com cargo de gestão;
- Membro da Família controladora, que detém participação acionária e exerce cargo de gestão.

Assim, verifica-se a coexistência, simultaneidade e concorrência de papéis do indivíduo dentro de entes distintos (*família e empresa*), gerando consequências diversas em sua vida e, não raro, um problema a ser enfrentado nas empresas familiares. Com essa superposição de funções, há um entrelaçamento de visões (indivíduo como parente e indivíduo como empresário) que causam reverberações que, se não forem compreendidas e separadas, transformam-se num grave imbróglio jurídico-familiar.

Isto porque, como já dito por Marco Aurélio Cattani, "a empresa familiar assenta-se sobre os subsistemas família e negócio, onde embora cada um tenha suas próprias normas, regras e estruturas, qualquer mudança introduzida num dos subsistemas, fatalmente, irá provocar mudanças nos demais. Encontrar estratégias que os satisfaçam mutuamente é o ponto-chave da empresa familiar."²¹

Os conflitos existem, e por vezes são contínuos dentro das empresas familiares. Os interesses da família nem sempre coincidem com os do negócio, gerando descompasso na condução de cada assunto. Pelo que se observa: "Na empresa familiar estão em jogo contínuo as relações família e trabalho, cujos conflitos incidem sobre seu funcionamento e rumos, no sentido de sua expansão e declínio. E deste embate resulta um leque de possibilidades que podem configurar-se, simultaneamente, causa e consequências de grandes sofrimentos para o pai e para o filho – em seus papéis reeditados no status de pai-presidente e filho-sucessor – assim como podem promover avanços gratificantes para os personagens e a empresa, dependendo dos encaminhamentos dados à resolução dos conflitos."²²

A nosso sentir, a principal contribuição do gráfico dos 3 (três) Círculos feito por Kelin E. Gersick e outros é de conseguir, de forma didática, demonstrar as diferentes possibilidades de ocupação de cada envolvido dentro da *família, gestão e propriedade*. Através desse desenho, é possível ilustrar esses 3 (três) eixos de forma superpostas, mas ao mesmo tempo independentes, com a visualização do envolvimento de cada membro da família em cada contexto.

Dessa maneira, a partir da posição que cada indivíduo ocupa no gráfico, fica fácil identificar os interesses inerentes a essa localização, confrontando com os interesses dos demais envolvidos. Ou seja, com esse desenho se consegue apurar as prioridades pessoais do indivíduo

21 CATTANI, Marco Aurélio. *Empresa Familiar: mandatos e mitos no comando de uma empresa*. Dissertação (mestrado em Administração). Departamento de ciências econômicas. Porto Alegre, UFRGS, 1993, *apud* CAMPOS, Luciene Junge e MAZZILLI, Cláudio. *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*, in www.fumesc.com.br [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf, acessado em 02.05.11.

22 CAMPOS, Luciene Jung; MAZZILLI, Cláudio. *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*, in www.fumesc.com.br [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf, acessado em 02.05.11.

em relação às necessidades da empresa, permitindo compreender se caminham no mesmo sentido ou em contraposição.

Como exemplo, cite-se a pessoa na posição de nº 4 (membro da família/proprietária/não funcionária) que provavelmente deve querer aumentar os dividendos para aumentar a sua receita, enquanto outro indivíduo na condição de nº 6 (membro da família/funcionário/não proprietário) provavelmente deseja não distribuir os lucros, mas sim reinvestir na empresa para ampliar suas atividades.

Da mesma forma, pense na posição do patriarca localizado no nº 7. Sendo ele importante para os 3 (três) círculos, vive um conflito constante entre priorizar a divisão do lucro e remuneração do investimento (como proprietário), reinvestir e expandir das atividades (como gestor), ou ainda, investir na preparação, formação e treinamento dos sucessores (família).

Em face desse conflito de interesses e prioridades que naturalmente surgem pelas peculiaridades das empresas familiares é que se faz necessária a implementação de estruturas e medidas de *Governanças* pelos envolvidos. A adoção de práticas de boa governança nas esferas *Corporativa, Familiar e Jurídica* se torna imprescindível para diminuir os conflitos de toda natureza entre os familiares (que, repita-se, são inerentes e vão sempre surgir).

Por isso, e como dito no início deste trabalho, a família deve ter uma *visão empresarial* das disciplinas Direito, Administração, Psicologia e Sociologia, a fim de que esteja apto a realizar a *análise estratégica* dos seus objetivos pessoais e empresariais, para então escolher os meios, estruturas, caminhos e alternativas mais adequados ao seu caso.

Aqui, importante ressaltar que não existem fórmulas ou definições pré-concebidas do que venha a ser sempre melhor em um ou outro caso. Não existe o que é bom ou ruim para todos os casos, melhor ou pior. Será sempre preciso avaliar as características e peculiaridades de cada família, gestão e propriedade, para então extrair das melhores formas de racionalização no Direito, Administração, Psicologia e Sociologia para sanar futuros conflitos.

Respeitadas as proibições normativas impostas pelo *Princípio da Normatividade* (ou Juridicidade)²³, as empresas familiares teriam a lastro no *Princípio da Autonomia Privada* para melhor definir qual seria o conjunto de medidas adotar na direção dos seus negócios.

O que sempre se recomenda é que as medidas de *Governança* (de preferência em todos os âmbitos e graus – *Corporativa, Familiar e Jurídica*) sejam adotadas preventivamente, como forma de antecipação os conflitos para assim evitá-los, ou caso não consiga precavê-los, ao menos dispor de maneiras alternativas de soluções de conflitos (sem qualquer necessidade de se instaurar um procedimento contencioso entre as partes, e muito menos judicial).

23 Para melhor compreensão sobre o tema, recomendamos a leitura do artigo denominado “O Caráter Normativo dos Princípios” escrito pelo Prof. Frederico de Andrade Gabrich, Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 393, p. 107 a 124.

4 GOVERNANÇA CORPORATIVA, GOVERNANÇA FAMILIAR E GOVERNANÇA JURÍDICA

O conceito de *Governança* utilizado neste trabalho pode ser facilmente compreendido pela extração da sua definição pela língua portuguesa. No Dicionário Houaiss²⁴, *Governança* significa "ato de governar (se), governo, governação". Já no conceito de Aurélio Buarque de Holanda, *Governança* é "governação"²⁵.

Em seguida, reportando ao que venha a ser Governar e Governação, tem-se como significado o ato de "ter mando, direção, dirigir, administrar. Controlar, dirigir ou fortemente influenciar as ações e o comportamento de (algo ou alguém) [...] tratar devidamente de seus próprios negócios e interesses [...]".²⁶

Desse conceito, percebe-se que a *Governança* (isto é, tratar, dirigir, administrar, controlar seus próprios negócios e interesses, com ações e comportamentos) dentro das empresas familiares pode se materializar sob 03 (três) diferentes formas. São elas: *Governança Corporativa*, *Governança Familiar* e *Governança Jurídica*.

A *Governança Corporativa* segundo o que define o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) é o "sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e organizadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle"²⁷. São medidas voluntárias adotadas pelos órgãos de administração das empresas, com vistas a uma melhor e mais transparente gestão (o que gera segurança para os investidores e demais interessados (*stakeholders*), atraindo capital e financiamento).

Em outras palavras, é um "sistema de gestão empresarial que privilegia o uso de instrumentos (lei, regulamentos e práticas comerciais) para compatibilizar interesses de todos que se relacionam com a Cia". É também um "sistema que assegura aos sócios proprietários o governo estratégico e a efetiva monitoração da diretoria executiva [...]. A boa Governança assegura aos sócios equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados (*accountability*) e obediência às leis do país (*compliance*)"²⁸

Geralmente, essas práticas são utilizadas nas seguintes áreas das empresas: (i) gestão; (ii) conselho de administração; (iii) estrutura de propriedade; (iv) auditoria independente; (v) conselho fiscal; (vi) conflito de interesses.

Também, ainda segundo os estudos feitos pelo IBCG, importante destacar os princípios e valores norteadores da *Governança Corporativa* a ser adotada pelas empresas:

- a) Transparência – disponibilizar às partes todas as informações que são dos seus interesses (via além do simples dever de informar imposto por lei);
- b) Equidade – tratamento justo de todos os acionistas, sócios e *stakeholders*;
- c) Prestação de Contas (*accountability*) – gestores devem prestar contas assumindo integralmente as consequências por seus atos e omissões;

24 HOUAISS, Antônio. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1470.

25 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1000.

26 HOUAISS, Antônio. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1470.

27 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBCG. *Código de melhores práticas de governança corporativa*. Disponível em: <http://www.ibcg.org.br>. Acesso em: 14 fev. 2012

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

- d) Responsabilidade Corporativa – agentes devem zelar pela sustentabilidade das organizações

Já a chamada *Governança Familiar* se refere às medidas tomadas no âmbito familiar pelas pessoas ligadas por relação de parentesco. Servem para melhor reger suas relações enquanto família e pessoas ligadas por vínculo consanguíneo ou civil, a fim de não atrapalhar a empresa e sua gestão. Segundo Roberta Nioac Prado, pode ser definida como “conjunto de regras e estruturas privadas que tem por objetivo administrar questões relativas às relações pessoais e sociais entre os familiares ligados a uma empresa”²⁹.

Como exemplo, cite as possibilidades de implementação da: Assembleia Familiar ou Conselho da Família, Comitês Familiares, *Family Office*, Código de Ética, Protocolo ou Acordo Familiar.

Por último, verifica-se a existência da *Governança Jurídica* como conjunto de medidas jurídicas implementadas pelos acionistas ou sócios para atingir os objetivos pretendidos com a *Governança Corporativa* e *Governança Familiar*, além de outros como o planejamento sucessório, proteção patrimonial e elisão fiscal nas empresas familiares. Entendemos como pertencente a *Governança Jurídica* toda e qualquer estruturação, meio ou alternativa jurídica não proibida em lei, portanto lícita, utilizada pelos interessados para compor seus objetivos no âmbito familiar, gestão e propriedade.

De certo, a *Governança Jurídica* permeia e adentra nas demais *Governanças Corporativa e Familiar*, mas com elas não se confundem já que as áreas de conhecimento nesses dois últimos casos vão além do Direito. Conforme o quadro abaixo, poderia se dizer que em cada esfera se vale:

Tipo de Governança	Áreas do Conhecimento Interdisciplinariedade
Governança Corporativa	Administração, Finanças, Contabilidade, Sociologia e Direito Societário
Governança Familiar	Psicologia, Psiquiatria, Sociologia, Direito de Família e Direito Societário
Governança Jurídica	Direito de Família, Direito Sucessório, Direito Societário e Direito Tributário

Aqui, discordamos da respeitosa opinião de Roberta Nioac Prado, para quem a *Governança Jurídica* (termo adotado por nós como correto) é no seu entendimento melhor denominada de “*Governança Jurídico-sucessória*” porque compreende “a adequada estrutura de planejamento sucessório nos âmbitos dos Direitos Societário e da Família e das Sucessões.”³⁰

No nosso entendimento, compreendemos que a definição acima estaria correta, porém incompleta, na medida em que a estruturação jurídica adotada pela empresa familiar pode abranger outros aspectos que não sejam os sucessórios. Por isso, preferimos compreender o termo *Governança Jurídica* de forma ampla e abrangente, incluindo todas as áreas do Direito

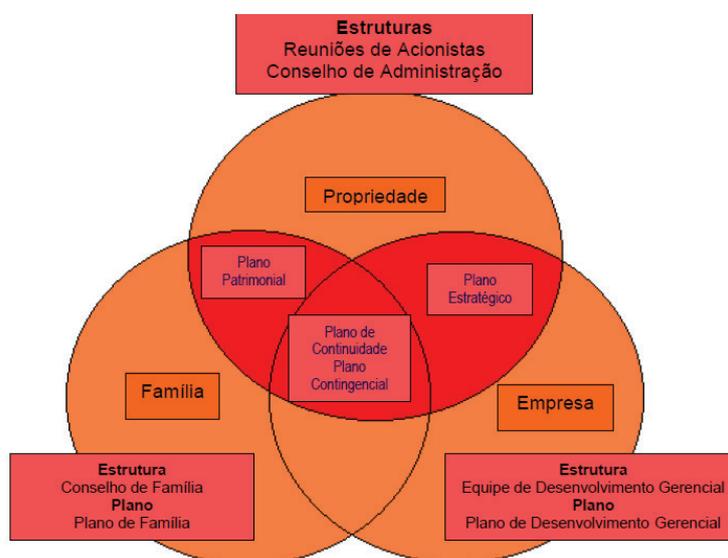
29 Empresas Familiares – Governança Corporativa, Familiar e Jurídico-Sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

30 Empresas Familiares – Governança Corporativa, Familiar e Jurídico-Sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46 e 47.

que de alguma forma pode ajudar na estruturação dos objetivos da família, gestão e propriedade.

À título de ilustração, cite-se a criação de *Holdings*, redação de Acordo de Acionistas ou Cotistas, firmamento de pactos antenupciais, elaboração de testamentos, realização de Doações condicionadas (com cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade, inalienabilidade e de reversão), e ainda, qualquer medida de planejamento para racionalização lícita de incidência tributária.

Por oportuno, cabe transcrever o Organograma³¹ proposto por Kelin E. Gersick para a separação dos 3 (três) tipos de Governanças listados acima, visando amenizar a insegurança e conflitos dentro das empresas familiares. Aqui nesse esquema, o d. estudioso chama de “Estrutura” o que propomos chamar de “Governança” em concordância com outros autores. Veja:



Segundo Kelin E. Gersick, “a proposta é que cada um dos três subsistemas da empresa familiar possa se beneficiar com uma estrutura de coordenação (Propriedade – reuniões de acionistas e conselho de administração; Empresa – equipe de desenvolvimento gerencial; Família – Conselho de Família) que auxilie na realização de suas tarefas de desenvolvimento. Ou, ainda, com planos que possam orientar o trabalho nessas tarefas.”³²

5 GOVERNANÇA JURÍDICA E SEU 1º DESAFIO: CONSCIÊNCIA SOBRE A TRANSMUDAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Como discorrido acima, a coexistência dos sistemas da *família*, *empresa* e *gestão* gera questões e consequências jurídicas de interesse do Direito. Ela reflete e desencadeia comportamentos humanos relevantes que merecem atenção do campo jurídico.

31 Chamado por Kelin E. Gersick de “Administando Empresas Familiares em Desenvolvimento – Estrutura e Plano dos Três Círculos”, em seu livro *De Geração para Geração: Ciclo das Empresas Familiares*. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

32 *De geração para geração: ciclo das empresas familiares*. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

Na medida em que os indivíduos dentro do contexto sobreposto *família e empresa* são capazes de gerar atos, declarações, negócios, direitos, poderes, faculdades, obrigações e deveres, isto é, praticarem *atos jurídicos lícitos*, suas atitudes devem ser conhecidas, estudadas e receber o devido tratamento do ordenamento jurídico. A partir do momento em que tais atos jurídicos e relações negociais são capazes de *criar, modificar ou extinguir relações* entre duas ou mais pessoas, quer sejam de caráter patrimonial ou quer sejam extrapatrimonial, ora na conjectura familiar e ora no domínio da empresa, suas circunstâncias devem ser estudadas pelo Direito, sob pena de se manter a insegurança emocional e jurídica que aflige os interessados conforme dito acima.

Por isso, o que ora nos propormos é em primeiro lugar lançarmos um olhar técnico-jurídico no sentido de separar esses eixos de relações (*família, empresa e gestão*) que a princípio estão sobrepostos nas empresas familiares. Em primeiro plano, entendemos necessária a identificação clara das funções desempenhadas por cada indivíduo em cada uma daquelas esferas, separadamente. É preciso distinguir os atos e relações jurídicas praticados pelo sujeito quando está desempenhando um papel no contexto familiar, do outro desenvolvido por esse mesmo indivíduo quando assume uma posição dentro do negócio familiar.

No início, tem-se a *família* e o vínculo de parentesco que une por laços de afeto e sentimentos os envolvidos. Os parentes regem suas relações observando as *regras e princípios* do ordenamento jurídico atinentes ao Direito de Família³³, delimitando suas tratativas pelas normas cogentes de interesse do Estado (de ordem pública) e da autonomia privada permitida dentro desse ramo familiar. O norte jurídico que disciplina essas relações se perfaz pelo agrupamento dos seguintes *princípios e valores* positivados na ordem jurídica brasileira:

Os “princípios” e “valores” jurídicos que dirigem as pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco são: Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, listado no art. 1.º, inciso II, da CR/88; Princípio da Solidariedade Familiar, cominado no art. 3.º, inciso I, da CR/88; Princípio da Igualdade entre Filhos, disposto no § 6.º do art. 227 da CR/88; Princípio da Igualdade entre os Cônjuges e Companheiros, seja heterossexual ou homossexual,³⁴ extraído dos §§ 3.º e 5.º do art. 226 da CR/88,³⁵ conjugados com o art.1.511 do CC/02; Princípio da Igualdade na Chefia

33 Princípios extraídos do livro *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões* /Coordenadores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 35-50.

34 Aqui é importante ressaltar que um novo desafio jurídico se impõe para os estudiosos do tema “empresas familiares”. No ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, alargando o conceito de “família” descrito no ordenamento jurídico pátrio. Em tese, será possível observar no futuro “empresas familiares” cuja participação seja formada por pessoas exclusivamente do mesmo sexo que, além de sócios, têm uma relação de parentesco “civil” que as coloca no patamar de membros de uma mesma “família”.

35 O julgamento foi proferido pelo STF na ADI nº 4.277-DF e publicado com a seguinte ementa, a saber: “Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUcionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou litúrgica

Familiar, observado no § 5.º do art. 226 e no § 7.º do art. 227, ambos da CR/88, complementados pelos arts. 1.566, incisos III e IV, 1.631 e 1.634 do CC/02; Princípio da Não-Intervenção ou da Liberdade, disposto no art.1.513 do CC/02; Princípio do Melhor Interesse da Criança, tipificado no art. 227, caput, da CR/88, conjugado com os arts. 1.583 e 1.584 do CC/02; Princípio da Afetividade, cominado no § 7.º do art. 226, no art. 227 e no art. 229 da CR/88; Princípio da Função Social da Família, disposto no art. 226, caput, da CR/88.

Nesse contexto, os princípios constitucionais descritos acima se mostram como regras obrigatórias impostas pelo Estado, a regulamentar as relações dos indivíduos envolvidos dentro do eixo familiar. O resultado gera uma indubitável limitação do seu livre dirigismo dentro da sua *autonomia existencial*, bem como uma restrição na sua liberdade negocial (*autonomia privada*).

Porém, são essas as regras indisponíveis e obrigatórias que os familiares estão “constrangidos” pelo Estado a observar no relacionamento e tratamento com seus próprios parentes. É que, no ramo do Direito de Família: “a autonomia de vontade sempre foi de diminuto relevo no campo do Direito de Família, pois existem regras para poder casar e que invalidam o matrimônio quando não observados direito cogentes, tal como existe um conjunto de características que permitem reconhecer a existência de uma união considerada estável e destinatária da proteção estatal. Do mesmo modo, como não será possível reconhecer vínculos de parentesco e de obrigações em relações que divirjam da norma escrita e que não podem ser modificadas pela simples vontade das pessoas, como são clássicas as situações que proíbem a renúncia aos alimentos, em um mostra muito clara da intervenção do Direito Público. O Direito de Família justamente destoa do restante do Direito Privado quando, com as exceções das separações e divórcios extrajudiciais da Lei 11.441/07, limita a autonomia da vontade com a imperatividade de suas normas, todas elas coerentes com o propósito de manutenção e preservação dos direitos pessoais presentes nas relações jurídicos-familiares, cujo enfoque diverge da livre movimentação individual encontrada no campo das relações de cunho exclusivamente patrimonial e econômico.”³⁶

Ocorre que, quando os parentes deixam de ser apenas uma *família*, para então se tornarem uma *empresa familiar*, a natureza jurídica das suas relações se transforma. O que até então era tratado como relação de parentesco pelos interessados dentro do âmbito familiar, vale dizer, no âmago do Direito de Família pelas normas e valores descritos acima, agora muda de natureza e passa a ser visto como uma *distinta, separada e inconfundível* relação empresarial.

religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. [...] (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

36 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

Ao deixar de ser uma mera família para se tornar uma *família empresária*, em que parentes entre si e parentes com terceiros passam a se relacionarem na condição de *sócios* (e não mais de *parentes*), seja qual for o tipo jurídico de sociedade escolhido, o núcleo da relação se modifica e deve ser tratado como um ato ou relação jurídica de disciplina e subordinação afeta ao Direito Empresarial, mais especificamente Direito Societário.

Isto porque, para o ramo do Direito Comercial, não interessa a relação de parentesco eventualmente existente entre os envolvidos, mas sim o vínculo *associativo* e *societário* que os unem. O que se torna importante são as *vontade* e *objetivo* comuns, que levam aquelas pessoas a conjugar esforços de qualquer natureza para constituir uma sociedade empresária, nos exatos termos do já citado art. 981 do Código Civil.

Acontece nas empresas familiares o que Gladston Mamede e Eduarda Mamede convençionaram chamar de "*transmutação das relações familiares*", onde as relações jurídicas que eram apenas familiares no início, enquanto somente existia a família, passam agora a serem empresariais, com a constituição ou aquisição da empresa familiar. Para aqueles juristas, que citam a ocorrência do fenômeno da *transmutação* na formatação de *holdings* familiares: "com a constituição da *holding* familiar, essa lógica privada *aguda*, radical, desfaz-se. Não apenas as relações do direito do herdeiro com a parcela que lhe toca no patrimônio, mas suas relações com os demais herdeiros. Não é mais uma questão de Direito de Família, de Direito Sucessório ou de Direito de Propriedade. Passa-se a ter uma questão de Direito Empresarial e, mais precisamente, de Direito Societário. Os herdeiros não serão proprietários do patrimônio familiar, mas titulares das quotas ou ações da sociedade que, por seu turno, será a proprietária daquele patrimônio e, assim, conservará a sua unidade."³⁷

Em outras palavras, a relação de parentesco não importa mais, mas sim a relação societária negociada entre eles para constituir via Contrato ou Estatuto o vínculo societário que todos passarão doravante a observar, juntamente com as normas positivas do Direito Empresarial³⁸. Nesse aspecto, as "normas" e "valores" que passarão a reger as relações societárias entre os "familiares-empresários" no âmbito do Direito Empresarial são:

"Princípios da Livre Iniciativa e Livre Concorrência", dispostos no art. 1º, inciso IV, e art. 170, *caput*, da CR/88,³⁹ os quais asseguram às empresas familiares e seus sócios o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, à exceção somente nos casos expressamente previstos em lei;⁴⁰

37 MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 140.

38 Por não fazerem parte do foco deste trabalho, deixaremos de citar alguns dos Princípios do Direito Empresarial que não nos interessam no momento, quais sejam: *Princípios do Regime Jurídico Privado* (atende imediatamente aos interesses dos sócios e mediatamente aos do Estado), *Livre Concorrência* (prevenção e repressão às atitudes contra a ordem econômica), *Função Social e Preservação da Empresa* (proteção da comunidade e do Estado, que tem interesse na conservação da atividade empresarial).

39 Segundo Eros Grau, o Brasil – República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada e assegura no seu texto de 1988 a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Isso significa que a ordem econômica mencionada no art. 170, *caput*, do texto constitucional – dentro do mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada visando à promoção da existência digna que todos devem gozar. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

40 Na visão de Gladston Mamede, os princípios da "Livre Iniciativa e Livre Concorrência" têm como desdobramento os sub-princípios da "Livre Movimentação Interna de Capitais" e "Livre Empreendimento". Dentro do processo histórico brasileiro, a Constituição da República de 1988 fez a opção por tais princípios dispondo-os como valores constitucionais listados nos arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, com *status* de fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Holding Familiar e suas Vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. São Paulo: Atlas, 2011.

“Princípio da Liberdade de Contratar”, cominado no art. 1º, inciso VI, e art. 170, *caput*, conjugados com o art. 5º, inciso II, da CR/88, no qual é permitida às empresas familiares e seus sócios a livre atuação e estruturação empresarial, de tal forma que possam livremente se organizar, contratar e formatar seus negócios comerciais de acordo seus interesses, tendo a obrigação de respeitar somente aquilo que é taxativamente proibido por lei ou que tenha forma prescrita determinada por ela;⁴¹

“Princípio da Boa-fé e Probidade”, previsto no art. 422 do CC/02, em que as empresas familiares e seus sócios devem realizar suas ações dentro de um modelo de conduta social ou padrão ético de comportamento que guarde, desde a fase pré-contratual até a posterior execução dos seus negócios empresariais, valores objetivos de honestidade, lealdade, informação e probidade, a fim de não frustrar as justas expectativas de quaisquer dos contratantes;⁴²

“Princípio da Função Social dos Contratos”, cominado no art. 421 e parágrafo único do art. 2.035 do CC/02, em que as empresas familiares e seus sócios devem exercer suas atividades empresariais dentro dos limites razoáveis e esperados para o negócio jurídico por cada parte, com benefícios para ambos os contratantes, sem que isso implique abuso do poder econômico, dominação dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros;⁴³

“Função Social e Preservação da Empresa”;⁴⁴ disposto nos arts. 1º e 47 da Lei nº 11.101/05, em que se busca a preservação da atividade econômica organizada desenvolvida pelas empresas familiares, como forma de assegurar valores e objetivos constitucionais expressos no *caput* do art. 170 da CR/88, mantendo-se o pleno emprego, função social da propriedade, valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna e justiça social.⁴⁵

De fato, é indubitável a ocorrência da *transmutação das relações nas empresas familiares*. Com a adição dos ingredientes *propriedade e gestão empresariais* dentro do contexto da

41 Para Mariana Ribeiro Santiago, a “liberdade de contratar” implica a liberdade de decidir celebrar ou não o contrato, bem como a liberdade de escolher o outro contratante. Já a “liberdade contratual” é a liberdade de determinar o conteúdo do contrato, suas cláusulas, sendo permitida legalmente, inclusive, a criação de contratos atípicos. O Princípio da Função Social atinge a “liberdade contratual”. O indivíduo não fica limitado no seu direito de celebrar ou não um contrato com a pessoa de seu interesse e de sua escolha. Mas, uma vez decidido a celebrá-lo, deve fazê-lo de forma a não prejudicar a sociedade, respeitando um limite, a função social do negócio, que pode ser ferida através do seu conteúdo. *O princípio da função social do contrato: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2005.

42 Conforme a lúcida e atual lição de Pedro Oliveira da Costa, no modelo contemporâneo cada um dos princípios clássicos é confrontado com um novo princípio, capaz de moldar-lhe a aplicação e redefinir-lhe a abrangência. A liberdade contratual hoje é informada pela boa-fé, considerada em seu viés objetivo, a incidir em todas as fases da relação negocial, qualificando a conduta das partes e orientando a interpretação do contratado; o vetusto “pacta sunt servanda” é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio entre a prestação e contraprestação, evitando-se contratações iníquas ou execuções desarrastadas de obrigações inicialmente razoáveis; a relatividade dos efeitos do contrato é abrandada pelo reconhecimento e afirmação da sua função social. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 45-68.

43 Isso acontece porque, de acordo com Timm (2008), o contrato tem uma função importante no seio da sociedade capitalista (coesão, cooperação, regulação de comportamentos e expectativas dentro da ótica solidarista), o equilíbrio e a justiça da relação contratual será garantida por meio de uma regulação heterônoma à vontade das partes contratantes, seja através das normas legais imperativas de proteção de interesses públicos e sociais (inerentes ao Direito Social) – artigos 421, 157, 187, e 478 do Código Civil), seja pelo respeito aos usos e costumes (art. 113 do Código Civil) – visualizando-se, em todas essas formas, uma interação e uma mediação da sociedade no seio do contrato a fim de garantir-lhe funcionalidade.

44 Sobre esses dois princípios, Mamede (2005) ensina que o “Princípio da Função Social da Empresa” reflete, por certo, no “Princípio da Preservação da Empresa”, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.

45 De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, nesse princípio construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.

família, o vínculo *parental* perde espaço para o *societário*, sendo todas as relações jurídicas daí surgidas dentro do sistema *empresa familiar* regulamentadas e disciplinadas somente pelo Direito Societário.

No entanto, o que se vê na prática são casos em que os parentes-sócios das empresas familiares são *incapazes* de compreender o fenômeno em si da *transmutação das relações*, assim como perceber que a maior parte das dificuldades enfrentadas nessas instituições vem da própria *falta de clareza* sobre a mudança na natureza jurídica dessas relações. Para a maioria das famílias, a confusão de papéis, cargos e funções continua no dia a dia das relações com:

ora os *sócios* da empresa familiar se relacionando de forma amadora e pouco profissional como se fossem *parentes*, dispensando tratamentos, exigências e emoções inerentes às regras e princípios das relações afetivas do Direito de Família dentro da corporação; e,

ora os *parentes* se tratando como *sócios* dentro do âmbito familiar, levando para a esfera afetiva-particular as frustrações, mágoas e ressentimentos profissionais adquiridos no desenvolvimento dos negócios societários familiares.

Normalmente, os envolvidos realmente não conseguem elaborar, digerir e separar o que acontece em cada um dos sistemas coexistentes das empresas familiares (*propriedade, família e gestão*), misturando razões e sentimentos. A tomada de decisões dentro desse tipo de corporação fica prejudicada por emoções carregadas de afeto-raiva das relações familiares, atrelada às dificuldades profissionais do próprio negócio em si (tais como, acirramento da concorrência, políticas econômicas, dificuldades sociais, exigências do mercado, etc.).

Luciene Jung Campos e Cláudio Mazilli puderam observar que essa ignorância (falta de conhecimento) é recorrente nas empresas familiares. Segundo esses estudiosos, "situações de sucessão e o alto grau de complexidade da situação, não remete, necessariamente à conotação de confusão e caos, mas a capacidade de ser elaborada pelos sujeitos envolvidos. A falta de tratamento dessa dimensão da empresa pode estar respondendo por distúrbios de ordem física e afetiva, uma vez que sentimentos de raiva e culpa somam-se às responsabilidades inerente à direção de uma empresa, particularmente em situações mercadológicas desafiadoras como as atuais."⁴⁶

Portanto, realmente é preciso dispensar efetivo tratamento jurídico ao fenômeno da *transmutação das relações nas empresas familiares*. Os parentes e sócios, juntamente com o operador do Direito, terão o dever de separar as relações ocorridas em cada um dos sistemas da *propriedade, família e gestão* (como vimos, eixos simultâneos e sobrepostos nas empresas familiares), visando identificar a natureza jurídica de cada uma delas para, então, dar o devido e específico tratamento de Direito de Família ou de Direito Empresarial a cada uma dessas situações jurídicas. Caso essa consciência seja adquirida, sem dúvida que boa parte dos conflitos e insegurança jurídica existentes nas empresas familiares diminuirão, em prol da harmonia e continuidade das gerações nas empresas familiares.

46 CAMPOS, Luciene Jung; MAZZILLI, Cláudio. *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*, in www.fumesc.com.br [Internet] disponível em http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf. Acesso em 2 maio 2011.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, viu-se as inúmeras dificuldades advindas da sobreposição de papéis e transmutação das relações jurídicas dentro das empresas familiares. Tais sociedades, por isso, necessitam de implementar de forma sistemática e contínua e como parte de seu planejamento estratégico práticas de *Governança Jurídica* para a prevenção e resolução dos conflitos de qualquer natureza que possam surgir entre os sócios/familiares ao longo da administração e do exercício do poder de controle sobre o empreendimento.⁴⁷

A inserção de medidas de gestão administrativa⁴⁸ no planejamento das empresas familiares não basta para a resolução da sua complexidade jurídica. Devido à sua natureza, é preciso também adotar medidas estratégicas de *Governança Jurídica*. Este sempre foi e ainda é hoje o maior desafio das empresas familiares:⁴⁹ criar,⁵⁰ adequar⁵¹ e implementar⁵² medidas jurídicas de forma preventiva, contínua e planejada dentro da organização, fazendo com que essas medidas sejam incluídas como parte da estratégia da corporação, de forma a viabilizar a exploração da suas atividades com maior segurança jurídica e eficácia possível.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Luciene Jung; MAZZILLI, Cláudio. *Análise do Processo Sucessório em Empresa Familiar: um estudo de caso*. Disponível em: http://www.fumesc.com.br/adm_materialdidatico/per7e8/gmicroepeqemp/03-%20Textos%20Complementares%20-%20Sucessao%20na%20Empresa%20Familiar.pdf. Acesso em: 2 mai. 2011.

CARLTON, Milena Corrêa. Ciclo de vida das empresas familiares. *Revista Eletrônica de Administração*. v. 2, 2. ed., jan.-jun. 2003.

CATTANI, Marco Aurélio. *Empresa familiar: mandatos e mitos no comando de uma empresa*. Dissertação (Mestrado em Administração). Departamento de Ciências Econômicas. Porto Alegre, UFRGS, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

47 Conforme descrito por Luiz Maciel, se por um lado a maioria das empresas brasileiras são organizações com controle familiar, também é verdade que elas são campeãs em descontinuidade. Em torno de 67% dessas companhias não sobrevivem à passagem da primeira para a segunda geração e, das remanescentes, 86% não chegam à terceira. Os comandantes das empresas familiares costumam olhar para seus filhos como herdeiros naturais que lhes devem obediência. Delegam a eles papéis secundários enquanto adiam o encaminhamento da sucessão. Com isso, alimentam conflitos que acabarão levando à divisão do patrimônio familiar a ao fim da empresa original. Superar conflitos e investir na profissionalização. *Revista Valor Econômico Especial*, Governança Corporativa, Rio de Janeiro, ano 2013, Edição especial, p. 34-38, jun. 2013.

48 Ou seja, práticas de cunho e foco administrativo tais quais as medidas de gestão propagadas pela governança corporativa. Para maior conhecimento sobre essas práticas nas empresas familiares, cf. IBGC. *Governança Corporativa em empresas de controle familiar: casos de destaques no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008., ou acesse o site do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (www.ibgc.org.br).

49 No Brasil, talvez esse seja um desafio inerente a toda e qualquer empresa diante da cultura de uma boa parte dos empreendedores, especialmente nas pequenas e médias corporações, que preferem não investir em consultoria e planejamento jurídicos preventivos, optando por assumir riscos com o pagamento futuro de eventuais medidas corretivas (ainda que sejam mais onerosas).

50 A empresa familiar terá liberdade de iniciativa e atuação empresarial para inovar com fulcro nos *princípios da autonomia privada e da livre iniciativa* que regem o direito privado, devendo respeito somente aos limites do que é proibido por norma jurídica existente, válida e eficaz, conforme o *princípio da normatividade* (ou juridicidade).

51 As empresas familiares deverão pautar suas escolhas e adequação por meio da *análise estratégica* dos seus objetivos empresariais.

52 Com o menor custo empresarial possível, mensurado em dinheiro, tempo ou desgaste emocional.

- DUARTE, Ronnie Preuss. *Teoria da empresa: à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2004.
- ESTOL, Kátia Maria Felipe; FERREIRA, Maria Cristina. *O processo sucessório e a cultura organizacional em uma empresa familiar*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n4/a05v10n4.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – FCH, 2010.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *O Caráter Normativo dos Princípios*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GERSICK, Kelin E. *De geração para geração: ciclo das empresas familiares*. São Paulo: Negócio Editora, 1997.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBCG. *Código de melhores práticas de governança corporativa*. Disponível em: <http://www.ibcg.org.br>. Acesso em: 2 mai. 2011.
- MACIEL, Luiz. Superar conflitos e investir na profissionalização. *Revista Valor Econômico Especial, Governança Corporativa*, Rio de Janeiro, ano 2013, Edição especial, p. 34-38, jun. 2013.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo; NETO, Adelino de Bortoli. *Empresa Familiar: um sonho realizado*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos jurídicos da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SALES, Nacir. *Blindagem de bens*. São Paulo: N. Negócios, 2011.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.) *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.
- WALTER, Lerner; BARRUECO, Fernando Mauro; PEROTTI, Paulo Salvador Ribeiro (coord.). *Empresas Familiares: aspectos jurídicos e estratégicos para uma boa gestão*. São Paulo: IOB Thomson, 2007.
- ZORZANELLI, Giovani. *Tipos de empresa familiar*. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>. Acesso em: 2 mai. 2011.

6

CAPÍTULO

O CONTRATO DE NAMORO NA FAMÍLIA EMPRESÁRIA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA

UYARA VAZ DA ROCHA TRAVIZANI
FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

RESUMO

A partir do método dedutivo e dos marcos teóricos do contrato de namoro, bem como da governança familiar e corporativa, o artigo estabelece a diferença entre a empresa familiar e a família empresária, reconhece a influência que problemas interpessoais familiares podem ter na sustentabilidade da sociedade empresária familiar, e apresenta como uma das soluções possíveis a celebração do contrato de namoro, que pode ser utilizado nas empresas familiares como instrumento de governança familiar e corporativa.

PALAVRAS-CHAVE: Família empresária. Sociedade familiar. Governança corporativa. Contrato de namoro.

ABSTRACT

From the deductive method and the theoretical framework of dating contract, family and corporate governance, the article establishes the difference between the family business and the family business society, recognizes the influence that family interpersonal problems can have on the sustainability of the family business society, and presents as one of the possible solutions to the conclusion the dating contract, which can be used in family businesses as an instrument of family and corporate governance.

KEYWORDS: Family business. Family business Society. Corporate governance. Dating agrément.

1 INTRODUÇÃO

Parte significativa das empresas, no Brasil e no mundo, é ou já foi empresa de origem familiar, constituída e desenvolvida a partir dos laços personalistas e de confiança estabelecidos entre membros de uma mesma família.

Como citar este capítulo:

TRAVIZANI, Uyara Vaz da Rocha; GABRICH, Frederico de Andrade. O contrato de namoro na família empresária como instrumento de governança. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 103-119. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Na prática, quase todas as empresas familiares, um dia, estarão diante de um dilema decorrente do descompasso entre a governança familiar e as exigências de governança corporativa estabelecidas pelo mercado (cada vez mais competitivo e globalizado): crescer, mediante a determinação de regras de governança familiar e a profissionalização da gestão da empresa; vender, após um processo (pelo menos mínimo) de objetivação da administração da empresa familiar; ou morrer, por meio da falência ou da dissolução regular ou irregular da sociedade empresária familiar.

Nesse contexto, muitas vezes, os problemas das empresas familiares começam quando o crescimento orgânico dessas empresas não acompanha as necessidades crescentes de remuneração da família empresária (que, geralmente cresce em proporção superior à capacidade de a empresa familiar gerar recursos) e, principalmente, quando também não há planejamento e execução de projetos de governança familiar e corporativa.

Por isso, o objetivo do presente trabalho é analisar a diferença entre a empresa familiar e a família empresária, a influência que problemas interpessoais familiares podem ter na sustentabilidade da sociedade empresária familiar, bem como apresentar uma das estratégias jurídicas de governança familiar e corporativa, que pode ser usada para minimizar um tipo específico de problema decorrente da relativa facilidade de caracterização de uma união estável, dada a evolução dos relacionamentos pessoais e afetivos atuais.

Para tanto, a presente pesquisa faz uso do método lógico dedutivo e utiliza como marcos teóricos a governança familiar e corporativa, bem como o contrato de namoro, valendo-se, principalmente, do referencial teórico estabelecido por Sonalle Batista de Oliveira, na obra *Discussão sobre a validade do contrato de namoro no ordenamento jurídico*, bem como os estudos relacionados às empresas familiares na obra *Empresas Familiares: administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios*, de Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede.

2 NATUREZA E TIPO SOCIETÁRIO DAS EMPRESAS FAMILIARES E AS FAMÍLIAS EMPRESÁRIAS

As empresas familiares são comumente constituídas no Brasil e no mundo e, habitualmente, são titularizadas por sociedades – pessoas jurídicas compostas de outras pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas (MAMEDE; MAMEDE, 2012).

No que diz respeito à natureza jurídica, as sociedades dividem-se em simples e empresárias. Quanto aos tipos jurídicos, conforme dispõe o art. 982, *caput*, CC/02, *in verbis*:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa (BRASIL, 2002).

Na prática, o ponto de maior diferenciação entre as sociedades de natureza empresária e as sociedades de natureza simples reside no fato de as sociedades empresárias preencherem as condições para a caracterização do empresário previstas no artigo 966 do Código Civil,

além de terem os seus atos constitutivos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede quando possuem personalidade jurídica (artigo 1.150 do Código Civil), bem como de estarem sujeitas ao regime da recuperação e da falência (artigo 1º da Lei n. 11.101/2005).

Especificamente em relação às empresas familiares, Mamede e Mamede (2012, p. 24) afirmam que *“a quase totalidade das empresas familiares brasileiras corresponde a sociedades limitadas ou anônimas”*. Dessa forma, passa-se à análise mais detida desses tipos societários no âmbito da empresa familiar.

Para tanto, faz-se necessário analisar classificação que distingue a sociedade de pessoa da sociedade de capital, isso pelo fato dessa classificação ser necessária para compreensão da origem das sociedades familiares e de surtir efeitos na transferência de participação societária, especialmente nessas sociedades (MAMEDE; MAMEDE, 2012).

A sociedade de pessoa, chamada de sociedade *intuitu personae*, de acordo com Mamede e Mamede (2012, p. 25), *“dá ênfase à identidade dos sócios, valorizando o mútuo reconhecimento e aceitação entre os sócios. Sua grande marca é a limitação da transferência das participações societárias, demandando a aprovação pelos demais sócios”*.

De fato, nas sociedades classificadas como de pessoas, geralmente os sócios se conhecem, se respeitam e se confiam mutuamente. E é justamente essa situação fática que justifica a criação e a manutenção da vida social. Nessas sociedades, quando o vínculo de confiança mútua deixa de existir, geralmente a sociedade inicia um procedimento de dissolução, porque o elemento essencial de sua existência (o respeito e a confiança recíproca entre os sócios) desaparece. Há, portanto, nessas sociedades, um vínculo quase umbilical entre as sociedades e as pessoas dos sócios. Em regra, nas sociedades de pessoas, os seus atos constitutivos estabelecem limitação à liberdade de cessão das quotas ou ações, o que pode ocorrer tanto nas sociedades limitadas, quanto nas sociedades por ações (sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações, regidas pela Lei n. 6.404/76), apesar de isso ser mais comum nas primeiras.

Já as sociedades de capitais, *intuitu pecuniae*, geralmente são *“as sociedades focadas no aporte de capital e não na pessoa dos sócios”* (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 25). São sociedades, portanto, em que o que mais interessa é a capacidade econômica dos sócios e não o conhecimento e a confiança recíproca entre eles. Geralmente, as sociedades classificadas como de capitais são aqueles que estabelecem em seus atos constitutivos (contrato e/ou estatuto social) a liberdade de cessão das quotas ou ações, sem a necessidade de anuência dos demais sócios. E essa característica pode estar presente tanto nas sociedades organizadas sob a forma de sociedade limitada, quanto nas sociedades por ações (sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações, regidas pela Lei 6.404/76), apesar de isso ser mais comum nessas últimas.

Para uma análise mais específica das empresas familiares, é importante ainda ressaltar a distinção entre as sociedades classificadas como contratuais e as sociedades classificadas como institucionais, tendo em vista também os dois tipos societários em destaque no presente artigo, quais sejam, as sociedades limitadas e as sociedades anônimas.

Realmente, a sociedade contratual é aquela se constitui e se mantém viva de acordo com a lógica comum aos negócios jurídicos: a existência de um acordo de vontades entre as partes.

Nessas sociedades, então, enquanto existe um contrato ou um acordo de vontades entre os sócios, existe a sociedade. E este acordo de vontades, dependendo do tipo jurídico adotado pela sociedade classificada como contratual, pode ser representado por um contrato social (o que ocorre nas sociedades limitadas) ou por um estatuto social (o que pode ocorrer nas sociedades por ações, especialmente em virtude do disposto no artigo 36 da Lei n. 6.404/76, que permite a existência de sociedades anônimas – fechadas – com caráter contratual e personalista). Muitas vezes, na prática da vida empresarial, as sociedades limitadas favorecem a constituição de sociedades classificadas como contratuais, mas, dependendo do disposto no estatuto social, o mesmo pode ocorrer com as sociedades anônimas (especialmente as sociedades anônimas fechadas). Tudo depende da análise do caso concreto.

Com relação às sociedades classificadas como institucionais, Mamede e Mamede afirmam o seguinte:

[...] a grande marca nas *sociedades institucionais* (ou *estatutárias*) é o foco na pessoa jurídica que se constitui no ente instituído. Esse foco no ente é característica que também se verifica em duas outras pessoas jurídicas que também se organizam a partir de estatutos sociais: as associações e as fundações. O foco na instituição é de tal magnitude que o estatuto social sequer lista seus membros, ou seja, sequer traz a lista de seus sócios. Apenas faz referência aos sócios que fundaram a pessoa jurídica, estando presentes à assembleia que aprovou o estatuto social. Nas sociedades institucionais, em tese, não há reconhecimento nem uma aceitação mútuos; os membros ingressam e saem sem que haja alteração – por tal motivo – no ato constitutivo e, assim, na instituição (na pessoa jurídica). Dessa maneira, os sócios não mantêm relações jurídicas diretas entre si, não havendo falar em reciprocidade entre os acionistas ou cooperados. Todos têm direitos e deveres apenas para com a sociedade (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 26).

De fato, nas sociedades classificadas como institucionais, o que interessa é a personalidade jurídica da sociedade, que geralmente têm vida absolutamente autônoma da vida e da relação interpessoal porventura existente entre os sócios. Por isso, em regra, a sociedade classificada como institucional tem caráter de permanência no tempo (que geralmente supera em muito o tempo de vida dos sócios, especialmente quando estes são pessoas naturais) e têm responsabilidade social maior do que a das sociedades contratuais (que existem, principalmente, para satisfação dos interesses pessoais dos sócios). Nesse sentido, a sociedade institucional deve exercer a sua responsabilidade social, de forma efetiva, em relação a todos os seus *stakeholders* (pessoas que estão submetidas ao campo de influência de uma sociedade, especialmente aquelas com caráter institucional, tais como sócios, empregados, fornecedores, consumidores, investidores, mercado, comunidades nas quais a sociedade está inserida), sob pena, inclusive, de responsabilização dos seus sócios controladores e/ou administradores (o que pode decorrer, por exemplo, da aplicação do disposto nos artigos 116, parágrafo único, e 154 da Lei n. 6.404/76 – aplicáveis supletiva e/ou analogicamente inclusive às sociedades limitadas, dependendo do caso concreto). Muitas vezes, as sociedades anônimas favorecem a constituição e a manutenção de sociedades com caráter institucional e por isso a maioria das sociedades institucionais é anônima. Todavia, contrariando o que Mamede e Mamede (2012, p. 12) afirmaram acima, nada impede que exista uma sociedade limitada classificada também como uma sociedade institucional, mesmo com a identificação dos seus sócios no contrato social. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando os sócios da sociedade limitada classificada como institucional são outras pessoas jurídicas, que podem, inclusive, ser organizadas sob a

forma de fundos de investimento em participações (FIP), o que é expressamente autorizado pelo artigo 5º da Instrução 578/2016 da CVM¹.

Partindo dessas classificações, surge a necessidade de diferenciar a sociedade familiar da família empresária.

Basicamente, a sociedade familiar é uma sociedade geralmente constituída por sócios que são membros de uma mesma família e/ou por sócios agregados ao mesmo núcleo familiar. Essas sociedades, quase sempre, são constituídas em virtude não apenas do vínculo familiar dos sócios, mas também do vínculo de confiança pressupostos entre eles. Daí o motivo pelo qual, quase sempre, as sociedades familiares, titulares de organizações empresariais familiares, são sociedades classificadas como de pessoas (*intuito personae*) e contratuais. Na maioria das situações, essas sociedades geralmente são estruturadas por sociedades limitadas e, em alguns casos mais raros, como sociedades anônimas fechadas e com caráter personalista (tal como permite o artigo 36 da Lei n. 6.404/76).

Por outro lado, a família empresária é a família geralmente controladora da sociedade familiar (possui, de maneira permanente, a maioria das quotas ou ações com direito a voto, além de ter o poder de eleger a maioria dos administradores e de usar o poder para dirigir os negócios da sociedade), que pode possuir, todavia, membros que eventualmente não são e/ou nunca serão sócios da sociedade titular da empresa familiar. E é exatamente por isso que a família empresária e a sociedade familiar muitas vezes precisam ser objeto de estratégias jurídicas de governança diferentes, mas interconectadas. De fato, como nem todos os familiares são necessariamente sócios, muitas vezes um membro da família empresária que não seja sócio, precisa estar de alguma maneira submetido às regras de governança familiar, pois a sua participação (direta ou indireta) na família, pode ter (no presente ou no futuro) influência na estrutura de governança corporativa e na própria gestão da sociedade familiar. É exatamente o que muitas vezes ocorre, por exemplo, com os(as) namorados(as), noivos(as), genros e noras, bem como, eventualmente, os parentes dessas pessoas.

3 EMPRESA FAMILIAR

3.1 Conceito de empresa e de família

É costume no Brasil membros de uma família se agruparem para formar uma sociedade empresária que, na maioria dos casos, constituem-se como uma sociedade limitada ou como sociedade anônima fechada, a depender das características adotadas pela sociedade. Eduardo Goulart Pimenta e Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu demonstram em números essa assertiva, nos seguintes termos:

1 Art. 5º O FIP, constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, que deve participar do processo decisório da sociedade investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

No Brasil, o cenário dessas sociedades é também relevante. Há estatísticas que afirmam serem controladas por uma ou mais famílias 90% das sociedades brasileiras. Ainda, em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa com 55 companhias que faziam parte do Índice Ibovespa, 23 foram classificadas como familiares. Em posterior estudo feito pela revista *Capital Aberto* com 99 companhias listadas, 24 delas possuíam controle familiar (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 50).

Ainda em seus estudos, Eduardo Goulart Pimenta e Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu afirmam que “cerca de 90% das sociedades em funcionamento são familiares” (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 50). Ademais, os referidos autores afirmam que “[...] é nas sociedades familiares onde estão mais da metade dos trabalhadores do mundo, chegando, em alguns países, a gerar de metade a dois terços do PIB” (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 50).

Para se chegar ao conceito de empresa familiar, faz-se necessário conceituar o que se entende por empresa e o que se entende por família.

O CC/02 não conceituou empresa, dedicando-se apenas ao conceito de empresário, que está disposto no art. 966, *caput*: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

O autor Newton De Lucca, em seu artigo *A Ética nas Empresas Familiares*, enriquece a temática no seguinte sentido:

Para Vivante, o conceito jurídico de empresa identificava-se com o econômico. Entendia ser a empresa o organismo econômico que combinava os vários fatores da produção – natureza, trabalho e capital –, de molde a repartir os riscos da iniciativa tomada pelo empresário nas tarefas de organização desses fatores (LUCCA, 2014, p. 34).

Concluindo o conceito de empresa, Newton De Lucca acrescenta que:

Nessa mesma linha de raciocínio, o Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima explica que, da definição constante do art. 966 do CC, deduz-se qual seja o conceito de empresa: “Empresa é o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. E é com esta concepção da empresa que chegar-se-á, mais adiante, ao conceito de empresa familiar (LUCCA, 2014, p. 34-35).

Em virtude de tudo isso, pode-se concluir que o conceito de empresa é econômico e não jurídico. Empresa é, nessa perspectiva, uma atividade econômica organizada (capital + trabalho + organização), que pode ser de titularidade de um empresário individual, de uma sociedade empresária, ou de uma pessoa natural ou qualquer outra organização não empresarial, tal como uma associação, uma fundação, um partido político, uma organização religiosa, uma sociedade de natureza simples. E mais: a empresa e a atividade que lhe é inerente podem ser organizadas mediante um ou vários estabelecimentos (uma universalidade de fato, sem personalidade jurídica. Ou seja, um conjunto de bens – móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos – organizados na empresa pelo seu titular).

Ultrapassada a definição de empresa, passa-se à análise do conceito de família. Considerando a etimologia da palavra, tem-se a definição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, segundo os quais:

Etimologicamente, a expressão *família* vem da língua dos oscos, povo do norte da península italiana, *famel* (da raiz latina *famul*), com o significado de *servo* ou *conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão*. Essa origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas servindo para a demonstração da ideia de agrupamento (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 39).

Em sua origem, a família assumiu uma conotação patrimonial e não idealística ou romântica, referindo-se sobretudo à propriedade, para designar os escravos que pertencia a determinada pessoa, a sua casa, a sua propriedade como um todo (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Todavia, com o passar dos anos o conceito de família mudou sobremaneira, assumindo, como temos atualmente, uma concepção múltipla, plural e aberta, podendo se referir *“a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou socioafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um”* (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 39).

Com relação ao conceito de família, Newton De Lucca conclui:

É mister ressaltar que a nossa legislação não define expressamente o instituto da família, mas nela são contempladas as três acepções da palavra, conforme descritas por Maria Helena Diniz, quais sejam: amplíssima, a lata e a restrita. No sentido amplíssimo, o conceito de família compreende todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. No sentido lato, além dos cônjuges ou companheiros e filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. E na significação restrita, a família seria o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e filiação e, também, a entidade familiar, ou seja, a comunidade formada pelos pais que vivem em união estável ou por qualquer dos pais e descendentes, independentemente de existir vínculo conjugal (LUCCA, 2014).

Importante salientar a contribuição do texto constitucional e da jurisprudência a respeito do tema. A interpretação contemporânea da Constituição da República de 1988 (CR/88) contribuiu expressivamente para a ampliação do conceito de família, vez que passou a reconhecer como legítima a união estável entre homem e mulher, bem como a família monoparental, além das famílias surgidas através do casamento.

Newton De Lucca disserta sobre o tema nos seguintes termos:

O casamento deixou de ser requisito essencial para o reconhecimento legal da família, preocupando-se, o legislador, por outro lado, em estender à mesma a proteção do Estado, bem como, a aplicação dos princípios da igualdade, liberdade e respeito contidos no próprio diploma legal. Vê-se, portanto, que os interesses individuais, o afeto, a solidariedade passaram a ser fatores determinantes para a constituição da família nos termos previstos nos dispositivos legais (LUCCA, 2014, p. 40).

A CR/88 dispõe acerca da legitimação das diversas formas de família em seu art. 226, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nesse sentido, é de suma importância destacar também a interpretação conforme a Constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, com relação ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, quando do julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, cuja ementa foi a seguinte:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O

concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pética.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIOESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formalou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITOCONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA": A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família": Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar

que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetivas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Acerca do mencionado julgamento também foi veiculada informação no sítio eletrônico do STF, nos seguintes termos:

União homoafetiva como entidade familiar - 1

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. Afirmou que essa vedação também se dá relativamente à possibilidade da concreta utilização da sexualidade, havendo um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta confor-

mação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

União homoafetiva como entidade familiar - 2

Em seguida disse haver direito a uma concreta liberdade da mais ampla extensão decorrente do silêncio intencional da Constituição quanto ao tema do emprego da sexualidade humana. Explicou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual possibilita a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (Constituição, artigo 5º, inciso II) e de que o emprego da sexualidade humana diz respeito à intimidade e à vida privada, as quais são direito da personalidade. Reportou-se, ainda, ao § 1º do artigo 5º da Constituição, como âncora normativa. Aduziu que essa liberdade para dispor da própria sexualidade está incluída no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de explorar os potenciais da própria sexualidade é exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação. Após mencionar que a família deve servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição é o não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Reputou que família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credencia como base da sociedade (Constituição, artigo 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, entendida como núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (Constituição, artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (artigo 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Por fim, ressaltou que a solução apresentada dá concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros (STF, 2011).

A família, portanto, é uma realidade presente, que deve ser reconhecida em suas múltiplas dimensões e formatos, haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante dos avanços sociais e jurídicos, amplia-se seu entendimento e proteção, para que o Direito possa, dessa forma, acompanhar e regular os acontecimentos da sociedade, bem como reconhecer o pluralismo de ideias e as diversas formas de organização familiar.

Nesse contexto, corroboram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que afirmam:

Do evidente avanço tecnológico e científico que marca a sociedade atual, decorrem, naturalmente, alterações nas concepções jurídico-sociais vigentes no sistema. Vê-se, desse modo, uma passagem aberta para uma outra dimensão, na qual a família deve ser um elemento de garantia do homem na força de sua propulsão ao futuro (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 36).

Assim, diante de tantos avanços – cultural, social, tecnológico – eliminam-se as barreiras arquitetadas pelo sistema jurídico clássico, permitindo-se o reconhecimento da existência de uma ou várias concepções familiares (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Tudo conforme a lógica constitucional e conforme os ditames da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana.

E mais: em virtude da abertura e da proximidade (inclusive sexual) dos relacionamentos contemporâneos, muitas vezes há uma sutil e quase imperceptível diferença entre um namoro, desenvolvido inclusive por pessoas que habitam a mesma residência e a união estável. Ocorre que podem existir diferenças absolutamente distintas entre a existência de um namoro e da união estável, com possíveis repercussões (diretas ou indiretas) na sociedade titular de uma empresa familiar.

3.2 Conceituação jurídica da empresa familiar

Apesar do destaque dado às empresas familiares no tópico anterior, pelo fato de contribuírem sobremaneira com a atividade empresarial brasileira e mundial, o ordenamento jurídico brasileiro não previu a sua disciplina como um tipo societário próprio. Logo, não existe regime jurídico específico para a sua normalização.

Nesse sentido, com amparo no Direito italiano, Eduardo Goulart Pimenta e Maíra Leitogui-nhos de Lima Abreu asseveram que:

Diferente é o que ocorre, por exemplo, na Itália, em que o artigo 230-*bis*, do Código Civil, do Livro Primeiro (Da Pessoa e da Família), regula alguns aspectos específicos da atividade empresária exercida por familiares. Confere uma proteção exclusiva ao “familiar” que participa dessa atividade, salvo se for configurado relação diversa (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 50-51).

No entanto, ainda que sem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, as empresas familiares são objeto de exame pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “sendo a elas aplicados institutos que não seriam cabíveis às demais, como a impenhorabilidade dos bens de titularidade da sociedade, reconhecimento de legitimidade do filho de sócio de sociedade familiar para remir bens executados de titularidade da pessoa jurídica” (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 51).

Uma das mais relevantes características de uma empresa familiar está ligada à tomada de decisão que, no âmbito familiar, são pautadas no sentimento, pessoalidade e na tradição, o que colide com a eficiência e racionalidade que existe e deve (ou pelo menos, deveria) prevalecer no meio empresarial (PIMENTA; ABREU, 2014).

Por isso, Eduardo Goulart Pimenta e Maíra Leitogui-nhos de Lima Abreu acrescentam que:

Assim, eventos como a escolha de administradores, a gestão dos bens ligados à atividade empresarial, discussões sobre as diretrizes a serem tomadas pela sociedade e a realização da sucessão podem tomar contornos diversos do que

exigem as melhores regras da eficiência e governança corporativa (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 51).

Consequência dessa característica marcante das empresas familiares é a possibilidade de dilapidação do patrimônio da empresa familiar devido à inexistência de regras de governança (familiar e corporativa), bem como a práticas não aconselhadas de governança e a falta de habilidade dos sócios e/ou administradores para a atividade empresária, o que pode levar a sociedade a experimentar dissabores em sua caminhada.

Matheus Bonaccorsi Fernandino, em sua dissertação de Mestrado intitulada de “*Governança Jurídica nas Empresas Familiares*”, expõe que as empresas familiares se apresentam das mais diversas formas e, por esse motivo, não se conseguiu, ainda, chegar a um conceito que abarque todas as diferenças apresentadas (FERNANDINO, 2013).

Em sua pesquisa, Fernandino (2013) determina qual conceito irá utilizar para a empresa familiar, sendo:

Assim sendo, a definição de “empresa familiar” nesta pesquisa é aquela cujos integrantes possuem alguma relação de parentesco e detêm diretamente, por controle ou acordo societário, uma titularidade de votos suficientes para conduzir e determinar os rumos do negócio empresarial, com harmonia e preservação dos interesses da família no tempo. Com esse entendimento, quando a expressão “empresa familiar” for utilizada ao longo deste trabalho, o que se deve ter em mente é que ela na verdade quer se referir juridicamente a uma “empresa de controle familiar” (FERNANDINO, 2013, p. 28).

Nada obsta, todavia, que se utilize de critérios diversos para conceituar empresa familiar de acordo com a peculiaridade da sociedade que se está sob análise.

De qualquer maneira, como já foi exposto acima, pode-se concluir que a empresa familiar é aquela atividade econômica organizada por uma sociedade geralmente constituída por sócios que são membros de uma mesma família e/ou por sócios agregados ao mesmo núcleo familiar. Essas sociedades, quase sempre, são constituídas em virtude não apenas do vínculo familiar dos sócios, mas também do vínculo de confiança pressupostos entre eles. Daí o motivo pelo qual, quase sempre, as sociedades familiares, titulares de organizações empresariais familiares, são sociedades classificadas como de pessoas (*intuito personae*) e contratuais.

4 O CONTRATO DE NAMORO COMO TÉCNICA DE GOVERNANÇA NA EMPRESA FAMILIAR

As empresas familiares, como já abordado anteriormente, configuram grande parte das sociedades brasileiras e mundiais. Com suas particularidades, como o envolvimento pessoal e sentimental dos membros, idealisticamente busca-se mantê-la dentro do ambiente da família, sem ingerências externas ou riscos que podem surgir dos relacionamentos estáveis ou instáveis dos seus membros.

Para isso, é possível que a Empresa Familiar, dentro de suas técnicas de governança corporativa interna, estabeleça diretrizes a serem cumpridas por seus sócios e até mesmo pelos seus empregados, visando estabelecer regras claras e objetivas de funcionamento da orga-

nização empresarial familiar. E isso pode ocorrer, tanto por previsão de regras de governança corporativa nos contratos e estatutos sociais, como nos acordos de quotistas/acionistas, como nos instrumentos de planejamento estratégico, no plano de integridade relativo ao *compliance*, nos organogramas e planos de cargos e salários, nos contratos de trabalho, nos instrumentos normativos internos da organização.

O grande problema ocorre quando é necessário estabelecer regras de governança para a família empresária, constituída muitas vezes por pessoas que não são ou nunca serão sócias da sociedade familiar. O problema jurídico que muitas vezes se estabelece decorre do fato de não existir um contrato formal que regulamente o relacionamento interpessoal dos membros da família empresária. É o que acontece, por exemplo, quando é necessário regular os relacionamentos afetivos dos membros da família empresária (cada vez mais abertos, plurais e próximos da eventual caracterização de uma união estável, nos termos da legislação e da jurisprudência brasileira), visando salvaguardar o patrimônio e a gestão objetiva e profissional da sociedade familiar.

Nesses casos, uma das possibilidades de estruturação desses objetivos é a celebração de um contrato de Sociedade em Comum (artigo 986 a 990 do Código Civil) entre os membros da família empresária, para que as cláusulas do contrato social e/ou de eventual acordo de quotistas os obrigue, mesmo não sendo sócios da sociedade familiar, a cumprir determinadas regras de governança familiar que visam a garantir a integridade da família, do planejamento estratégico e da gestão profissional da sociedade empresária familiar.

Uma dessas diretrizes é a imposição aos membros solteiros da família empresária (sócios da mencionada sociedade em comum) da celebração de um contrato de namoro, que visa reger os relacionamentos afetivos dessas pessoas, com outras que ainda não integram a família empresária (e às vezes jamais irão integrar). Nesses casos, o maior objetivo desses contratos de namoro é estabelecer, de forma inequívoca, que tais relacionamentos não configuram união estável, mesmo na hipótese de coabitação das pessoas que namoram. Assim, na eventualidade da dissolução do namoro, ou de falecimento de um dos namorados, o companheiro não venha a ter direitos sobre o patrimônio da família empresária e/ou, conseqüentemente, não interfira no bom andamento da sociedade familiar.

E tudo isso se justifica, não apenas para garantir a integridade dos planejamentos e da estrutura objetiva e profissional de governança corporativa da sociedade familiar, mas também pelo fato incontestável de os namoros atuais serem muito diferentes daqueles que ocorriam no passado, pois se tornou, com o tempo, relativamente comum os namorados morarem juntos e dividirem despesas, apresentando-se sempre socialmente como um casal, mesmo sem a intenção declarada de constituírem uma família.

Logo, sendo tênue muitas vezes a linha factual que separa o namoro e a união estável, tendo em vista que os critérios são abstratos para a configuração desta, não importando nem mesmo o tempo de união, o contrato de namoro se mostra uma alternativa muito interessante de governança familiar, adequada para manter a relação afetiva fora da incidência das regras de união estável.

Todavia, com relação à validade jurídica do contrato de namoro, há divergência na doutrina. Nesse sentido, Gagliano (2006) reputa completamente desprovido de validade jurídica o contrato de namoro, nos seguintes termos:

A união estável é um fato da vida, uma situação fática reconhecida pelo Direito de Família que se constitui durante todo o tempo em que as partes se portam como se casados fossem, e com indícios de definitividade.

Salientando esta característica, SILVIO DE SALVO VENOSA, festejado civilista nacional, lembra que enquanto o casamento é um negócio, a união estável, diferentemente, é um “fato jurídico” (DIREITO CIVIL – Direito de Família, ATLAS, 2003).

Por isso, não se poderia reconhecer validade a um contrato que pretendesse afastar o reconhecimento da união, cuja regulação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes.

Trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto (GAGLIANO, 2006).

Por outro lado, Zeno Veloso entende acerca da validade do contrato de namoro, no qual duas pessoas atestam, em um documento escrito, que estão tendo um relacionamento amoroso, não havendo interesse em constituição de família, afastando, portanto, a união estável (VELOSO, 2009).

Também nesse sentido, explicita Oliveira (2014), com relação ao contrato de namoro, que:

Entende-se que ele é a forma encontrada por alguns casais para definir o teor da respectiva relação amorosa, que não vai além de um simples namoro, a fim de que não haja equívocos no futuro, caso os incidentes comuns da vida resultem no fim do relacionamento. De acordo com Pena Júnior (2008, p. 164), isso ocorre porque é comum que pessoas, agindo de má-fé, aproveitem-se do namoro para obter vantagens patrimoniais e financeiras, representando o contrato de namoro uma garantia para o parceiro que não quer partilhar os seus bens em eventual rompimento.

Para Dias (2010, p. 186), tal declaração tem o condão de assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio daqueles que se rotulam de namorados, mas vivem uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, o que enseja a possibilidade dos contratos de namoro conterem declarações falsas a respeito da realidade, sendo extremamente desafiador para os operadores do direito averiguar tais situações caso a caso e classifica-las como um namoro ou união estável e, desse modo, lhes aplicar as consequências jurídicas correspondentes (OLIVEIRA, 2014, p. 18).

De fato, de acordo com o Código Civil Brasileiro, a formação dos negócios jurídicos depende da presença de alguns elementos, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e vontade livre. Estando presentes todos esses elementos, o negócio jurídico é válido.

E mais, no Direito Privado, vigora o dogma jurídico segundo o qual, relativamente aos direitos patrimoniais, o que não é proibido é permitido.

Logo, como não há disposição legal expressa que o proíba, se o contrato de namoro observar as exigências legais de validade, existência e eficácia dos negócios jurídicos, trata-se de um contrato atípico, mas absolutamente regular e lícito.

Diante de tantas notícias de golpe, prática de atos para obter vantagens indevidas contra o patrimônio alheio, o contrato de namoro torna-se um instrumento eficaz quanto os atos de má-fé que podem vir a ser praticados contra o membro de uma empresa familiar, tornando-se

um instrumento interessante da governança jurídica tanto das famílias empresárias, quanto das sociedades familiares.

5 CONCLUSÃO

Conforme explicitado no decorrer do presente artigo, cerca de 90% das sociedades brasileiras são constituídas como empresas familiares, de titularidade de sociedades familiares, que são geralmente constituídas por sócios que são membros de uma mesma família e/ou por sócios agregados ao mesmo núcleo familiar. Essas sociedades, quase sempre, são constituídas em virtude não apenas do vínculo familiar dos sócios, mas também do vínculo de confiança pressuposto entre eles. Daí o motivo pelo qual, quase sempre, as sociedades familiares, titulares de organizações empresariais familiares, são sociedades classificadas como de pessoas (*intuitu personae*) e contratuais. Na maioria das situações, essas sociedades geralmente são estruturadas por sociedades limitadas e, em alguns casos mais raros, como sociedades anônimas fechadas e com caráter personalista (tal como permite o artigo 36 da Lei n. 6.404/76).

Contudo, faz-se necessário reconhecer que nem todos os membros da família empresária são e/ou serão sócios da sociedade titular da empresa familiar. Exatamente por isso que a família empresária e a sociedade familiar muitas vezes precisam ser objeto de estratégias jurídicas de governança diferentes, mas interconectadas.

O grande problema ocorre quando é necessário estabelecer regras de governança para a família empresária, constituída muitas vezes por pessoas que não são ou nunca serão sócias da sociedade familiar. O problema jurídico que muitas vezes se estabelece decorre do fato de não existir um contrato formal que regule o relacionamento interpessoal dos membros da família empresária. É o que acontece, por exemplo, quando é necessário regular os relacionamentos afetivos dos membros da família empresária (cada vez mais abertos, plurais e próximos da eventual caracterização de uma união estável, nos termos da legislação e da jurisprudência brasileira), visando salvaguardar o patrimônio e a gestão objetiva e profissional da sociedade familiar.

Nesses casos, uma das possibilidades de estruturação desses objetivos é a celebração de um contrato de Sociedade em Comum (artigo 986 a 990 do Código Civil) entre os membros da família empresária, para que as cláusulas do contrato social e/ou de eventual acordo de quotistas os obriguem, mesmo não sendo sócios da sociedade familiar, a cumprir determinadas regras de governança familiar que visam a garantir a integridade da família, do planejamento estratégico e da gestão profissional da sociedade empresária familiar.

Uma dessas regras possíveis e lícitas é a imposição aos membros solteiros da família empresária (sócios da mencionada sociedade em comum) da celebração de um contrato de namoro, que visa reger os relacionamentos afetivos dessas pessoas, com outras que ainda não integram a família empresária (e às vezes jamais irão integrar). Nesses casos, o maior objetivo desses contratos de namoro é estabelecer, de forma inequívoca, que tais relacionamentos não configuram união estável, mesmo na hipótese de coabitação das pessoas que namoram.

Tudo para garantir a integridade da família empresária e, conseqüentemente, da estrutura de governança e gestão profissional da sociedade familiar.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. *Instrução 578 da Comissão de Valores Mobiliários, de 30 de agosto de 2016*. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 ago. 2016. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html> Acesso em: 03 abr. 2019.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.
- BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jun. 2005.
- BRASIL. *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 1976.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva como entidade familiar*. 2011. Disponível em <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>. Acesso em: 5 jan. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FERNANDINO, Matheus Bonaccorsi. *Governança jurídica nas empresas familiares*. 2013. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de Namoro*. Publicado em maio de 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- LUCCA, Newton de. A Ética nas Empresas Familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo. Saraiva, 2014.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Empresas familiares: administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Sonalle Batista de. *Discussão sobre a validade do contrato de namoro no ordenamento jurídico*. 2014. 27f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VELOSO, Zeno. *Contrato de namoro*. Publicado em 28/03/2009, no "O Liberal". Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

A large, light blue, stylized number '7' is positioned in the lower right quadrant of the page. The number has a thick, blocky appearance with a slight slant to its vertical stem.

CAPÍTULO

ESTUDO CRÍTICO DAS SOCIEDADES FAMILIARES, SEUS RISCOS E CONFLITOS: A BUSCA DE SOLUÇÕES POR MEIO DA ADVOCACIA COLABORATIVA

AILANA SILVA MENDES PENIDO

RESUMO

A pretensão deste trabalho é demonstrar o importante papel que a Advocacia Colaborativa possui na diminuição de conflitos no âmbito empresarial, em especial, nas sociedades familiares, as quais têm panorama diferenciado – relação íntima/de parentesco entre os sócios –, o que garante a elas vantagens, mas também muitas desvantagens. Utilizar-se-á, neste trabalho, o método dedutivo para realização de uma pesquisa bibliográfica em livros, teses, dissertações e artigos; como marco, dar-se-á foco nos estudos sobre o tema de Franco Maziero.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas familiares. Vantagens. Desvantagens. Estruturação jurídica. Advocacia Colaborativa.

ABSTRACT

The aim of this work is to demonstrate the important of Collaborative Advocacy to reducing conflicts in the business environment, especially in family societies, which have a different panorama – intimate relationship between partners –, which guarantees them advantages, but also many disadvantages. In this work, the deductive method will be used to carry out bibliographic research in books, theses, dissertations, and articles; as a landmark, focus will be given to studies on the topic of Franco Maziero.

KEYWORDS: Family society. Benefits. Disadvantages. Legal structuring. Collaborative Advocacy.

Como citar este capítulo:

PENIDO, Ailana Silva Mendes. Estudo crítico das sociedades familiares, seus riscos e conflitos: a busca de soluções por meio da advocacia colaborativa. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 121-137. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar, primeiramente, uma reflexão a respeito da atividade empresária que surge a partir do trabalho familiar, ou seja, as sociedades familiares. Assim, analisar-se-á suas vantagens, desvantagens e mecanismos jurídicos que melhor atendam suas demandas e, após a análise dos riscos e conflitos que dela advém, propor uma possibilidade de solução mais rápida e efetiva, focando-se na técnica de resolução extrajudicial de conflitos denominada Advocacia Colaborativa.

Assim, no primeiro capítulo foi feito o estudo das empresas familiares, seu conceito, as formas em que se apresentam e as suas principais características, tudo isso devido à importância que este modelo de empresa possui na história das estruturas de produção econômica e sua expressividade na sociedade.

Em seguida, foi realizada a análise e diferenciação dos três institutos pertinentes a este estudo: família empresária, empresa familiar e sociedade familiar. Posteriormente, iniciou-se o estudo dos principais problemas da empresa familiar, os quais estão diretamente relacionados à adição de emoções e intimidades dos problemas familiares ao negócio, aumentando a complexidade dos dilemas corporativos das empresas familiares.

Ao final, foram propostas soluções com base na utilização de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, principalmente, a utilização do Instituto da Advocacia Colaborativa. Portanto, o que se busca é a possibilidade de monitorar os riscos e os conflitos, objetivando a criação de estratégias jurídicas para gerenciar, atenuar ou até mesmo eliminá-los, mediante ações planejadas pelas partes, no caso, utilizando-se de métodos extrajudiciais de solução de conflitos, no caso, a Advocacia Colaborativa.

A técnica metodológica adotada foi a de pesquisa teórica, em livros, teses, dissertações e artigos, sendo que o foco hermenêutico proposto para este trabalho terá como marco teórico os estudos sobre o tema do doutrinador Franco Maziero. Trata-se de tema com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que, no Brasil, a grande maioria das empresas é familiar e que a Advocacia Colaborativa ainda é pouco utilizada.

2 ORIGENS, CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E IMPORTÂNCIA

Do ponto de vista teórico, uma empresa constitui uma atividade econômica organizada. E essa organização pode ser estabelecida por meio dos mais diversos instrumentos e negócios jurídicos previstos no ordenamento, tais como, exemplificativamente, o empresário individual, a sociedade em comum, a EIRELI, a sociedade LTDA, a sociedade anônima.

Nesse sentido, ensina Gladston Mamede:

Partindo da ideia de empreender, a empresa é uma organização de meios de produção e de trabalho para a realização de uma atividade comercial. Obviamente, essa estrutura não precisa ser complexa e, no seu nascedouro, pode ser mesmo diminuta e singela. Grandes corporações nasceram de ínfimas empresas que, embora o mercado não percebesse, já expressavam uma potencialidade de crescimento que o tempo viu realizar. Note-se que a empresa é um

ente sem personalidade jurídica. A pessoa é o empresário (firma individual) ou a sociedade empresária. A empresa é um objeto de relações jurídicas, é um bem coletivo. É um fenômeno econômico que não se confunde (1) com sua base patrimonial (aspecto estático da empresa), que é o estabelecimento (complexo organizado de bens, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil), nem se confunde (2) com o seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com as pessoas de seus sócios, nem de seu administrador ou administradores). O próprio artigo 1.142 do Código Civil deixa-o claro. O dispositivo considera estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. O estabelecimento é parte da empresa; mas apenas uma parte: a sua base material, o seu aspecto estático. Quem entra à noite nas instalações de uma fábrica que não está funcionando vê o estabelecimento, não vê a empresa. Durante o dia, o conjunto do estabelecimento e das atividades ali desempenhadas (aspecto dinâmico) dá expressão à empresa (MAMEDE, 2014, p. 6).

No Brasil, tomando-se como parâmetro as estatísticas de registro do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) e da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG), em 2018, 43,95% das sociedades, em geral, foram constituídas por meio de sociedades limitadas, regidas, fundamentalmente, por meio dos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil (JUCEMG, 2018).

De acordo com dados fornecidos pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), 95% (noventa e cinco por cento) das trezentas maiores empresas mundiais são familiares, constituídas e/ou geridas por membros de um ou de poucos núcleos familiares (SEBRAE, 2017). No Brasil, também segundo o SEBRAE, cerca de 90% (noventa por cento) de todas as empresas são familiares (SEBRAE, 2017).

Por tudo isso, pode-se facilmente deduzir que, no Brasil, a maioria das empresas são familiares e um número significativo delas é organizado sob a forma de sociedades limitadas, o que justifica o recorte epistemológico desta pesquisa.

Não obstante, vale ressaltar, as empresas familiares se apresentam em formas variadas e com características de tamanho de estruturação, receita de faturamento, números de colaboradores (empregados e parceiros) e ramos de atividades negociais diferentes, abrangendo desde pequenos empreendimentos locais até grandes corporações multinacionais com diversos objetivos e em vários países.

Dessa forma, importante tecer alguns esclarecimentos iniciais sobre os entendimentos existentes em torno da expressão “empresa familiar”, o que será a finalidade do presente capítulo.

Portanto, de plano, far-se-á um estudo sobre as sociedades familiares: conceito, origens e principais características. Ainda, buscar-se-á entender a relação dos membros familiares entre si dentro da empresa/negócio familiar e os principais conflitos que podem resultar da junção das relações íntimas com as relações negociais no dia a dia empresarial.

A temática relativa às empresas familiares vem se tornando constante nos temas acadêmicos. Isso ocorre principalmente devido à importância que o referido modelo de empresas tem dentro da história das estruturas de produção econômica não só do Brasil, mas também do mundo como um todo.

As empresas familiares são organizações sociais de complexidade relativa, onde a empresa (negócios) e a família convivem. Assim, formam-se dois subsistemas sobrepostos, interdependentes e, muitas vezes, geradores de conflitos.

No Brasil (recorte geográfico deste trabalho), as empresas familiares surgiram juntamente com as capitâneas hereditárias. Isso ocorreu principalmente pelo fato de que elas eram transferidas por herança aos herdeiros dos capitães que administravam as terras. Portanto, criou-se uma sucessão dos negócios dentro da própria família (OLIVEIRA, 2006, p. 39).

Ensina Djalma Oliveira que, devido à necessidade de segmentação dessas capitâneas, para melhor administrá-las quando da sua entrega para os herdeiros, houve ainda um incentivo para o início de vários outros empreendimentos, tais como: a construção de estradas e centros de distribuição. Assim, com o decorrer do tempo, alguns desses empreendimentos, que também foram desenvolvidos por brasileiros, consolidaram-se em várias empresas familiares de sucesso (OLIVEIRA, 2006, p. 39).

Oliveira também expõe que, séculos mais tarde, houve o incremento das empresas familiares, resultante dos vários movimentos migratórios que ocorreram no Brasil, como o italiano e o japonês, levando em consideração também o surgimento de alguns empreendimentos desenvolvidos pelos próprios brasileiros, os quais consolidaram de vez inúmeras empresas familiares no Brasil (OLIVEIRA, 2006, p. 41).

Nas observações de Anor da Silva Júnior, a empresa familiar brasileira da atualidade é fruto do processo de desenvolvimento industrial e da modernização, ambos ocorridos no país, principalmente após a Segunda Guerra Mundial (SILVA JUNIOR, 2001, p. 17).

Ainda, segundo Silva Júnior, em consonância com que aduz Djalma Oliveira (OLIVEIRA, 2006, p. 42), no Brasil muitas empresas familiares tiveram a sua origem vinculada ao fluxo migratório e às iniciativas dos imigrantes que possuíam características empreendedoras. Já outras nasceram do dinamismo dos próprios brasileiros que iniciavam seus negócios no núcleo da família (SILVA JUNIOR, 2001, p. 18).

Concretizaram-se, assim, as empresas familiares dentro do cenário econômico brasileiro. Empresas que até os dias atuais têm grande representatividade, como melhor será abordado no decorrer da presente pesquisa.

Já no que concerne à definição de empresa familiar, bem como suas características básicas, Bernhoeft define empresa familiar como aquela empresa que tem sua origem e sua história vinculada a uma família, ou ainda, aquela que mantém membros da família na administração dos negócios (BERNHOEFT, 1996, p. 42).

Nesse diapasão, aborda René A. Werner:

A empresa familiar pode ser definida como: I – Aquela que nasceu de uma só pessoa, um self mademan (empreendedor). Ele a fundou, a desenvolveu, e, com o tempo, a compôs com membros da família a fim de que na sua ausência, a família assumisse o comando. II – a que tem o controle acionário nas mãos de uma família, a qual, em função desse poder, mantém o controle da gestão ou de sua direção estratégica. (WERNER, 2004, p. 81).

Já nas lições de Carvalhosa:

[...] empresas (i) cujas ações sejam detidas, em sua totalidade ou em sua maioria, pelos membros de uma mesma família (o que levará, por sua vez, a

fazer com que estes membros estabeleça as principais diretrizes da companhia, atuando, dessa maneira, como seus gestores) e (ii) que tenha, ao menos, algum membro que atue na presidência, de modo que implemente as decisões dos gestores. (CARVALHOSA, 2008, p. 72).

No mesmo sentido, de acordo com Leone:

Caracteriza a empresa familiar pela observação dos seguintes fatos: iniciada por um membro da família; membros da família participando da propriedade e/ou direção; valores institucionais identificando-se com um sobrenome da família ou com a figura do fundador; e sucessão ligada ao fator hereditário. (LEONE, 2005, p. 33).

Por fim, vale a transcrição da visão sobre o tema exposta por Gladston Mamede, segundo o qual:

Há muitas maneiras pelas quais se pode compreender o que seja uma empresa familiar. O tratamento teórico mais comum é aquele que reconhece como familiar as empresas cujas quotas ou ações estejam sob o controle de uma família, podendo ser administradas por seus membros, ainda que com o auxílio de gestores profissionais. Por esse ângulo, estariam incluídas apenas as sociedades em que o controle é detido por dois ou mais parentes. Essa equação nos remeteria a duas situações mais comuns: ou a constituição da sociedade foi levada a cabo por parentes (pais, filhos, primos etc.), ou já houve uma sucessão na titularidade do capital social e, assim, a chegada dos herdeiros à corporação teria o condão de transformá-la em empresa familiar. Mais rara é a hipótese de parentes adquirirem, em conjunto, o controle de uma sociedade já existente, o que também criaria uma situação que se amoldaria à fórmula usual de caracterização de sociedades familiares.

.....

Optamos por uma perspectiva subjetiva, ou seja, por compreender como familiar toda empresa em que o titular ou titulares do controle societário entendem como tal. Noutras palavras, importa-nos aquilo que os sócios entendem como sendo uma empresa familiar, ainda que fuja ao que habitualmente seja compreendido como tal (MAMEDE, 2014, p. 28).

Dessa forma, entende-se que o negócio da família geralmente é definido e tem o início de sua operação a partir da disponibilidade de capital e trabalho de origem familiar ou doméstica, no qual as relações de trabalho possuem elementos diferenciadores em relação a outros tipos de organizações empresariais, quais sejam: as relações interpessoais próximas e familiares dos sócios.

Em geral, caracteriza-se como o modelo de empresa onde a maioria dos votos está nas mãos da família controladora, incluindo o fundador, o qual busca transferir a gerência do negócio familiar para os seus descendentes, influenciando-os, ou, muitas vezes, até os forçando, de modo que sejam preservadas as raízes, os valores e as ideias que entende permitir manter a unidade familiar construída através do patrimônio consolidado (STECKERL, 2006, p. 195).

Sobre o assunto, anunciam Matilde Almeida e Iris Goulart, que:

Apesar das diferenças observadas no processo de criação de cada empresa, devido a circunstâncias distintas, ou mesmo a características próprias da família, em todas elas é identificada a figura do empreendedor, aquele que tem a coragem de iniciar o negócio (ALMEIDA; GOULART, 2018, p. 7).

Feita a explanação do que é uma empresa familiar, como surgiu e suas principais características, passa-se a contextualizá-la no atual cenário social.

Dessa forma, com relação a sua expressividade na sociedade, é importante destacar que, dentro da evolução histórica, as empresas familiares constituíram a mais antiga forma de organização empresarial, sendo, na maioria dos casos, a base dos processos de desenvolvimento que ocorreram nas principais crises estruturais (MUNDIAL, 2011).

Ademais, como já observado, as primeiras formas de organização da atividade comercial e industrial constituíram uma extensão do sistema familiar. Nesse quadro, entende-se que os países industrializados foram os primeiros a valorizar o papel econômico da empresa familiar, considerando-a parte fundamental das estruturas econômicas, principalmente, devido ao seu papel preponderante na geração de riqueza nacional.

Então, é possível perceber a grande importância econômica das empresas familiares, desde os primórdios das constituições das sociedades, uma vez que os negócios surgiam, em especial, da junção do capital familiar e da força de trabalho de seus membros¹.

Entretanto, em uma era caracterizada pela crescente abertura das economias nacionais e pela predominância de grandes corporações transnacionais, destacando-se as configuradas pelo tipo societário de sociedades anônimas de capital aberto, as empresas familiares tendem a ser percebidas como parte do passado, muitas vezes de forma sucateada. Isso porque são percebidas como uma modalidade de organização empresarial que pouco – ou nada – condiz com a era da globalização dos negócios.

Todavia, ao contrário dessa vaga percepção, ainda hoje – para não se dizer principalmente hoje – as empresas familiares continuam sendo muito importantes na economia de qualquer país, principalmente no Brasil, o qual ainda é um país em desenvolvimento. Isso porque essa modalidade de empresa se apresenta como o tipo de associação mais recorrente entre os sócios das empresas, mantendo-se a tradição de origem, qual seja, a junção do capital e trabalho de membros do mesmo clã.

A fim de comprovar a mencionada importância, tem-se que, de acordo com pesquisa realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), noventa e cinco por cento das trezentas maiores empresas mundiais são controladas por famílias/familiares; já no Brasil, esse cenário representa noventa por cento (SEBRAE, 2017).

Os dados da Cooperação Financeira Internacional do Banco Mundial mostram que nos Estados Unidos² existem 12 milhões de empresas familiares que fornecem 59% dos empregos e geram 78% dos novos postos de trabalho. Enquanto isso, na Espanha, as empresas familiares representam 71% do total de negócios (MUNDIAL, 2011). Essa tendência estatística é a constante em todo o mundo.

1 Ao longo desta pesquisa, em especial deste capítulo, serão mencionados vários dados numéricos/estatísticos a respeito das empresas familiares no Brasil e no mundo, colhidos de diversas fontes e autores, conforme referenciado.

2 Nos Estados Unidos, em meados dos anos 90 (noventa), mais de 90% (noventa por cento) das empresas eram unidades familiares, respondendo por mais da metade dos bens e serviços do país; além disso, um terço das empresas relacionadas na Fortune 500 (as quinhentas maiores do país) era controlado por famílias ou contavam, em seus Conselhos de Administração, com membros das famílias fundadoras. E mais: estas famílias costumavam desempenhar-se muito melhor, superando de longe a média das concorrentes gerenciadas (não familiares) (LANDES, 2007, p. 33).

De forma exemplificativa, cita-se algumas empresas familiares multinacionais³: WalMart (família Walton), Ford (família Ford), Grupo Samsung (família Lee), Grupo LG (família Koo), Carrefour (família Defforey), Fiat (família Agnelli), Cargil (famílias Cargill/MacMillan), Peugeot-Citroen (família Peugeot), BMW (família Quandt), Banco Santander (família Botín), Bosch (família Bosch), Motorola (família Gavin), Norvatis (família Landolt), Bouygues (família Bouygues), Hyundai (família Chung) (MOREIRA JUNIOR, 2007, 21).

Ainda, conforme ensina Drucker, a grande maioria das empresas do mundo têm controle e administração de membros familiares. Importante, assim, notar que este modelo de gestão não está confinado às pequenas e médias empresas; algumas das maiores empresas do mundo também são administradas por famílias (DRUCKER, 2012, p. 17).

Gersick, Davis, Hampton e Lansberg também constataram em suas pesquisas que o número de empresas controladas por famílias no mundo não deixa dúvidas quanto à sua dominância e importância econômica: essas empresas ocupam uma proporção estimada entre 65% a 80% do total de empresas constituídas no mundo (GERSICK, 2006, p. 26).

O Brasil, foco de análise desta pesquisa, acompanha a realidade mundial: pesquisa do SEBRAE do ano de 2017 observa que, dos oito milhões de empresas do país, 90% são familiares. Ademais, informa que 50% do Produto Interno Bruto (PIB) do país correspondem a essas empresas (SEBRAE, 2017).

Contudo, mesmo diante dessa nítida e expressiva representatividade, a produção científica sobre gestão e estruturação jurídica, quando se trata dos negócios familiares, é relativamente reduzida.

Em contrapartida, as empresas familiares – independentemente do porte – continuam mantendo sua expressividade/importância na sociedade, motivo pelo qual é alvo de estudo do presente trabalho, em especial, no que toca à sua estruturação jurídica contratual a fim de minimizar fraquezas internas e fortalecer os pontos fortes dessas empresas.

3 FAMÍLIA EMPRESÁRIA X EMPRESA FAMILIAR X SOCIEDADE FAMILIAR

A família é uma instituição contínua e em constante adaptação, que sempre busca se adaptar ao substrato social que a circula. Isso impede que seja apresentada em uma definição jurídica estanque e engessada acerca da família.

O vocábulo ‘família’, de acordo com a doutrina, possui três aspectos fundamentais: (i) a ligação íntima das pessoas envolvidas devido ao vínculo de sangue ou afinidade; (ii) o fator imaterial da afetividade entre os familiares, mesmo que se trate de um vínculo não jurídico e (iii) o fator principal de união entre os membros, seja direta ou indiretamente (CARVALHO, 2014, p. 13).

3 Segundo Bueno, é erro comum classificar as empresas entre familiares e multinacionais, como se aquelas não pudessem ser multinacionais e somente fossem compostas de pequenos e médios empreendimentos. É certo se afirmar que a minoria das empresas familiares são multinacionais, fato que também ocorre com as demais instituições, já que no universo empresarial esses conglomerados transnacionais são realmente minoritários, mas não se pode concluir que o critério geográfico é o que diferencia a empresa de familiar da não familiar (BUENO, 2007, p. 51).

Dessa forma, o emprego do vocábulo 'família' na esfera empresarial sugere que as relações das pessoas dentro da sociedade empresária possuam também um elo afetivo e emocional que as diferencia em relação às demais empresas (não familiares).

A Constituição da República, em seu artigo 226, traz as algumas proteções sobre 'família', em especial, conferindo-lhe a proteção especial do Estado, por ser a base da sociedade.⁴

Já, o vocábulo "família", sob um viés econômico, é abordado por Raquel Sztajn, nos termos seguintes:

Ao jurista pode parecer estranho a afirmativa de que família é uma organização econômica. Porém, se analisada da perspectiva da especialização, divisão de tarefas, contribuição pessoal e patrimonial dos componentes, estar-se-á diante de uma real organização econômica que talvez não seja bastante estruturada para produzir efeitos na concorrência, ou na disciplina de mercados (SZTAJN, 2004, p. 61).

Todavia, importante dizer que, em que pese os supramencionados conceitos, de uma maneira geral, principalmente no que tange à cultura popular, o emprego da palavra 'família' deveria sugerir uma ideia de harmonia, inclusive dentro dos negócios familiares.

Noutra vertente, do conceito analítico de 'empresário'⁵, extrai-se o conceito de 'empresa', que pode ser entendida como atividade de coordenação/instrução/gestão dos fatores de produção por parte do empresário como um todo, voltados a busca da consecução de um determinado objeto específico (CARVALHO, 2014, p. 14).

Sobre o tema, aduz Rúbia Neves:

A empresa enquanto conjunto de capital, trabalho, tecnologia e natureza, organizados para o exercício de atividade profissional e econômica de produção, comercialização de bens e de prestação de serviços – também é uma instituição muito importante – com enorme capacidade de promoção da dignidade da pessoa humana já que atende às necessidades de consumo de bens e serviços da humanidade, e promove a circulação de riquezas com a criação de postos de trabalho (NEVES, 2014, p. 354).

Portanto, da análise dos supracitados conceitos, pode-se deduzir que a família e a empresa são duas instituições independentes. Mas, essas instituições podem muito bem se mesclar, tornando-se, então, dependentes entre si.

Isso ocorre, em especial, quando a família empresária (aquela que une o trabalho familiar na constituição de um negócio) passa a ser responsável por uma empresa familiar e, com isso, estrutura-se juridicamente por meio de uma ou várias sociedades empresárias, como por exemplo na roupagem de uma sociedade limitada.

4 "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. § 4º Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher: [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações." (BRASIL, 1988).

5 O conceito de empresário é disposto no art. 966 do Código Civil: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços"(BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406. Acesso em: 10 ago. 2019).

Nesse cenário, tem-se que a família não é meramente a detentora da propriedade e dos meios de produção, mas, principalmente, peça fundamental e participativa para o funcionamento da atividade empresarial.

Nessa senda, Felipe Carvalho demonstra que a:

Família empresária é aquela que assume a postura destinada a atender, concomitantemente, as exigências do bom desempenho dos poderes, sendo esses: a) sócios acionistas ou quotistas, com os direitos e deveres a ele inerentes; b) administradores do negócio, mediante gestão eficientes dos diversos elementos sistematicamente condicionados para a realização do objeto da empresa (CARVALHO, 2014, p. 14).

Importante ponderar que o empresário será aquela pessoa física ou jurídica que organiza a atividade econômica, que assume os riscos e a responsabilidade por tal organização, e não a entidade familiar em si.

Por consequência, a 'empresa familiar' deverá então cumular dois requisitos para o preenchimento das condições elencadas como necessárias, que nos ensinamentos de Matheus Fernandino são:

a) "Exercício do poder e controle societário" sobre as deliberações da administração e gestão da organização empresarial, que poderá ser exercido de três formas distintas pela família: (i) "controle societário direto", pela titularidade da maioria dos direitos de voto em nome próprio advinda da condição de proprietária e titular das cotas ou ações votantes da empresa familiar, que lhe assegure o controle direto da administração e gestão da empresa; (ii) "controle societário indireto", pela titularidade da maioria dos direitos de voto em nome próprio advinda da condição de proprietária e titular das cotas ou ações votantes de empresa controladora da organização familiar, que assim exerce o controle de natureza societária sobre a administração e gestão da empresa familiar controlada; e (iii) "controle societário agrupado", pela titularidade da maioria dos direitos de voto assegurada por meio de "acordo societário" firmado com outros sócios ou acionistas para assegurar à família a maioria dos votos sobre a administração e gestão da empresa familiar;

b) "Vínculo de parentesco" entre aquelas pessoas naturais que, em última instância, detêm a titularidade da maioria dos direitos de voto por serem proprietárias e titulares das cotas ou ações votantes da empresa familiar ou da empresa controladora da empresa familiar. Neste ponto, importante lembrar que o "vínculo de parentesco" pode ser "natural" ou "civil", conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem. No caso de parentesco "natural" (por "consanguinidade"), esse se subdivide em dois tipos de vínculos consanguíneos: (i) o de "linha reta", formado por ascendentes e descendentes; (ii) o de "linha colateral" (ou "transversal"), formado por pessoas provenientes de um só tronco, até o quarto grau, sem descenderem uma da outra. Na outra forma de parentesco, denominada "civil" (por "afinidade"), o vínculo acontece entre cônjuge ou companheiro de um lado e os ascendentes, descendentes e irmãos do outro. (FERNANDINO, 2013, p. 16).

Assim sendo, a definição de 'empresa familiar', no presente trabalho, é aquela cujos integrantes possuem alguma relação de parentesco e detêm diretamente, por controle ou acordo societário, uma titularidade de votos suficientes para conduzir e determinar os rumos do negócio empresarial, com harmonia e preservação dos interesses da família no tempo (FERNANDINO, 2013, p. 17).

Feitos esses comentários sobre a família, a empresa familiar e a sociedade familiar, entende-se ser necessária a abordagem do modelo de três círculos secantes – que possuem intercessão entre si - elaborado pelos professores da Universidade de Harvard (Estados Unidos da América): Ivan Lansberg, Kelin Gersick, Jonh Davis e Marion Hampton.

Esse modelo dos três círculos é um dos arquétipos mais conhecido se estudados no mundo empresarial (CARVALHO, 2014, p. 16). O primeiro círculo é representado pela “Família”; o segundo, pela “Propriedade” e, o terceiro, pela “Gestão da Empresa”.

Dessa forma, entende-se que as organizações familiares são formadas por uma estrutura interna composta de três feixes de relações jurídicas distintas e sobrepostas que envolvem família, propriedade e gestão. Há interação de forma simultânea no dia a dia da exploração da atividade econômica organizada, refletindo por completo no desenvolvimento e na sobrevivência dessas organizações empresariais ao longo do tempo.

Assim, ultrapassado o estudo acerca da diferenciação de família empresária, empresa familiar e sociedade empresária, importante salientar que as sociedades empresárias são fundamentais na atualidade social, cultural, política e, principalmente, empresarial.

Todavia, novamente, ressalta-se que nas empresas familiares é constante o embate entre os negócios e a família. Isso, não raras vezes, coloca em risco a própria continuidade do negócio. Logo, à transferência de conflitos familiares frequentemente migram de cenário e acabam por afetar ou mesmo obstar o bom desempenho da empresa (CARVALHO, 2014, p. 17).

Ademais, necessário observar que a “família empresária” se distingue da “família dona do negócio”, dado que a família não é meramente a detentora da propriedade dos meios de produção, e sim peça fundamental e participativa do funcionamento da própria atividade empresarial.

Por esses motivos, passa-se a trabalhar os principais problemas da empresa familiar para, assim, ser possível a proposição de soluções com base na utilização de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, principalmente, a utilização do Instituto da Advocacia Colaborativa.

4 PRINCIPAIS PROBLEMAS E FATORES CRÍTICOS DA EMPRESA FAMILIAR

Neste tópico, cabe analisar como essas duas dimensões – família e empresa – interagem e produzem uma dinamicidade única, gerando a necessidade de se compreender e investigar melhor os aspectos da empresa e da família.

As empresas familiares tendem a ser mais complexas em termos de governança do que as empresas não familiares, devido à adição de uma nova variável: a família e seus laços contratuais, patrimoniais, mas também psicológicos, de afeto, de amor, de inveja e de ódio. Adicionar emoções e intimidades dos problemas familiares ao negócio aumenta a complexidade dos dilemas corporativos das empresas familiares.

A partir do momento em que a empresa começa a obter êxito e a profissionalizar, geralmente, os próprios familiares da empresa deixam de exercer as funções meramente técnicas ou manuais, e passam a focar nas atribuições mais importantes: afetas a organização e a gestão

da sociedade, em especial, no tocante à participação desses membros familiares na coordenação dos órgãos de cúpula da sociedade (CARVALHO, 2014, p. 16).

Dessa forma, ao contrário de que normalmente ocorre em outros tipos de sociedades, nas sociedades familiares os membros da família desempenham papéis diferentes na empresa, o que, em muitos casos, pode acarretar um desalinhamento de incentivos entre todos os membros do grupo, e isso pode gerar conflitos.

Isso porque, em uma empresa que não seja familiar, qualquer pessoa pode ser ou um empregado, ou um executivo, ou um diretor. Existe, assim, uma meritocracia imparcial para que alguém ocupe algum cargo. No entanto, em uma empresa pertencente a uma família, um indivíduo pode ter múltiplos papéis e responsabilidades, associados a diferentes incentivos que não sejam exclusivamente meritocráticos, mas que esteja relacionado ao fato de ele ser um membro da família controladora da empresa.

Nesse sentido, aborda Matilde de Almeida e Iris Goulart:

[...] cada ator relacionado na dinâmica da empresa familiar tem possibilidades de participação na empresa, ocupando diferentes papéis na sua estrutura, papéis estes que estão associados a interesses específicos dessa posição, caracterizados como: (1) membro da família, sem participação nos outros subsistemas; (2) apenas proprietário, não gestor e não familiar; (3) apenas gestor e empregado, não proprietário e não familiar; (4) proprietário e membro da família, sem participação na gestão; (5) proprietário que participa da gestão e não é membro da família; (6) membro da família, não proprietário e que participa da gestão; (7) proprietário, membro da família e que atua na gestão. Conforme demonstrado acima, qualquer indivíduo, mesmo que não faça parte da família, mas que esteja relacionado com a empresa, pode se identificar com um desses subsistemas em um dado momento de sua vida. Esses grupos interagem de forma dinâmica e constante, ressaltando-se, aqui, que cada ator, além de interesses associado são seu momento de vida, traz consigo características próprias (ALMEIDA; GOULART, 2018, p. 7).

Nessa perspectiva, uma questão frequente nessa área é o tratamento desigual entre executivos familiares e não familiares. Em muitas empresas familiares, alguns ou, até mesmo todos os cargos de gerência e diretoria são reservados para os membros da família dona do negócio.

Isso pode afetar negativamente a motivação e o desempenho de executivos não-familiares, pois eles sabem com certeza que, não importa o quanto trabalhem, nunca integrarão a alta administração da empresa. Por esse motivo, muitas empresas familiares podem ter certa dificuldade em atrair e reter executivos talentosos que não pertencem ao núcleo familiar.

Ainda, outro ponto a ser levantado é que os proprietários ou acionistas da empresa familiar têm vários papéis e motivações que podem levar a opiniões conflitantes. Por exemplo, uma decisão de reinvestir lucros na empresa ao invés de distribuí-los como dividendos pode ser vista de maneira diferente pelos vários proprietários, dependendo dos seus interesses e funções dentro da empresa.

Um proprietário que trabalhe na empresa familiar não pode se opor a tal decisão, uma vez que está recebendo um salário da empresa. Entretanto, essa situação seria vista de maneira diferente da perspectiva de um proprietário que não trabalha na empresa e depende de dividendos como sua principal fonte de renda.

Dessa forma, o envolvimento da família na propriedade e gestão do negócio oferece certas vantagens, uma vez que uma empresa onde proprietários e gerentes coincidem pode ser mais eficiente ("*skin in the game*"⁶). A família, nesse caso, permite a convergência de interesses entre a administração e os acionistas, o que geralmente leva à maximização do valor da empresa dentro do mercado.

Todavia, também se pode falar sobre a hipótese de entrincheiramento onde os membros da família, que geralmente são os administradores do negócio, divergem de decisões importantes por rixas íntimas causadas pelas emoções intrínsecas à família. Isso pode acarretar a perda de valor da empresa dentro do mercado e, muitas vezes, a falência do negócio.

Nas palavras de Djalma Oliveira: "[...] no momento de conflitos entre parentes, o que se torna mais difícil para amenizar é quando se fala do irmão mais velho e do mais novo, primos e outros descendentes, todos se julgam capazes para assumir o negócio da família" (OLIVEIRA, 2016, p. 40).

Não obstante, importante também apontar os pontos fortes das empresas familiares: alto compromisso e dedicação, identidade dos valores familiares, transmissão em tempo de conhecimento e valores, maior reinvestimento de benefícios e maior responsabilidade social corporativa.

Observa-se, por outro lado, como suas possíveis fraquezas: risco de confusão entre interesses culturais e familiares com o do mercado de negócios, rigidez e conservadorismo, principalmente em negociações, autofinanciamento e sucessão em regra mal preparada.

Petró e Castro definem vantagens da empresa familiar, nos seguintes termos:

- 1) Preservação do clima no local de trabalho: a empresa familiar demonstra nível elevado de preocupação e interesse pelos indivíduos encontrados na corporação física;
- 2) Enfocar o longo prazo: tem mais facilidade em deter-se na visão de longo prazo do que os gerentes corporativos que são julgados por resultados;
- 3) Enfatiza a qualidade: organizações familiares mantêm a tradição de oferecer qualidade e valor ao consumidor. (CASTRO; PETRÓ, 2018, p. 6).

Já as desvantagens, para os mesmos autores, são:

- 1) O forte envolvimento familiar: família e empresa estão presentes no cotidiano de ambas, tornando-se vulnerável a conflitos, em virtude de que os problemas familiares podem afetar o sistema empresarial e vice-versa;
- 2) A propriedade: quando a empresa está na primeira geração, até trinta anos de atividades, o detentor do capital é o fundador da empresa. Na sucessão para a segunda geração o detentor do capital é o sucessor, sendo comum encontrar aqueles que são herdeiros e visam à herança, e os sucessores que desejam continuar o negócio;
- 3) A administração: que define o destino da empresa, porém pode apresentar algumas falhas, tais como: definir o tempo de permanência do fundador da empresa; definir quem será o responsável pela administração da empresa;

6 "*Skin in the game*", do inglês, significa pele em risco. Seu sentido quer dizer que as pessoas dentro do negócio têm interesses próprios na tomada de decisões. Isso demonstra maior responsabilidade dos gestores do negócio quando optam por uma estratégia em detrimento de outra.

definir se o fundador deve ser o modelo de administração a ser seguido pelos demais membros da família.

4) A dependência financeira: a empresa familiar tem dificuldade em diversificar o negócio, ou seja, não separa o que é da empresa e o que é da família. Portanto, quando a empresa passa por alguma dificuldade financeira, a família também passa por dependência financeira. (CASTRO; PETRÓ, 2018, p. 6).

Tudo o que foi exposto em relação aos pontos negativos causam dificuldades ou impede a administração eficaz e segura das empresas familiares, que enfrentam problemas no desenvolvimento de uma gestão estratégica e planejada para a conservação do patrimônio nas mãos da família e sobrevivência do negócio empresarial ao longo do tempo.

Procura-se, dentro do referido contexto, estudar estrategicamente os pontos fortes das empresas familiares a fim de que sejam potencializados e as fraquezas superadas, por meio de alianças estratégicas e acordos de cooperação que lhes permitam enfrentar a globalização e transformá-los em um compromisso de garantia de sua continuidade no mercado.

Portanto, entende-se que muitas das empresas familiares exigem acordos de cooperação para acessar outros mercados. As alianças estratégicas são, dessa maneira, o caminho efetivo para o processo de internacionalização, pois permitem compartilhar e encontrar recursos financeiros, tecnológicos, humanos, organizacionais e relacionais.

Ou seja, as alianças estratégicas oferecem a possibilidade de as empresas familiares melhorarem sua posição competitiva e aumentarem seus recursos e capacidades, o que significaria garantir a continuidade dos negócios da família ao longo das gerações.

Para isso tudo, o mais importante é ajustar uma estrutura inicial jurídica forte e preocupada com a mais eficiente estruturação dos objetivos da família empresária e da empresa familiar, bem como a eventual resolução dos conflitos que eventualmente surgirão com um menor desgaste de tempo e dinheiro, mas principalmente, focando-se na resolução do conflito com menor desgaste emocional, preocupando-se com os aspectos íntimos que ligam os membros das sociedades familiares. É neste momento que merece destaque a Advocacia Colaborativa.

5 O PAPEL DA ADVOCACIA COLABORATIVA

A implementação de medidas de mecanismos personalizados de solução de conflitos e gestão de lides, de forma contínua, possibilita que as organizações familiares possam se prevenir, amenizar ou dirimir os embates de interesses entre os sócios/parentes.

Nesse sentido, R. Bernhoeft, E. Passos e Wagner Teixeira ensinam que:

Conflitos quando tratados com respeito e administrados, podem ser encarados como desafios que necessitam ser vencidos. Se negados ou escondidos, impedem o aprendizado coletivo. Afinal, são inerentes ao processo de crescimento da família empresária e sua superação gera os processos evolutivos (BERNHOEFT; PASSOS; TEIXEIRA, 2006, p. 71).

Portanto, importante enfatizar que toda e qualquer atividade empresarial está sujeita a riscos e a conflitos. Isso é inerente à vida empresarial e estará sempre presente, em sociedades familiares ou não. Todavia o que se busca é a possibilidade de monitorá-los a fim de criar estra-

tégias jurídicas para gerenciar, atenuar ou até mesmo eliminá-los, mediante ações planejadas pelas partes, no caso, utilizando-se de métodos extrajudiciais de solução de conflitos, principalmente a Advocacia Colaborativa.

Isso porque a boa-fé e a transparência são pressupostos da Advocacia Colaborativa e isso é uma vantagem competitiva para os sócios e para a própria sociedade, pois a solução colaborativa de eventuais conflitos societários é geralmente muito mais eficiente do ponto de vista psicológico, econômico e de tempo, com o afastamento do modelo mental adversarial e da judicialização dos conflitos societários (e familiares relacionados a eles).

Destarte, na Advocacia Colaborativa, a ideia é que as partes e os seus advogados assinem um 'Termo de Acordo Colaborativo' pelo qual se comprometam expressamente, sob o manto dos princípios da boa-fé, da transparência e da confidencialidade, a disporem de todos os esforços possíveis na busca pela solução racional, colaborativa e extrajudicial dos eventuais problemas decorrentes do vínculo societário.

Dessa forma, observa-se que a existência, a validade e a eficácia da Advocacia Colaborativa dependem, portanto, apenas da vontade e da participação ativa das próprias partes e dos seus respectivos advogados, quando contratados para o enfrentamento de qualquer eventual conflito.

Esse é o principal fator que a diferencia, portanto, da jurisdição estatal ou privada, na qual um terceiro decide pelas partes, ou mesmo da mediação, na qual um terceiro facilita o diálogo e as aproxima de um acordo.

Na Advocacia Colaborativa, em princípio, a menos que prevista de forma diversa, não há, portanto, qualquer participação de terceiro imparcial na solução do conflito. Somente há casos de participação de outros técnicos especializados, como economistas, engenheiros, psicólogos ou outros profissionais, que têm o intuito único e exclusivo de dar suporte ao ajuste colaborativo de vontades.

É inclusive por isso que surgiu a ideia de se criar um espaço extrajudicial e multidisciplinar de colaboração e de diálogo, no qual as partes buscam em conjunto, com o auxílio de um advogado e de outros profissionais, como, por exemplo, psicólogos, uma solução que seja mais adequada aos interesses dos sócios e da família empresária.

Em grau de comparação, enquanto o advogado contencioso 'briga' por seu cliente e, muitas vezes, até piora o relacionamento entre as partes (que geralmente já não está favorável), o profissional colaborativo se coloca como um solucionador de problemas (*problem solver*), alguém realmente disposto a ajudar a remover os obstáculos que impeçam o consenso e a contribuir para a efetiva (re)conciliação das pessoas/partes envolvidas.

Esse é o grande benefício da utilização da Advocacia Colaborativa nas empresas familiares. A aplicação do princípio da cooperação nesse ambiente traz inúmeros benefícios para as partes em conflito, pois permite uma redução da adversidade, e um incentivo à colaboração para alcançar o melhor resultado possível para todos, sem deixar que sentimentos mal resolvidos possam resultar em novos desentendimentos e conflitos societários (e familiares).

Isso, para uma empresa familiar, é extremamente válido, especialmente porque, nesse tipo de sociedade, geralmente, o sucesso do negócio, que também depende de vários outros fatores, é também proporcional à união e à harmonia dos membros da família, que impulsionam

a boa gerência do negócio e a sua sustentabilidade. Inclusive, até mesmo na recessão ou nas dificuldades enfrentadas no negócio, os sócios e gestores (muitas vezes, parentes), estando em harmonia entre si, geralmente conseguem raciocinar e montar estratégias melhores para contornar as situações complicadas.

Segundo Tatiana Alves e Humberto Pinho:

Parece que, à medida que o princípio da cooperação vai conquistando espaço no próprio processo civil, a advocacia colaborativa tem a oportunidade de receber cada vez mais adeptos que buscam a possibilidade de uma melhor gestão de seus conflitos. Os bons resultados da advocacia colaborativa têm acarretado a sua expansão para outras áreas do Direito, como a do Civil e a do Empresarial. Através da advocacia colaborativa, as partes comprometer-se-iam a não litigar enquanto a questão estivesse submetida a esse “mecanismo” e deveriam colaborar entre si para alcançarem um bom acordo para todos. Nessa dimensão é essencial que as partes estejam realmente empenhadas e imbuídas do espírito colaborativo, devendo estar sempre abertas ao diálogo e serem transparentes umas com as outras, para que o empreendimento seja bem sucedido. (ALVES; PINHO, 2014, p. 13).

Portanto, pode-se citar como resultados que são observados na utilização da Advocacia Colaborativa nas empresas familiares: (i) compatibilização de interesses e das necessidades das partes/parentes envolvidos; (ii) proteção do bem estar da empresa, resolvendo-se possíveis conflitos que venham a surgir com um menor desgaste de tempo, dinheiro e emocional; (iii) manutenção do diálogo e da boa convivência entre as partes; (iv) ajuste sustentável no tempo (celeridade); (v) ausência de terceiro na lide; (v) ausência de taxas administrativas e custas processuais/arbitrais; (vi) possibilidade de ser aplicada em qualquer lugar do Brasil ou do exterior, bastando que as partes e os advogados estejam confortáveis com o uso da técnica e do lugar escolhido para sua abordagem; (vii) a construção conjunta da solução.

As referidas vantagens se alinham tanto para as partes do procedimento, quanto para seus respectivos advogados, pois além de receberem os honorários, que poderiam receber em caso de litígio, não gastam o tempo que é necessário no processo contencioso tradicional (MAZIERO, 2018).

Frisa-se que a construção conjunta da decisão pelas partes a torna mais eficaz, vez que, como não há imposição de um terceiro estranho às partes, a execução das obrigações geralmente ocorre de forma espontânea e muito mais efetiva.

Assim, pontua-se que os métodos adequados de solução de conflitos, de forma extrajudicial, como a Advocacia Colaborativa, formam uma estratégia jurídica hábil a solucionar eventuais conflitos societários com um menor desgaste dos sócios envolvidos, bem como, com menor gasto financeiro e de tempo.

6 CONCLUSÃO

A partir de todo o conteúdo analisado e desenvolvido neste estudo, foi possível perceber que, dentro do direito societário, as empresas familiares têm panorama diferenciado, o que lhe garantem vantagem e desvantagens.

No decorrer do estudo, evidenciou-se que, em se tratando de empresas familiares, que são a maioria no Brasil, e têm peculiaridades que as levam a ter maiores conflitos, em razão da relação íntima e familiar entre os sócios, é importante ter às mãos instrumentos e estratégias jurídicas adequadas a fim de garantir maior efetividade na solução dos problemas societários e eventuais lides.

Tendo em vista esse contexto e o que foi abordado no presente trabalho, é possível concluir que os métodos adequados de solução de conflitos, de forma extrajudicial, em especial a Advocacia Colaborativa, formam uma estratégia jurídica não apenas hábil a solucionar eventuais conflitos societários, mas também mais benéfica do que a solução judicial, já que, por objetivar o bem estar da relação entre os sócios, ocorre com menor desgaste dos envolvidos, com menor gasto financeiro e de tempo.

Assim, importante enfatizar que riscos e conflitos são inerentes a toda e qualquer atividade empresarial e estarão sempre presentes, em sociedades familiares ou não. O que se busca é a possibilidade de monitorá-los a fim de criar estratégias jurídicas para gerenciar, atenuar ou até mesmo eliminá-los, em especial a partir da Advocacia Colaborativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Matilde; GOULART, Iris. Empresas familiares e a dinâmica família-empresa: pesquisa qualitativa. *International Journal of Marketing, Communication and New Media*. Special Number 3. 2018. Disponível em: <http://u3isjournal.isvoug.pt/index.php/ijmcm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ALVES, Tatiana M.; PINHO, Humberto D. B. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. *Fórum*, Belo Horizonte, a. 16, n. 87, 2014. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Novos-desafios-da-mediacao-judicial-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 5. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional De Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/ManualdeMediacaoJudicial.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BERNHOEFT, R. *Como criar, manter e sair de uma sociedade familiar (sem brigar)*. São Paulo: Senac, 1996.

BERNHOEFT, R.; PASSOS, E.; TEIXEIRA, Wagner. *Família, família, negócios a parte: como fortalecer laços e desatar nós na empresa familiar*. São Paulo: Gente, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

CARVALHO, Felipe Nogueira Martins de. *Dos métodos para estabilização das relações no âmbito da empresa familiar*. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima. 2014. Disponível

em: <http://www3.mcampos.br/u/201503/felipenogueiramartinsdecarvalhodosmetodosparaestabilizaocaodasrelacoes.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Aspectos societários relevantes nas empresas familiares. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (coord). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*: São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Renan; PETRÓ, Mônica. *Análise do Processo Sucessório em uma Empresa Familiar: um estudo de caso em uma indústria metalúrgica no Vale do Paranhana no Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://seer.faccat.br/index.php/administracao/article/view/342>. Acesso em: 23 mar. 2020.

DRUCKER, Peter F. *Administração na Era das Grandes Transformações*; tradução Sabine Höller. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FERNANDINO, Matheus. *Governança Jurídica nas Empresas Familiares*. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.FUMEC.br/revistas/pdmd/article/view/4751/2392>. Acesso em: 23 mar. 2020.

GERSICK, K. E.; DAVIS, J. A.; HAMPTON, M. M.; LANSBERG, I. *De geração para geração: ciclos de vida das empresas familiares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

JUCEMG – JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Estatísticas* – 2018. Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas>. Acesso em: 23 mar. 2020.

LANDES, David L. *Dinastias: esplendores e infortúnios das grandes famílias empresariais*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEONE, Nilva Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. *Sucessão na empresa familiar*. São Paulo: Atlas, 2005.

MAMEDE, Gladston. *Empresas familiares: o papel do advogado na administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZIERO, Franco. Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa. Belo Horizonte: *Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro*, 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MUNDIAL, Banco. *Manual IFC de governo de empresas familiares*. Washington D.C., 2011.

NEVES, Rúbia Carneiro. Meios protetivos da dissipação do patrimônio empresarial por algumas relações da família: cláusula de incomunicabilidade, acordo de convivência e pacto antenupcial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Djalma P. R. *Empresa familiar: como fortalecer o empreendimento e otimizar o processo sucessório*. São Paulo: Atlas, 2016.

SEBRAE. *Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas*. Empresas Familiares. 2017. Disponível em: [http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf). Acesso em: 23 mar. 2020.

SILVA JUNIOR, Annor da. *Interesses familiares e interesses empresariais – impactos e repercussões na empresa familiar*. 2001. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99RGYH/1/disserta__o_annor_da_silva_j_nior.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

STECKERL, Vanessa. *Modelo explicativo de uma empresa familiar que relaciona valores do fundador, cultura organizacional e orientação do mercado*. Barranquilha: Universidad del Norte, 2006.

SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

WERNER, René A. *A família & negócio: um caminho para o sucesso*. São Paulo: Manole, 2004.

8

CAPÍTULO

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE

DANIEL MENDES BARBOSA

RESUMO

A escolha da arbitragem como forma de solução de controvérsia apresenta como seu elemento principal a autonomia da vontade. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, ao definir pela constitucionalidade da Lei 9.307/96, entendeu que o caráter volitivo daquele que deseja renunciar ao direito de ação inculcado no art. 5º, XXXV da CR/88 é necessário, tendo em vista que a parte, ao discutir um direito disponível, poderia dispor do exercício da arbitragem obrigatória monopolizada pelo Estado. Todavia, a Lei 6.404/76, ao definir como possível a resolução de conflitos entre acionistas de uma sociedade anônima através da arbitragem não considerou o princípio do consentimento para fins de vinculação do acionista dissidente, que não concorda com a inserção da cláusula compromissória no estatuto social da companhia. Nesse caso, surge a dicotomia entre o princípio do consentimento e o princípio majoritário, cuja não vinculação do acionista dissidente será demonstrada através do método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Consentimento. Cláusula compromissória. Princípio majoritário. Acionista dissidente.

ABSTRACT

The choice of arbitration as a solution of controversy presents as its main element the autonomy of the will. In this scenario, the Federal Supreme Court, when defining by the constitution of Law 9.307/96, entered into force the voluntary law that applies to the right of unsafe action in art. 5, XXXV of CR / 88 is necessary, since a somewhat useful part could be made of the exercise of compulsory arbitration by the State. However, Law 6.404/76, when establishing a compromise resolution between the binding alliances, cannot be considered as a principle of adherence to the declaration of commitment. company. In this case, there is a dichotomy between the principle of consent and the majority principle which non-binding of the dissenting shareholder will be demonstrated through the deductive method.

KEYWORDS: Arbitration. Consent. Arbitration clause. Majority principle. Dissident shareholder.

Como citar este capítulo:

BARBOSA, Daniel Mendes. Cláusula compromissória e o acionista dissidente. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 139-157. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1 INTRODUÇÃO

Conflitos de interesses são inevitáveis no meio social e são, em geral, solucionados pelos próprios envolvidos, por meio de atos que traduzem quase sempre atitudes unilaterais (renúncia, submissão desistência), bilatérias (transação), ou por intermédio de terceiros, que intercedem no conflito, resolvendo-o em lugar dos envolvidos.

Nesse cenário, vários são os métodos "alternativos" de solução de controvérsias que visam encerra com o litígio. Neles, o Estado não atua. Ou as partes se acertam entre si, ou, utilizando-se de um terceiro, tentam pôr fim à disputa. Dentre os meios extrajudiciais de solução de controvérsias, encontra-se a arbitragem, na qual as partes excluem da Função Judiciária a apreciação de seu litígio.

E, nas sociedades pluripessoais, por se tratar de união de pessoas que se prestam a envia dar esforços para a sua criação e consecução de seu objeto social os seus integrantes visam alcançar, ao final, seus interesses individuais.

Por isso, nas sociedades pluripessoais, por envolver um grupo de pessoas, existirá, por certo, insatisfação e conflitos. O direito foi construído pela humanidade pela sua necessidade em regular a vida social, uma vez que o homem isolado, desde sua gênese, é uma figura de ficção.

A partir dessa premissa, que por envolverem pessoas, num mesmo ambiente, haverá dissidência quanto aos seus interesses individuais. E, tais dissidências, para a manutenção da paz social, deverão ser resolvidas, solucionadas. A resolução do conflito passará, necessariamente, por um meio de solução de controvérsia, que poderão ser os alternativos – sem a participação da Função Judiciária – ou os tradicionais, por meio do processo judicial.

Todavia, a questão que se apresenta diz respeito à possibilidade de extensão dessa cláusula compromissória ao acionista que não concordou com sua inserção no estatuto social. Este, especificamente, é o problema desta pesquisa.

Tomando-se por marco inicial o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter volitivo do negócio jurídico a ser celebrado – cláusula compromissória –, será objeto de estudo no presente artigo, a vinculação ou não do acionista diverge da cláusula compromissória inserida no estatuto social, bem como dos administradores da companhia.

Nesse caso, há de ser analisada e considerada a dicotomia entre o princípio majoritário, que rege as deliberações assembleares e o do consentimento, necessário para a validade do negócio jurídico. Imperioso destacar que este trabalho tem o objetivo, utilizando-se do método dedutivo, de colaborar com as discussões sobre matéria que, em um primeiro momento, viu-se esgotada com a vigência da norma disposta no art. 136-A da Lei 6.404/76 (com a redação estabelecida pela Lei n. 13.129/2015), mas que ainda encontra espaço considerável para o debate jurídico.

2 ARBITRAGEM COM FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTROVÉRSIA

Em relação à arbitragem, especificamente, há controvérsias acerca desses terceiros, chamados de árbitros, se eles exercem a função jurisdicional, ou ainda se a arbitragem possui natureza jurisdicional.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior espousa o seguinte entendimento:

[...] fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. O que fez, pois, a Lei nº 9.307 foi instituir terminantemente “a jurisdicionalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza jurisdicional contratual decorrente do seu caráter volitivo privado”. (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 5)

Em uma democracia, onde predomina o princípio da autonomia da vontade, e impensável dizer que a arbitragem não pode ser utilizada. Não só ela, como também as outras formas de solução de conflitos.

O problema desta pesquisa diz respeito ao fato de eventualmente submeter um conflito societário à arbitragem, vinculando aquele que não deseja que seus litígios societários sejam resolvidos por meio dessa forma de solução de controvérsia.

3 ARBITRAGEM E CONFLITOS SOCIETÁRIOS

3.1 Princípio majoritário nas sociedades

De acordo com a perspectiva contratualista (que prevalece na maioria dos casos), as sociedades se resumem à união de pessoas que se prestam a envidar esforços para a sua criação e consecução de seu objeto social. E, essa busca do seu objeto social visa alcançar, no final, os interesses individuais de cada acionista.

Por se tratar de uma união de pessoas (físicas ou jurídicas), as deliberações sociais devem ser tomadas, em regra, em assembleias gerais, pois estas garantem (teoricamente) a participação de todos aqueles que formaram o seu capital social nas decisões da sociedade. Lembrando-se, sempre, que as decisões proferidas nas assembleias gerais devem, primeiramente e no plano teórico, visar o alcance do interesse social da empresa.

E, como é do ordenamento brasileiro, as deliberações coletivas devem obedecer ao princípio majoritário, onde as decisões proferidas nas assembleias gerais devem exprimir a vontade da maioria dos que compõem o quadro social da empresa.

A partir dessas premissas, tem-se que, como regra geral, a apuração do quórum deliberativo dar-se-á a partir da maioria absoluta de votos, cujo cálculo se dá, em regra, com base na quantidade de acionistas presentes à assembleia e não a totalidade de ações votantes que a companhia possui.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato assim preconiza:

A sociedade existe no interesse dos sócios e, como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgando cada qual o seu interesse. [...] A ideia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen, é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível. (COMPARATO, 2008, p. 60)

Logo, de acordo com a lógica estabelecida teoricamente pela Lei n. 6.404/76, nas sociedades anônimas, sempre há um acionista controlador e um grupo de acionistas não controladores, também conhecidos como acionistas minoritários. Nesse sentido, o acionista controlador possui posição de destaque, pois possui poderes para dirigir a empresa em busca de cumprir com o seu objeto social. E, como exposto alhures, essa direção é exercida nas assembleias gerais.

Nesse sentido, segundo José Luiz Bulhões Pereira e Alfredo Lamy Filho:

Segundo o modelo da lei brasileira, o poder político da companhia – no sentido do poder supremo de qualquer unidade de organização social, que compreende o de alocar e distribuir poder dentro dessa unidade – cabe à Assembleia Geral.

.....

Vale destacar, além disso, que a legitimidade dos acionistas para exercerem o poder político na companhia funda-se no fato de que são os únicos que contribuem para a formação do capital social da companhia e, conseqüentemente, sofrem a perda desse capital em caso de acumulação de prejuízo (LAMY FILHO; PEREIRA, 2009, p. 806).

Assim, o fundamento do controle pela maioria se baseia, em regra, na questão puramente econômica da participação dos acionistas na formação do capital social.

Com isso, verifica-se, num primeiro momento, que o poder de controle da maioria é aplicado a todas as decisões assembleares. Todavia, como se verá adiante, a assembleia geral não poderá obstruir o exercício de direitos inderrogáveis do acionista minoritário, inclusive os individuais. E, tais direitos inderrogáveis não são apenas aqueles dispostos na Lei 6.404/76, mas também aqueles cujas garantias estão insculpidas na Constituição da República, como já se verifica em relação ao direito de ação.

3.2 As decisões assembleares e sua natureza jurídica

A assembleia geral é órgão social que convoca os iguais – no caso, acionistas, para deliberarem sobre materiais de interesse da sociedade. Ou seja, em princípio e teoricamente, é o órgão responsável pela expressão da vontade de uma sociedade.

Nesse sentido, segundo as lições de Rubens Requião,

Quando a sociedade anônima se libertou da tutela do Estado, por imperativo de interesses e também por imposição da ideologia liberal, as determinantes da vida societária passaram a ser objeto da ação da assembleia geral. Esta acolhia os acionistas, os quais direta e livremente elegiam seus dirigentes entre eles ou entre as pessoas estranhas, imprimindo à vontade social o interesse da maioria (REQUIÃO, 2012, p. 216).

Assim, a assembleia geral é o órgão que consiste na reunião de pessoas interessadas na solução de problemas que lhes são comuns. E, quando é dita solução de problemas, entende-se por busca do interesse comum, que, no caso das sociedades empresárias, geralmente é a geração de lucros, a partir da exploração do seu objeto social.

De acordo com Néelson Eizirik,

A assembleia constitui o órgão máximo da companhia, de caráter exclusivamente deliberativo, que reúne todos os acionistas, com ou sem direito de voto restrito. Trata-se, a assembleia, do *locus* no qual o acionista pode exercer o direito de voz e voto (EIZIRIK, 2011a, p. 14).

Por se tratar de órgão deliberativo, em que toda decisão ou resolução é adotada por um órgão colegiado, suas determinações são coletivas. E, quando a decisão é confiada a uma coletividade, são necessárias regras que devem ser seguidas para reunir todas as opiniões com o escopo certo de se chegar à decisão coletiva.

Dessa forma a natureza jurídica da assembleia é de um colegiado que deliberará através do voto a sua vontade, ou seja, é um órgão cuja decisão é "forjada a partir das emissões volitivas individuais dos acionistas, que se fundem em conformidade com o princípio majoritário" (TEPEDINO, 2017, p. 685).

A despeito da direção da decisão a partir da maioria dos votos, os votos dissidentes integram a deliberação. Logo, não se trata de descarte dos votos vencidos.

Mas, essa decisão coletiva deve ter por objetivo alcançar o interesse social da empresa sem, contudo, desprezar os direitos das minorias. Isso quer dizer que existe um poder-dever do acionista controlador em conduzir a empresa para a realização dos interesses coletivos, e não apenas da maioria. Nesse sentido, destaca-se a o entendimento doutrinário:

O poder de controle constitui com efeito, um poder vinculado ao objetivo de "*fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social*", tendo o controlador deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, para com os empregados e para com a comunidade.

O interesse social não pode ser reduzido ao interesse de cada um dos acionistas, mas sim ao seu interesse comum de realização do escopo social. A especificidade da comunhão de interesses na sociedade anônima consiste no fato de ser ela uma comunhão voluntária de interesses. (EIZIRIK, 2011b, p. 678). (grifos originais)

Nessa seara, as decisões em assembleias gerais estão submetidas ao princípio da maioria, obrigando os que foram voto vencido na assembleia, bem como todos os demais sócios que não tenham participado da mesma. Portanto, "a minoria está submetida à decisão tomada pelos controladores, enquanto exercerem sua vontade no interesse social" (CARVALHOSA, 2014, p. 513).

Todavia, em algumas situações de dissidência, poderá ocorrer a não vinculação de todos os acionistas.

3.3 Princípio do consentimento

O negócio jurídico, por ser situação jurídica derivada do elemento volitivo, tem como natureza jurídica o fato jurídico, o qual possui como resultado algo que é desejado pelas partes, com o escopo certo de satisfazer os interesses desses.

Nesse sentido, Orando Gomes leciona ser o negócio jurídico “toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante se reconhecido e garantido pela lei”. (GOMES, 1995, p. 269).

Manuel A. Domingues de Andrade, seguindo esse pensamento, define o negócio jurídico

Como um facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou varias declarações de vontade privada, tendo em vista a produção de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (econômica) com animo que tais efeitos sejam tutelados pelo direito – isto é, obtenham a sanção da ordem jurídica, e que a lei lhe atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados, grosso modo, em conformidade com a intenção do declarante ou dos declarantes (autores ou sujeitos do negócio). (ANDRADE, 1992, p. 25).

Verifica-se, portanto, com fundamento na doutrina, que o ponto fulcral do negócio jurídico é a declaração de vontade. Com isso, o elemento volitivo é a marca registrada do negócio jurídico, sendo oriundo da autonomia da vontade e da autonomia privada.

O elemento volitivo dos negócios jurídicos é tão central que existem vários institutos que invalidam aqueles na existência de vício de vontade, tais como: erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão.

Tem-se, por conseguinte, que o consentimento imaculado de vícios é necessário para a validade do negócio jurídico. E, sua ausência, invalida qualquer negócio jurídico, não podendo produzir efeitos perante aquele que não consentiu com sua formação.

3.4 Renúncia ou submissão às decisões assembleares

A primeira abordagem sobre o tema se estrutura a partir dos paradigmas do interesse social da empresa, da autonomia da vontade e da arbitrabilidade no direito societário apresentado por Pedro A. Batista Martins. Segundo o entendimento desse autor, na hipótese de inclusão da cláusula compromissória no estatuto social da empresa, os acionistas dissidentes ou ausentes se vinculam a ela, pois:

Não há *renúncia*, e sim, *sujeição*, vez que aquela pressupõe a desistência de um direito – relega-se; abandona-se um direito – enquanto esta exprime uma subordinação ou submissão à vontade alheia. [...] Sujeição no sentido conferido por Carnelutti de “*impotência da vontade para a tutela de um interesse*” (MARTINS, 2012, p. 104).

Mas, em se tratando de um direito fundamental (acesso à jurisdição) e da escolha pela arbitragem para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, emerge a dicotomia entre a sujeição ao princípio majoritário e o elemento consensual, pois a cláusula compromissória tem caráter personalíssimo.

A despeito do tema, Martins defende que a sujeição dos dissidentes às decisões assembleares em relação à inserção de cláusula compromissória em estatuto social, seria uma verdadeira renúncia. Senão vejamos:

Renúncia é a forma de manifestação de poder de disposição de um direito subjetivo. Efeito típico desse ato consiste em separar um direito da esfera jurídica do sujeito.

A renúncia é, pois, típico direito potestativo. Trata-se, pois, de uma faculdade do titular do direito subjetivo que o exerce de forma espontânea e voluntária. Tem-se, assim, causa e efeito distintos daqueles atos praticados no interior de uma assembleia geral (MARTINS, 2012, p. 104).

Ora, como já visto, o direito de ação é um direito autônomo e abstrato. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de constitucionalidade da arbitragem, assim entendeu, a ponto de informar que apenas o seu titular poderia abrir mão do mesmo.

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik entendem como renúncia e não sujeição ao direito de acesso à jurisdição, por aquele acionista que não aprovar expressamente a inserção de cláusula arbitral no estatuto social. Segundo esses autores:

A arbitragem societária funda-se na autonomia da vontade das partes, ou seja, no seu direito subjetivo de livremente dispor e autodisciplinar seus interesses patrimoniais face à sociedade e aos demais acionistas, renunciando, inclusive ao direito constitucional de recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que versem sobre tais interesses, visando uma solução mais célere e tecnicamente mais precisa.

Ocorre que esta renúncia ao direito constitucional de recurso ao Judiciário, que é reforçada pela norma legal do art. 109, § 2º, da Lei das S/A (que proíbe que o estatuto ou a assembleia geral impeçam ou restrinjam o direito e as ações do acionista para a defesa de seus direitos), não pode ser presumida pelo simples ingresso do acionista na companhia, exigindo-se a sua expressa e inequívoca aprovação da cláusula arbitral estatutária, para que esta lhe seja oponível (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2010).

Vejase que, em se tratando da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, não se poderia confirmar de ser apenas ato de submissão à decisão da maioria, pois, além de ser direito fundamental, o direito de ação não é um direito social, mas, sim, parassocial.

E tal direito é parassocial, pois trata de assunto extra estatutário, já que regulará a relação entre os sócios ou destes perante a sociedade, nas situações de litígio. E, seu caráter extra estatutário pode ser devidamente demonstrado pela própria Lei 9.307/1996, quando em seu art. 8º dispõe sobre a sua autonomia.

Seu caráter acessório e com total separação com o objeto do contrato – no caso estatuto social – depreende-se da *mens legis* do §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem, que consigna que a cláusula compromissória poderá ser estipulada em documento separado, desde que se referindo ao negócio jurídico principal, não sendo necessária a sua inserção no mesmo instrumento onde estão as obrigações e direitos.

Tal situação demonstra que os efeitos da cláusula compromissória apenas se produziram entre os seus acordantes. Por isso, por se tratar de pacto parassocial, não poderia ser enquadrado como submissão ao decidido pela maioria; mas, sim, de renúncia.

3.5 Dicotomia entre princípio majoritário e do consentimento

Pela teoria geral dos negócios jurídicos, para que o mesmo tenha validade é necessária a presença de três requisitos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Tais requisitos são cumulativos e, por isso, devem todos estar presentes para que surtam os efeitos jurídicos necessários a avença entre partes.

A capacidade para firmar negócios jurídicos diz respeito à condição cognitiva de conseguir emitir uma declaração de vontade. Isso quer dizer que para a formação do negócio jurídico é necessário que a pessoa que fará parte do mesmo demonstre a sua intenção em formular tal negócio.

Dessa forma, para que um contrato seja constituído, em sua fase pré-contratual, é necessária a existência dessa intenção da parte em firmá-lo.

Nesse cenário, tem-se que a convenção de arbitragem é "o ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem" (CÂMARA, 1997, p. 25), sendo que esta é instituída por acordo das partes, instrumentalizando-se na cláusula compromissória. A referida cláusula é regulara pelo art. 4º da Lei 9.307/96, que, dispõe sobre a sua natureza contratual.

Sobre o tema Arbitragem, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, em suas regras de arbitragem, também dispõe sobre o acordo entre as partes para a realização da cláusula compromissória:

Artigo 1

Quando as partes concordarem que as disputas entre elas em relação a uma relação jurídica definida, seja contratual ou não, serão submetidas à arbitragem sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, então tais disputas serão resolvidas de acordo com estas Regras, sujeito a tal modificação conforme as partes. pode concordar. (UNCITRAL, 2013, p. 5).¹

A cláusula compromissória, portanto, é um negócio jurídico estipulado em determinado contrato, no qual as partes estabelecem as regras de direito material e processual que desejam submeter os litígios oriundos de um contrato celebrado entre eles.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona assim leciona:

Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, coma cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros. Com efeito, após o advento da Lei, cláusula e compromisso podem, indistintamente, instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser mera promessa de celebrar o segundo, de modo que uma e outro são acordos mediante

¹ Article 1

1. Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree

os quais renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhidos pelos litigantes: se na celebração do compromisso tem-se em mira um conflito atual, já existente, definido, na cláusula aponta-se para um litígio futuro, eventual, definível (CARMONA, 2009, p. 102).

Nesse mesmo sentido, o magistério de José Emilio Nunes Pinto, que elucida esse ponto da autonomia e da natureza contratual da cláusula compromissória, nos seguintes termos:

Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art.7º da Lei 9.307/96), atribui-se à ela, desde que possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, "cláusula cheia", o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que por força do art. 5º da Lei 9.307/1996 e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso (PINTO, 2011, p. 964).

Pode-se dizer, então, que a natureza jurídica da cláusula compromissória é a de um negócio jurídico, pois, como bem posicionado pela doutrina, firmada a cláusula compromissória esta produz efeitos desde a sua assinatura, independentemente da celebração do compromisso arbitral para que seja instaurado o juízo arbitral.

Verifica-se, portanto, que o consentimento para a formação do compromisso arbitral é requisito essencial, dada a renúncia ao direito de ação. Esse consentimento é emanado de uma declaração de vontade.

Inclusive, o consentimento é princípio basilar para a arbitragem, com reconhecimento pela doutrina estrangeira sobre o tema:

Arbitragem é consensual por natureza. De fato, a jurisdição dos árbitros deriva exclusivamente do acordo entre as partes de usar a arbitragem como meio de resolver suas disputas. Como corolário, a jurisdição dos árbitros só se estende àqueles que estão a par da convenção de arbitragem. (tradução livre) (STUCKI; SCHELLENBERG WITTMER, 2006, p. 2).²

A questão do consentimento para a formação da cláusula compromissória restou devidamente sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal quando da declaração de constitucionalidade do art. 4º da Lei 9.307/96, nos seguintes termos:

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução dos conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais as partes podem transigir.

.....

A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição. É o que fica meridianamente claro no parecer do lúcido Castro Nunes, acolhido como razão de decidir no ponto pelo acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que o referido julgado do STF endossou – Ag. 52.181, cit, RTJ 68/382, 392:

2 Arbitration is consensual by nature. Indeed, the arbitrators' jurisdiction derives exclusively from the parties' agreement to use arbitration as a means to resolve their disputes. As a corollary, the jurisdiction of the arbitrators only extends to those that are privy to the arbitration agreement

“O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrado que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional” (STF, 2004).

Como se verifica, a questão da constitucionalidade da afastabilidade do direito de ação perante a Função Judiciária teve como norte a disponibilidade desse direito. E, para que ele seja disponibilizado, é necessário que a parte assim o faça. Ninguém pode disponibilizar direito alheio, mormente se tratando de garantia constitucional. Nesse mesmo sentido, uma decisão do Tribunal Federal Suíço entendeu pela não extensão da arbitragem ao terceiro que não “anuiu” com a cláusula compromissória:

E quanto à exigência do artigo 178 (1), de que a convenção de arbitragem seja por escrito? Em uma decisão notável de 2003, o Tribunal Federal Suíço afirmou que a exigência por escrito se aplica somente ao próprio acordo de arbitragem, ou seja, o acordo pelo qual as partes originais consentiram a arbitragem, não à sua extensão a um terceiro (Tradução Livre) (STUCKI; SCHELLENBERG WITTMER, 2006, p. 6).³

Igualmente, em relação ao consentimento para fins da arbitrabilidade subjetiva, Cardoso assim estabelece:

A arbitragem é um método consensual de resolução de controvérsias. Para que seja plenamente válida e vincule os contratantes, a convenção de arbitragem, deve decorrer da livre manifestação de vontade das partes. Na ausência de consentimento, esta deverá ser afastada, pois ninguém deve ser imposto o dever de arbitrar. A existência clara e inequívoca anuência das partes em submeter à arbitragem é indispensável, sob pena de a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira, em decorrência da violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (CARDOSO, 2013, p. 13).

E, nesse ponto, há uma dicotomia com o princípio majoritário que rege as decisões assembleares.

As decisões assembleares, em sua regra geral, mormente no que pertine às normas de direito societário, geram a submissão dos acionistas dissidentes. Mas, essa submissão se dá em relação ao cotidiano da companhia.

O direito de petição, é garantia constitucional de se movimentar a jurisdição. Trata-se de direito constitucional e que não é afeito as disciplinas ordinárias da vida social de uma companhia. E, por isso, não se pode utilizar a maioria, simplesmente, para revogar tal direito.

3 What about the requirement in Article 178(1) that the arbitration agreement be in writing? In a remarkable decision of 2003, the Swiss Federal Tribunal has held that the written requirement only applies to the arbitration agreement itself, i.e. the agreement whereby the *original* parties consented to arbitration, not to its extension to a third party. .

Nesse sentido, o texto constitucional é claro, em seu art. 5º, XXXV que nenhuma lei afastará da função judiciária a apreciação de algum direito. Ou seja, não se violará o direito de petição, salvo se o detentor desse direito renunciar ao mesmo.

Tem-se, por conseguinte, proposições contrárias entre o princípio do consentimento para fins de renúncia do direito de ação e o princípio majoritário para implementação dessa renúncia através da decisão assemblear de incluir, no estatuto social, uma cláusula compromissória.

Existe, por conseguinte, um conflito de princípios – majoritário/interesse social e acesso à jurisdição. E, nesse caso, os princípios devem ser aplicados nos limites da situação fática (adequabilidade), não sendo eles determinados por esta situação.

3.6 Vinculação dos acionistas à cláusula compromissória

A arbitragem, como já visto, é forma de solução de controvérsia sem o envolvimento da Função Judiciária. Para que a mesma seja utilizada, é necessário o consentimento das partes envolvidas no litígio surgido, tendo em vista a natureza contratual da cláusula compromissória.

O consentimento, princípio basilar para a realização de negócios jurídicos, foi reconhecido como elemento essencial, pelo Supremo Tribunal Federal, para a validade e eficácia da cláusula compromissória, por se tratar de disponibilidade do exercício de direito de petição junto Função Judiciária.

Assim, em um ambiente social no qual os acionistas são verdadeiros proprietários de uma sociedade, existe a possibilidade de inserção de cláusula compromissória no estatuto social da companhia para que os litígios que surjam da relação entre eles ou entre eles e a companhia sejam submetidos à decisão arbitral. E, como já visto anteriormente, tal cláusula além de ter natureza contratual e, portanto, personalíssima, possui plena característica de pacto parassocial.

Sobre ser personalíssimo e contratual, como já demonstrado anteriormente, trata-se de disposição do direito de ação. Logo,

o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactuante, pelo que se trata de pacto personalíssimo que deve ser inquestionavelmente declarado em seu aspecto formal, e que não se transmite por sucessão ou cessão à pessoa do sucessor ou cessionário (CARVALHOSA, 2014, p. 381).

A arbitragem, por isso, é meio irrevogável de solução de controvérsias, após a submissão das partes à mesma.

Como já foi ressaltado acima, é pressuposto de validade e eficácia da cláusula compromissória a declaração de vontade das partes envolvidas. E, por isso, a validade e eficácia dessa cláusula dependerá de sua aprovação formal por todos os envolvidos por ela, como endossa a mais abalizada doutrina.

Assim, a aprovação da cláusula compromissória vincula os fundadores na constituição e aqueles acionistas que nas alterações estatutárias posteriores votaram pela aprovação inclusiva desse pacto parassocial de arbitragem do estatuto (CARVALHOSA, 2014, p. 385).

Todavia, para Pedro A. Batista Martins, conforme já citado anteriormente, quando há inserção da cláusula compromissória no estatuto social, não há renúncia ao direito de ação, mas, sim, sujeição do acionista dissidente à decisão majoritária. Segundo Martins:

Nesse sentido, o acionista, ao se submeter à deliberação assemblear e, indiretamente, ao adquirir ações da companhia, não está renunciando aos seus direitos, mas, sim, sujeitando-se aos interesses maiores da sociedade.

Portanto, o acionista, ao adquirir a qualidade de sócio, passa a manter um vínculo de dependência com a maioria. A esta o acionista se sujeita. Com efeito, o acionista mantém com os sócios majoritários uma relação ou um liame jurídico de dependência. Há desse modo, uma subordinação legal de interesses, e não uma renúncia a direitos (MARTINS, 2012, p. 105).

Já Raquel Stein, ao enfrentar a possibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória, defende a desnecessidade de aprovação unânime, nos seguintes termos:

A posição defendida pelos doutrinadores sobre a necessidade de concordância expressa e individual de cada sócio à cláusula compromissória (unanimidade) apresenta uma quebra de paradigma lógico do sistema societário, pois, como visto, o direito pátrio consagrou a regra da maioria em questões de deliberações sociais. Além do mais, conforme já discutido, predomina no direito brasileiro o consensualismo, motivo pelo qual a concordância de cada sócio dá-se com mero consentimento (ingresso na sociedade – com aceitação de todo o ordenamento societário), não sendo necessária a emissão de nova manifestação de vontade e assinatura de documento específico para tanto (STEIN, 2014, p. 131).

Verifica-se que os defensores da extensão da cláusula compromissória aos acionistas dissidentes não levam em consideração a necessidade de declaração da vontade individual definida na lei de arbitragem. Desconsideram, por conseguinte, a arbitrabilidade subjetiva, que exige a capacidade das partes para submeterem os litígios à arbitragem.

Ao defenderem essa tese, esses autores desconsideram, inclusive, a determinação do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da cláusula compromissória, pois, em caso de direito patrimonial disponível da pessoa, esta pode livremente renunciar ao direito de ação e não movimentar a jurisdição para discussão do mesmo.

Na doutrina, ao reconhecer esse caráter de direito subjetivo do direito de ação, Modesto Carvalhosa insiste que a “cláusula compromissória constitui matéria facultativa e, portanto, potestativa do estatuto social” (CARVALHOSA, 2014, p. 390).

Por isso, a matéria não seria afeita à organização da companhia, ao seu regular desenvolvimento e à exploração da atividade empresária. E assim, Carvalhosa arremata:

Não se confunde com as matérias que obrigatoriamente deverão dele [estatuto social] constar, que são específicas da Sociedade Anônima, ditadas pela lei. Distingue-se, dessa forma, a cláusula estatutária potestativa, que consubstancia o pacto compromissório, daquelas cláusulas mandatórias. Na primeira, o conteúdo é livre, desde que não seja vedado por lei ou que altere os dispositivos obrigatórios da lei e do próprio estatuto (CARVALHOSA, 2014, p. 390).

De fato, o que vincula o acionista, pelo princípio majoritário, são as matérias atinentes ao exercício da atividade empresária, relacionadas com o destino social da mesma. Qualquer outra matéria não submete o acionista, automaticamente, ao princípio majoritário das deliberações.

Isso porque, no plano teórico, apenas as matérias essenciais ao exercício da atividade empresária possuem natureza associativa.

Dessa forma, a cláusula compromissória estatutária se trata de

Uma convenção entre a sociedade e determinados acionistas que manifestaram sua vontade, individualmente e da própria sociedade. Cuida-se de pacto parassocial entre a sociedade e esses acionistas individuais.

Não se confunda a cláusula compromissória estatutária com as normas estatutárias impostas a todos os acionistas, coletiva e individualmente, há como lembrar Oppo, com apoio de Vivante, clara distinção entre a livre declaração de vontade dos acionistas e a obrigação destes como membros da sociedade (CARVALHOSA, 2014, p. 396).

Por conseguinte, no caso da inserção da cláusula compromissória, não se trata de ajuste entre as partes que diga respeito ao direito às relações sociais, sendo um pacto acessório, individual e apartado ao estatuto social. Isso tudo diante da sua independência, como descrito anteriormente sobre a autonomia da cláusula compromissória com o contrato que a integra.

A posição do acionista em relação ao estatuto social é semelhante ao contratante nos contratos de adesão. Ou seja, o acionista, ao ingressar nos quadros sociais, adere ao conteúdo já predisposto – *pacto ditatti* – em que falta, ao aderente, no caso o acionista, a liberdade de fixação de seus termos. Tanto é assim que a própria norma arbitral informa qual é o requisito para que a cláusula compromissória inserida nesse *pacto ditatti* seja válida: declaração expressa de anuência com a mesma.

A ausência dessa declaração expressa, por conseguinte, não lhe tornará oponível a cláusula compromissória ao que não declarou expressamente a sua vontade. Nesse caso, não apenas o acionista dissidente, mas o ausente à assembleia que deliberar pela inserção da cláusula compromissória também não poderá se vincular à mesma, pelo mesmo aspecto: a ausência de declaração expressa de vontade.

Nesse sentido, Nelson Eizirik, mesmo possuindo entendimento mais moderado sobre o tema, entende que não se poderia estender os efeitos da cláusula compromissória àqueles que dissentiram quanto à mesma. Senão vejamos:

Tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que expressamente votaram contra a inclusão de cláusula compromissória no estatuto. Com efeito, se o acionista manifesta-se no sentido de que não quer ter a solução de conflitos futuros submetidos à arbitragem, evidentemente não cabe a imposição do juízo arbitral, cujo principal fundamento de validade repousa na manifestação de vontade das partes. Estarão vinculados à cláusula compromissória todos os demais acionistas: os que votarem favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia (EIZIRIK, 2011a, p. 617).

A despeito disso, a Lei n. 13.129/2015, em total dissonância com o direito de ação, e com a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto ao caráter volitivo da cláusula compromissória, deu a seguinte redação ao artigo 136-A da Lei n. 6.404/76:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegu-

rado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1o A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 136-A).

Criou-se, com a referida lei, uma nova hipótese para o exercício do direito de retirada do acionista, mediante o reembolso do valor das ações do acionista dissidente da deliberação que autorizar a inclusão da convenção de arbitragem. Sobre esse direito, Luiz Eduardo Bulhões Pedreira assim o descreve:

O direito de retirada surgiu como contrapeso à competência, reconhecida à Assembleia Geral, de modificar bases essenciais do contrato da companhia.

.....

O acionista, ao adquirir ações, leva em consideração as principais características da companhia; essas "bases essenciais" influem na sua decisão, e sua alteração pode motivá-lo a não querer continuar sócio (BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 241).

Veja-se, assim, que o direito de recesso (ou de retirada) dá ao acionista dissidente da deliberação da assembleia geral o direito de reembolso quando se modificam as bases essenciais da companhia.

Quanto aos direitos essenciais da companhia, que justificam o investimento do acionista e a concessão do direito de recesso quando eles são alterados, vale conferir o entendimento de Carvalhosa, segundo o qual:

Na realidade, o direito de recesso origina-se do reconhecimento legal dos fundamentos essenciais (organizacionais) da companhia. Trata-se, portanto, de direito que visa a conciliar os interesses da companhia e dos acionistas.

A lei, de um lado, dá poderes à maioria para modificar as bases essenciais do contrato social e, de outro, garante ao acionista discordante dessas modificações a possibilidade de denunciar parcialmente o pacto social que aderiu (CARVALHOSA, 2014, p. 1.237).

O artigo 136-A da Lei de Sociedades Anônimas, dessa forma, na tentativa de legitimar a extensão subjetiva da cláusula compromissória ao acionista dissidente, criou mais uma hipótese de direito de retirada daquele acionista discordante. Todavia, sem se preocupar com a natureza jurídica do instituto da arbitragem e da cláusula compromissória.

Portanto, nessas situações, nem mesmo o direito de retirada é garantido ao acionista dissidente, que não renunciou ao seu direito de ação. E, nesses casos, também a extensão subjetiva da cláusula compromissória teria plena eficácia, sem nenhum benefício ao acionista dissidente da deliberação assemblear.

Todavia, a hipótese disposta no art. 136-A, na linha dos doutrinadores que defendem a extensão subjetiva da cláusula compromissória, trouxe legalidade para tal situação.

Sobre o referido tema, Modesto Carvalhosa, no Seminário da *International Bar Association*, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 13 de novembro de 2015, apresentou seu douto entendimento sobre essa nova regra, nos seguintes termos:

E, com efeito, numa grande ironia, neste ano de 2015, de comemoração dos 8 séculos da Magna Carta, foi promulgada no Brasil a nova Lei de Arbitragem,

n. 13.129, de 26 de maio último, que, dentre outras providências, acrescenta à Lei societária, ex vi do seu art. 3º, o art. 136-A, para o fim de submeter compulsoriamente todos os acionistas a arbitragem, na hipótese de a companhia colocar em seu estatuto uma cláusula arbitral.

Os princípios constitucionais feridos de morte por essa aberrante norma introduzida na Lei societária (110) são:

(i) Nenhuma lei pode suprimir a jurisdição estatal, por ferir cláusula pétrea da Constituição: "A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inciso XXXV, do art. 5º da CF);

(ii) Nenhuma lei pode facultar que um jurisdicionado imponha a outro jurisdicionado a jurisdição privada: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inciso XXXV, do art. 5º da CF);

(iii) A jurisdição estatal nunca é suprimida pela jurisdição privada, mas apenas SUSPENSA no caso concreto;

(iv) E no caso concreto nenhuma parte pode impor a outra a jurisdição privada; muito menos pode fazê-lo in abstracto;

(v) A jurisdição privada tem por objeto determinado litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, atuais, específicos e identificados;

(vi) Em matéria de suspensão da jurisdição estatal não há presunção de renúncia;

(vii) Não pode haver renúncia universal da jurisdição estatal;

(viii) Nunca poderá a jurisdição privada se impor sobre litígios futuros cujo objeto concreto se desconhece;

(ix) A suspensão da jurisdição estatal é objetiva, face à negócio jurídico atual, não podendo ser subjetivamente pactuada no sentido que em qualquer litígio futuro, desconhecido e incerto quanto ao seu objeto, entre o jurisdicionado "A" e o jurisdicionado "B", prevalecera a jurisdição privada;

(x) Não pode haver, portanto, renúncia universal da jurisdição estatal para todos os conflitos que possam surgir em negócios jurídicos ainda desconhecidos quanto ao seu objeto;

(xi) Inadmissível o ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista de socorrer-se da jurisdição estatal pelo simples fato de estar inserida uma cláusula arbitral no estatuto da companhia;

(xii) Se nem a lei estatal pode derogar a cláusula pétrea constitucional de acesso à jurisdição estatal, muito menos pode fazê-lo a lei interna da sociedade (CARVALHOSA, 2015, p. 12-14).

E, assim, Carvalhosa arremata, inclusive concluindo sobre a inconstitucionalidade do texto legal que alterou a Lei n. 6.404/76:

O artigo 3º da Lei nº 13.129 de 2015 não atende aos pressupostos constitucionais da validade e eficácia da jurisdição arbitral.

Não há presunção de renúncia e muito menos ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista pelo simples fato de estar inserida no estatuto da companhia, que será parte em futuro conflito com seus acionistas.

Não pode o art. 3º da Lei de 2015, inquinado de flagrante inconstitucionalidade, instituir um compromisso arbitral unilateral, substitutivo da jurisdição

estatal, inserido no estatuto da companhia. "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inciso XXXV, do art. 5º da CF).

Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista de, na qualidade de jurisdicionado, socorrer-se sempre da jurisdição estatal (CARVALHOSA, 2015, p. 18).

Ademais, é importante destacar que a inclusão do referido direito de retirada poderá gerar sérios danos à companhia. Sobre esse tema, inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão sobre a extensão da cláusula compromissória, entendeu que tal situação poderia gerar sérios prejuízos à sociedade, enquadrando-se em abuso do poder de controle, cujo acórdão foi assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SOCIEDADE ANÔNIMA

Ação anulatória c.c. indenizatória Insurgência contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela, para suspender a validade e a eficácia da deliberação da assembleia geral extraordinária, no que tange à alteração do estatuto social da empresa, com estipulação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial Alteração do estatuto social da empresa para a inserção da convenção de arbitragem como meio de solução de conflitos oriundos do próprio estatuto e entre os acionistas e/ou administradores Situação descrita nos autos que indica grande dificuldade econômica da empresa Quadro que se afigura oposto à escolha de meio de solução de conflitos mais dispendioso Deliberação que aparenta contrariedade ao art. 116, parágrafo único, da Lei, 6.404/1976 Possibilidade de caracterização da conduta descrita no art. art. 117, §1º, "c" da Lei 6.404/1976 Existência de diversas ações em curso entre as mesmas partes, demonstrando grande conflito entre os acionistas Direito garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal que deve ser preservado, até mesmo no interesse da boa administração da empresa Verossimilhança das alegações e risco de dano de difícil reparação que se fazem presentes. Decisão de concessão da antecipação da tutela mantida (TJSP, 2016).

Veja-se que o acórdão acima apresenta fortes razões a determinar a não aplicação da cláusula compromissória, seja pela preexistência de conflitos, seja pelos danos financeiros que a sociedade poderá sofrer na hipótese de exercício do direito de recesso.

A alteração do estatuto social, com conseqüente inserção de cláusula compromissória não modificará, em princípio, a estrutura e diretrizes da companhia. Ou seja, se a mesma dá lucro, o acionista tem interesse em continuar como membro. E, por isso, o direito de recesso concedido a ele na hipótese de discordância da submissão dos litígios à arbitragem não socorre aos seus interesses.

4 CONCLUSÃO

Inicialmente, para compreensão do objetivo do presente trabalho, é grande valia ressaltar o como ponto de partida o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto da Arbitragem no Brasil, a partir do disposto na Lei n. 9.307/96. E, a partir dele, a sua aplicação no direito societário contemporâneo, mormente no que pertine à vontade social e a vontade do acionista, haja vista o disposto no artigo 136-A da Lei n. 6.404/76.

Pela ótica do direito civil, o negócio jurídico, para ser válido e eficaz, dependerá da capacidade do agente, pois será necessária a declaração de vontade do mesmo em firmar tal negócio. Logo, por ter natureza contratual, a cláusula compromissória não foge dessa premissa de validade dos negócios jurídicos em geral.

Pela visão do direito processual, o direito de ação é um direito da parte, subjetivo, garantido pela Constituição da República de 1988. Logo, de acordo com essa perspectiva, se o destinatário da decisão renunciar ao seu direito de ação – direito incondicionado de movimentar a Jurisdição⁴ - seus conflitos poderão ser solucionados utilizando-se o instituto da Arbitragem, devidamente regulamentado pela Lei 9.307/96.

Verifica-se que a arbitragem *moderna* foi criada a partir da noção de autonomia da vontade, na qual as partes têm o poder de estipular livremente, como lhes convierem, a disciplina dos seus interesses.

Já no direito societário, vigora o princípio da maioria. O princípio majoritário é consagrado no direito empresarial societário brasileiro para fins de deliberação, quando esta dependa da vontade de várias pessoas (sócios, debenturistas, credores etc.). Isso porque, exigir a unanimidade em tomada de decisões colegiadas impossibilitaria a deliberação, mormente quando estas são tomadas em sociedades anônimas, onde podem existir centenas ou milhares de acionistas. Nesse caso, a unanimidade seria até mesmo impossível.

De fato, como restou demonstrado, tais deliberações devem ser tomadas em assembleia geral, que se constitui o órgão soberano da sociedade, no qual os acionistas buscam decidir os rumos da sociedade em busca de cumprir com o seu objeto social e, por consequência, o atingimento dos interesses individuais de cada acionista.

Todavia, a instituição da arbitragem, como forma de solução de controvérsias que surjam entre os acionistas entre si, ou entre eles e a sociedade, não se trata de matéria que defina os rumos sociais, ou mesmo, que trate das bases essenciais de uma sociedade. Tanto é assim que não é requisito obrigatório a sua inserção no Estatuto Social. Trata-se, portanto, de negócio parassocial, que não envolve os interesses diretos da sociedade ou que determine a exploração da atividade empresária constante de seu objeto social.

Dessa forma, ter-se-ia a questão da submissão do dissente em relação ao interesse da maioria. Todavia, a submissão à deliberação majoritária, que determinou a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social não superará a garantia constitucional ao direito de ação. Como bem exposto, para que o litígio seja submetido à arbitragem, é necessária a renúncia daquele direito de ação. E, a constitucionalidade da renúncia foi devidamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu não ter qualquer tipo de violação constitucional o afastamento da Função Judiciária para o uso do procedimento arbitral.

Isso porque, pelo fato de a arbitrabilidade objetiva apenas permitir a discussão de direitos disponíveis, o direito de ação sobre tais temas também seria disponível. Ou seja, se o indivíduo deseja dispor daquele seu direito de ação, o mesmo poderá fazê-lo, pois assim foi a sua vontade.

Por isso, o direito de ação apenas poderá ser renunciado. E, em se tratando de renúncia, o seu detentor que terá a prerrogativa de assim a fazer. E, na deliberação assemblear majoritária

4 Jurisdição entendida como exercício da arbitragem obrigatória monopolizada pelo Estado

sobre o tema, não seria aplicado o referido princípio, pois não haveria submissão do dissidente. Se assim o fosse, ocorreria um negócio jurídico sem um de seus requisitos de validade: a vontade.

Ao contrário, caso se determinasse a submissão sobre a disposição do direito de ação de terceiro, ter-se-ia a renúncia de um direito constitucional por um terceiro – aqui entendido como a deliberação da maioria. E, tal situação, poder-se-á considerar um abuso do poder de controle por parte da maioria, pois, ao se justificar pelo princípio da maioria, afastar-se-ia, do dissidente, o seu direito incondicionado de movimentar a jurisdição.

Ora, o elemento volitivo, como já apresentando, permeia a arbitragem, sendo sua razão de existência. Inclusive, tal ponto foi curial para a constitucionalidade do instituto. Com isso, é no princípio jurídico da autonomia da vontade que se baseia a arbitragem, tendo em vista que, por se tratar de forma de solução de controvérsias, somente pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes envolvidas no negócio jurídico entabulado prevejam e, por consequência, aceitem a cláusula compromissória.

Portanto, haverá a limitação do exercício constitucional, rompendo-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que garantiu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, qual seja, o elemento volitivo necessário para a renúncia ao direito de ação.

Mesmo que se pense que a inclusão do art. 136-A na Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – solucionou o tema, com a garantia do direito de recesso do acionista dissidente, seu parágrafo segundo, na boa técnica legislativa, apresentou as exceções à aplicação da regra contida no *caput*. Dessa forma, apesar de se tratar de norma que vai de encontro ao entendimento que sedimentou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, não englobou todas as hipóteses de dissidência.

Destarte, a legalidade do direito de recesso, por si só, não garante a sua legitimidade, mormente pelo rompimento com a garantia constitucional do direito de ação, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: fato jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2, p. 25.

BRASIL. *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 9 dez. 2019.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 9 dez. 2019.

BULHÕES PEDREIRA, Luiz Eduardo. Acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23032017-145153/publico/VERSAO_PARCIAL_PAULA_BUTTI_CARDOSO.pdf Acesso em: 2 abr. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, 1990, p. 33-40. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 9 dez. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Arbitragem integra o estatuto social*. Disponível em: <http://www.alonso.com.br/img/velhas/simbolos/legislacao2.asp?informativo=296>. Acesso em: 30 dez. 2010.

CARVALHOSA, Modesto. "Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito". In: Seminário da International Bar Association. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei de S/A Comandada*. Vol. I e II. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). *Direito das companhias*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quatier Latin, 2012.

PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. In: TEPEDINO, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: serviços e circulação*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STF. AG REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA SE 5.206-7. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 30-04-2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 mar. 2018.

STUCKI, Blaise; SCHELLENBERG WITTMER, Geneva. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. In: ASA Below 40 Conference. 2006. p. 1-9. Disponível em: <http://www.arbitration-ch.org/asset/872c9fd63995bfc437fb77490a820720/extension-of-arbitration-agreements-to-non%E2%80%93signatories-.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

TEPEDINO, Ricardo. Órgãos Sociais. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das Companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Processual e Direito Civil*. Porto Alegre: Síntese, nov./dez. 1999.

TJSP. Agravo de Instrumento nº2031444-61.2016.8.26.0000. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. DJ 16/12/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416054423/agravo-de-instrumento-ai-20314446120168260000-sp-2031444-6120168260000/inteiro-teor-416054446?ref=juris-tabs#>. Acesso em: 02 abr. 2018.

UNCITRAL Arbitration Rules. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.



CAPÍTULO

MAPA MENTAL E O ENSINO JURÍDICO: UMA FORMA VISUAL DE EFETIVAR O CONHECIMENTO CIENTÍFICO NO CURSO DE DIREITO

LETÍCIA DA SILVA ALMEIDA
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

RESUMO

O modelo de efetividade da cultura jurídica no país está ligado ao ensino e as expectativas dos estudantes. Assim, propõe-se no texto discorrer sobre o atual cenário do ensino jurídico no Brasil à luz das doutrinas de ensino e a proposição de novas metodologias, pautadas numa nova retórica pedagógica, trazendo uma abordagem específica sobre o método dos mapas mentais. Para o desenvolvimento deste estudo utilizou-se como referencial teórico as obras do criador dos mapas mentais, Tony Buzan, com a adoção do método científico hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Educação jurídica. Cultura jurídica. Metodologias de ensino. Mapa mental. Construção metodológica do Direito. Inovação.

ABSTRACT

The model of effectiveness of the legal culture in the country is linked to the teaching and the expectations of the students. Thus, it is proposed in the text to discuss the current scenario of legal education in Brazil in the light of doctrines of teaching and the proposition of new methodologies, based on a new pedagogical rhetoric, bringing a specific approach on the method of mental maps. For the development of this study was used as a theoretical reference the works of the creator of the Mental Maps, Tony Buzan, with the adoption of the hypothetical-deductive scientific method.

KEYWORDS: *Legal education. Legal culture. Teaching methodologies. Mental map. Methodological construction of Law. Innovation.*

Como citar este capítulo:

ALMEIDA, Letícia da Silva; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Mapa mental e o ensino jurídico: uma forma visual de efetivar o conhecimento científico no curso de direito *In*: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coord.). *Diálogos estratégicos e inovação: a efetivação da transdisciplinaridade no Direito*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. *E-book*. p. 159-170. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/758>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, na qual as gerações passam por constantes transformações sociais, econômicas e políticas, acompanhar toda essa transição exige da sociedade mudanças em padrões e valores tradicionais.

As metodologias de ensino, que ainda seguem o modelo tradicional, excessivamente formal e positivista, como é o ensino jurídico, completamente desconectado da realidade dos acadêmicos, já não mais atendem as reais necessidades desses alunos.

Diante dessa nova perspectiva, a sala de aula, não é mais o único lugar onde os discentes buscam informações, os livros físicos perde espaço para o digital, eles se rendem ao acesso a internet e a adaptação aos sistemas de Ensino a Distância (EaD), que são capazes de fornecer informações que anteriormente seriam passadas apenas por meio de diversas aulas expositivas em ambiente fechado e exclusivo, num modelo “arcaico” que utilizado de maneira isolada, já não demonstra efetividade. O afastamento parcial das práticas pedagógicas tradicionais é fundamental, a fim de recuperar o espaço perdido. O ensino que se deseja, deve ser atraente, estimulante, nutrir a autonomia e a criatividade dos discentes.

O objetivo da pesquisa é esclarecer sobre as necessidades de utilização de métodos alternativos que possam contribuir para o aperfeiçoamento no processo de construção da cultura e educação jurídica das Universidades brasileiras, com o propósito de ressignificar os interesses na relação aluno/professor, e inverter a situação de descontentamento da comunidade acadêmica jurídica.

Nesse contexto, o primeiro passo é rever a maneira de passar informações na sala de aula. Investir em novas metodologias de ensino para conseguir despertar e estimular o interesse e atenção do discente para que estes permaneçam abertos a busca do conhecimento e aprendizagem.

Assim, o tema-problema da presente pesquisa envolve o ensino jurídico baseado em métodos tradicionais e puramente dogmáticos que já não atende aos anseios dos estudantes, sendo necessário que o professor repense o Direito e aplique novas metodologias. O mapa mental é uma das técnicas que aplicadas ao ensino jurídico permite o melhor aproveitamento nos estudos.

Utilizar da diversidade de técnicas para orientar e despertar o engajamento do aluno, como a transdisciplinaridade que deixa de lado as fronteiras entre disciplinas, o estudo baseado na solução de problemas (PBL), a arte do *Storytelling*, os novos métodos avaliativos, as conexões mnemônicas com a utilização de símbolos, frases, associações exageradas, imaginação e emoção que ajudam a lembrar e memorizar de maneira mais fácil e agradável, assim como são os mapas mentais, que ganha foco nesta pesquisa.

Neste diapasão, será abordada com maior enfoque a técnica dos mapas mentais, um método inovador que utiliza como base o poder das imagens, símbolos, cores, curvas e palavras-chave e certamente contribui na atuação de professores e no resultado de aprendizagem dos alunos.

Para o desenvolvimento deste estudo utilizou-se como referencial teórico as obras: “*Use sua mente: como desenvolver o poder do seu cérebro*” e “*Mapas mentais: métodos criativos*”

para estimular o raciocínio e usar ao máximo o potencial do seu cérebro”, do criador dos mapas mentais, Tony Buzan.

Adotou-se o método científico hipotético-dedutivo, por meio de revisão e de levantamento bibliográfico inerente a questão, de modo a induzir a reflexão e demonstrar a importância de se repensar metodologias inovadoras para a ciência do Direito, englobando todas as atuações que esta área permite, não se voltando apenas para uma sala de aula, mas também na atuação profissional de advogados, magistrados e tantos outros.

2 ENSINO JURÍDICO E A METODOLOGIA DE ENSINO

Falar da crise existente no ensino jurídico brasileiro já se tornou lugar comum para a comunidade acadêmica, não sendo isso mais nenhuma novidade.

As universidades jurídicas no Brasil, em sua grande maioria desenvolvem um procedimento metodológico tradicional de repetição e memorização do conteúdo exposto pelo docente. Este modelo foi denominado por Paulo Freire de “educação bancária” em sua obra *Pedagogia do oprimido* (FREIRE, 1983). Tradicionalmente, seguindo essa linha, o docente, autoridade e sujeito ativo na relação pedagógica, “entrega” aos discentes, sujeitos passivo dessa relação, conceitos a serem exigidos em avaliações.

Historicamente, o ensino jurídico no Brasil foi erguido a partir da concepção de um modelo liberal, e a partir de então o modelo de ensino se baseia num pensamento dogmático e conservador, com metodologias tradicionais, havendo pouca ou nenhuma evolução desse modelo pedagógico nos cursos jurídicos.

A principal falha dessa metodologia que impera nas universidades jurídicas brasileiras, além, de não preparar o aluno para atuar em uma sociedade diversificada e que vive em constante mudança, se desencadeia principalmente pela falha de não trabalhar o pensamento crítico e reflexivo do discente.

Os docentes “acabam sendo repetidores dos padrões existentes, mantendo em suas pesquisas e atividades didáticas o mesmo padrão” (SANTOS, 2008, p. 73). O professor deve ser um interlocutor na busca pelo conhecimento e não apenas um transmissor de informações, como ocorre nesse modelo tradicional.

Nesse sentido Rui Manuel de Figueiredo Marcos, esclarece que:

Depois de afirmar que a juridicidade não se reconduz à legalidade, propõe-se uma recompreensão da normatividade jurídica e uma revisão das suas fontes, com particular ênfase no reconhecimento da autonomia normativamente constitutiva da concreta decisão judicativa da realização do Direito. É a estas luzes rútilas que se intentam pensar e resolver as questões jurídicas essenciais erguidas pelo tempo presente. (FIGUEIREDO MARCOS, 2016, 158-159).

As instituições de ensino superior devem buscar uma pedagogia que trabalhe as diversas metodologias contemporâneas de ensinagem, dentre elas o mapa mental, enquadrando-se no momento em que a sociedade acadêmica vive na atualidade, qual seja, maior exigência pela utilização de novos métodos atinentes à dinâmica da vida e das novas tecnologias. Pensar o

Direito numa perspectiva menos formalista, refletindo sobre as necessidades de desenvolver um saber mais participativo e relacionado com as metodologias e necessidades atuais, a fim de oferecer um ensino coerente e significativo.

Verifica-se que há uma urgente necessidade da ruptura do modelo cartesiano de ensino baseado em disciplinas exclusivas e singulares, por um modelo que leve em consideração as transformações pelas quais passa o mundo. Nesse sentido, considerando que a transformação é característica dessa época, não se pode pensar em continuar orientando os alunos da mesma maneira que ocorrera em outra época, como se fossem estáticos, imutáveis e infalíveis (FERREIRA, 2008, p. 276).

Toda essa estratégia de repensar o ensino de maneira não mais estagnada, deve aplicar-se sob fundamentos para que enseje mudanças reais na formação do discente, possibilitando que seja capaz de lidar com as necessidades da sociedade complexa. É necessário possibilitar articulações entre as diversas ciências através da transdisciplinaridade e de novas metodologias.

Cabe destacar que a “[...] inovação normalmente implica mudança, e esta geralmente significa incerteza. Seja por medo, insegurança, resistência, ou até por questões culturais, o ser humano muitas vezes se mostra refratário às inovações.” (GABRICH; BENEDITO, 2016, p. 08). A ciência do Direito deve buscar novas respostas para os novos conflitos que surgem em razão dessa dinâmica social e desse anseio de conhecimento cada vez maior da sociedade.

O grande desafio então está posto: os docentes precisam vencer o modelo que lhes foi ensinado, se adequando a outra época e outra geração, permitindo a participação ativa do discente, ensejando e provocando o pensamento criativo:

Diante de um mundo sociocultural em vibrátil mutação, que se afirma como horizonte de crise, coloca-se o entendimento do Direito como problema, interrogando-se o seu sentido, a sua função histórica no quadro do sistema global e, acima de tudo, o seu específico modelo metodológico. (FIGUEIREDO MARCOS, 2016, p. 156-157).

Atentando-se para a problemática do ensino jurídico, uma das alternativas como metodologias de ensino constitui-se no uso dos mapas mentais que já vem sendo utilizado na educação principalmente por desenvolver a liberdade do pensamento, criatividade e principalmente o pensamento radiante que se assemelha ao funcionamento do cérebro humano, facilitando o aprendizado de maneira mais instigante e prazerosa.

3 A RELAÇÃO DOS SENTIDOS COM A APRENDIZAGEM

O processo de aprendizagem é desenvolvido pelo ser humano de diversas maneiras. A mente humana é capaz de pensar, comunicar e aprender novas informações a todo momento. Todo esse processo é realizado através do cérebro, que é dividido em duas partes e conectado por uma ligação. “Esse órgão trabalha por meio dos sentidos, criando associações entre imagens, cores, palavras-chave e ideias.” (BUZAN, 2009, p. 25).

De acordo com este mesmo autor, a chave para o funcionamento do cérebro é a imaginação e associação, que estão ligadas a toda atividade cerebral.

Desde o nascimento de uma pessoa, “os dois hemisférios começam a se especializar, dividindo as tarefas entre si.” (BUZAN, 2011, p. 30). E nesse sentido, Buzan continua:

Na maioria das pessoas, o cortex esquerdo lida com a lógica, palavras, listagens, números, linearidade, análise e ações do gênero – as atividades denominadas “acadêmicas”. Enquanto o cortex esquerdo está engajado nessas atividades, o direito está mais na “onda alfa”, ou estado de repouso, pronto para ajudar. O cortex direito lida com o ritmo, imaginação, cores, devaneios, percepção especial, *gestalt* (tendência auto-organizacional) e dimensões. (BUZAN, 2011, p. 30).

Assim, é indiscutível que o ser humano pode aprender de diversas maneiras. Alguns dizem ter facilidade nos estudos quando ouvem explicações e fazem anotações, outros são considerados visuais, preferem ler e ver imagens. De fato, as imagens desencadeiam uma função diferenciada no cérebro, proporciona impacto perceptivo, que faz a memória lembrar mais facilmente permitindo fazer conexões e conseqüentemente, resultando numa melhor compreensão.

De acordo com Buzan, a imaginação e associação são estimuladas respectivamente quando utilizamos: “os sentidos; Exagero; Ritmo e Movimentos; Cores; Humor; Figuras e Imagens. [...] Números; Palavras; Símbolos; Ordem; Padrões; Imagens” (BUZAN, 2009, p. 26).

Esta perspectiva é bem desenvolvida por Miguel Angel Perez Côrrea, que explica:

Para lembrar tais conexões elas devem estar impregnadas de alguns elementos que nossa mente lembra com maior facilidade: IMAGEM, EMOÇÃO, NÓS MESMOS, DESPROPORÇÃO e SUBSTITUIÇÃO.

Imagens: são muito mais facilmente lembradas que conceitos e, quanto mais complete e detalhada a imagem, mais facilmente será lembrada.

Emoções: fatos que impressionam são lembrados mais facilmente, fazem nosso cérebro relacionar a imagem com uma série de fatos passadas e isso facilita tudo [...]. (CÔRREA, 2015, p. 26).

A utilização do cérebro como um todo implica no desenvolvimento das inteligências múltiplas, incluindo a criatividade, a inteligência sensorial, emocional, física, bem como a racional, numérica, escrita, verbal, dentre tantas outras que o órgão é capaz.

Nessa seara que se encontra respaldo para utilização do eficiente método dos mapas mentais, que estimula a aprendizagem ativa, a criatividade através da utilização de imagens, cores, formas, palavras-chave, permitindo utilizar as funções dos dois lados do cérebro, sendo que “essa ação irradiará conexões e remeterá a lembranças completas de informações combinadas” (BUZAN, 2009, p. 25), facilitando dessa maneira, a compreensão e fixação da temática trabalhada nos mapas.

Nesse sentido, Frederico de Andrade Gabrich e Luiza Machado Farhat Benedito ressaltam:

Não há, pois, que se falar na impossibilidade do ensino formal ocorrer no Direito ou em qualquer outra ciência, por meio da combinação de palavras e imagens (desenhos), de razão com emoção (afetividade). Ao contrário: o conhecimento humano acontece e é maximizado exatamente quando se obtém a combinação exata entre razão e sensibilidade, o justo meio entre o raciocínio lógico abstrato e a emoção da vida, da prática. Assim, não há como desconsiderar que o ser humano pensa, se comunica, ensina e aprende por meio da combinação entre imagens e palavras (GABRICH; BENEDITO, 2016, p. 67).

Assim, é notória a importância de estímulo dos sentidos, através das imagens, cores, texturas, movimentos, números, palavras-chave e todo meio de ideia criativa.

4 MAPAS MENTAIS

Tony Buzan, nascido no ano de 1942, é considerado o inventor dos mapas mentais, a revolucionária ferramenta sistematizada na década de 60 (FREITAS; BENEDITO; CARVALHO, 2016), já utilizada por mais de 250 milhões de pessoas para ajudar a libertar o potencial do cérebro. Ele é um escritor inglês, e já teve seus livros traduzidos para mais de 30 idiomas. Atua como consultor de companhias multinacionais, além de dar conferências por todo o mundo e, lançar seu *software* – *IMindMap* – para a criação de mapas mentais.

Os mapas mentais são representações gráficas não-lineares de informações. Trata-se de uma ferramenta dinâmica que auxilia no planejamento, organização e melhor absorção de conhecimento, pode ser utilizada para inúmeras finalidades, são relevantes para memorizar, agrupar e ordenar ideias e informações, desde livros, roteiros, especificidades de uma reunião, bem como gerenciar a programação das tarefas diárias de maneira efetiva.

As ideias podem ser organizadas de diversas maneiras. A linear é a mais evidente e utilizada, no entanto, isso não significa ser a melhor. Embora exista a cultura no país, de utilizar, desde a infância quando se aprende a ler e escrever, a escrita de maneira linear através de frases ou listagens verticais, esse não se revela o melhor método.

A equivocada confiança de que a mente trabalha melhor de maneira linear se dá em razão dos dois maiores meios de comunicação utilizados pelos seres humanos, quais sejam, a fala e a escrita, nesse sentido, Tony Buzan dispõe que:

Na fala, só podemos dizer uma palavra por vez. Do mesmo modo, na comunicação escrita as palavras são apresentadas em linhas e sentenças, com começo, meio e fim. A ênfase na linearidade também está presente nas instituições de ensino e no trabalho, áreas em que a maioria das pessoas é estimulada a tomar notas em forma ou listas. A limitação dessa abordagem é que podemos demorar um bocado para chegar a essência do assunto em questão. E, durante esse processo, dizemos, ouvimos, lemos muita coisa que não são importantes a longo prazo.

As pesquisas mostram que o cérebro é um órgão multidimensional, capaz de absorver, interpretar e recuperar informações por meio de recursos que são muito mais sensitivos, criativos, multifacetados e instantâneo do que as palavras escritas e faladas (BUZAN, 2009, p. 17-18).

Quando se estuda através de resumos, transcrevendo ou anotando o que se entende da leitura, perde-se muito tempo e aproveita-se pouco, pois o cérebro prefere palavras-chave e imagens para representar todo o contexto.

Exatamente essa é a proposta do mapa mental, que não parte de um ponto inicial e continua linearmente, mas sim, a partir de uma temática central, colocada em forma de desenho no centro de uma folha, a partir daí, surgem ramificações se expandindo de dentro para fora, as informações importantes são conectadas, a ideia central fica nítida da maneira em que é colocada, permitindo a melhor compreensão e a visualização ampla.

5 MAPA MENTAL E O PENSAMENTO IRRADIANTE: O CÉREBRO HUMANO E A APRENDIZAGEM

Para entender os mapas mentais é necessário primeiro que se entenda como funciona o cérebro humano.

O cérebro é formado por bilhões de neurônios que se conectam como um sistema de rede e se encarregam de guardar as experiências da vida “por meio de conexões chamadas de sinapses”, é o que revela a psicóloga Maria Tereza Volpato, em entrevista concedida a Larissa Faria (FARIA, 2016, p. 15).

O cérebro não pensa de maneira linear e monótona, mas sim, em várias direções simultaneamente de maneira conectada/interligada, é o chamado pensamento irradiante.

Segundo Tony Buzan:

Como o termo sugere, os pensamentos se irradiam de dentro para fora, como os galhos de uma árvore, as nervuras de uma folha ou os vasos sanguíneos, que se propagam a partir do coração.

O cérebro tem a capacidade de criar uma infinidade de ideias, imagens e conceitos. Um mapa mental é projetado para trabalhar do mesmo modo que esse órgão e é uma representação, no papel, do Pensamento Radiante em ação. (BUZAN, 2009, p. 23).

No entanto, o fato de se utilizar a fala e a escrita como principais formas de expressão e comunicação, é que surge a impressão equivocada de entender que é a maneira mais fácil para o cérebro absorver informações, mero engano. O cérebro prefere absorver o conhecimento quando se utiliza a criatividade, imagens, texturas, cores, as emoções e sentimentos.

Tony Buzan esclarece que através de pesquisas ficou demonstrado que “[...] o cérebro é um órgão multidimensional, capaz de absorver, interpretar e recuperar informações por meio de recursos que são muito mais sensíveis, criativos, multifacetados e instantâneos do que as palavras escritas e faladas” (BUZAN, 2009, p. 17).

Dessa maneira, o cérebro entende e aprende melhor quando a informação chega de maneira não linear.

Essa é a mesma lógica dos mapas mentais, e o quanto mais o modo de gravar informações for parecido com o funcionamento do cérebro, mais eficiente a memorização. “O mapa mental é desenhado como um neurônio e projetado para estimular o cérebro a trabalhar com mais rapidez e eficiência, empregando um método que ele já utiliza naturalmente” (BUZAN, 2009, p. 10).

Tudo acontece em torno de uma imagem central que tem por objetivo representar uma ideia, uma temática ou um conceito:

O mapa mental oferece ao nosso cérebro uma ferramenta conveniente para o seu trabalho de transformar as peças do quebra-cabeça em um quadro coerente, que é o assunto que está sendo aprendido. Ele dá um empurrão na tarefa de dar sentido a informações soltas (CASTRO, 2015, p. 75).

Como já dito, talvez seja nas salas de aulas que tal metodologia deva iniciar. É no bacharelado em Direito que a maioria das pessoas possuem um primeiro contato com o mundo jurídico, estando dispostas e abertas ao conhecimento e ao novo, sendo, portanto, mais fácil

desprender da dogmática tradicional de ensino, o qual se busca uma domesticação e restrita proximidade entre aluno e professor.

O Direito não deve se resumir tão somente ao positivismo e legalidade exacerbada, mas, o Ensino Jurídico pode (e deve) ir além, utilizando das tantas e inovadoras metodologias, podendo tornar-se a ciência do conhecimento, do pensar e resolver as questões jurídicas através de histórias (*storytelling*), da transdisciplinaridade que deixa de lado as fronteiras entre disciplinas, as conexões mnemônicas, a sala de aula invertida que desperta e incentiva a busca do conhecimento dos alunos, o estudo baseado na solução de problemas (casos) que problematizam e engaja o aluno a buscar a solução, os sistemas interativos de avaliação e jogos (gamificação) no ensino jurídico que traz a inovação e o desejo de aprender de maneira mais leve e dinâmica. São inúmeras as possibilidades de agregar conhecimento, interação e principalmente motivação nas salas de aula.

A sala de aula invertida, conciliada ao sistema dos mapas mentais, o ensino do Direito à distância, pelas plataformas EaD das instituições de ensino superior, as bibliotecas virtuais com livros *ebooks* (eletrônicos), além de outros métodos contemporâneos, apresentam-se como técnicas revolucionárias de ampliar, sistematizar, otimizar e efetivar a aquisição do conhecimento.

Trata-se de uma construção participada do conhecimento entre docentes e discentes. É trabalhar de forma motivacional, prática e simples, trazendo os alunos para dentro do conteúdo abordado de maneira dinâmica e prazerosa.

6 COMO ELABORAR UM MAPA MENTAL

A estrutura dos mapas mentais incentiva a mente a ser mais livre, permitindo a fácil memorização de todo conteúdo exposto a respeito da ideia trabalhada.

Na sua elaboração, ao contrário da redação de uma página, pode-se lidar com as ideias sem estar necessariamente intrincada com as outras, pode-se acrescentar informações ao longo do desenvolvimento dos mapas, bem como eliminá-las (ideias desnecessárias ou já fixadas).

O desenvolvimento de mapas mentais permite uma visão global da temática abordada.

Nesse sentido, Cláudio de Moura Castro diz:

Os mapas mentais nos ajudam a criar uma imagem que inclui tanto a “floresta” quanto as “árvores”, ou seja, mostram o quadro mais amplo e também os detalhes. Em outras palavras, com um só olhar, em uma única página, vislumbramos a organização global da ideia e os detalhes dos seus desdobramentos (CASTRO, 2015, p. 75).

E continua o mesmo autor:

Olhando o mapa mental, começamos a entender o todo. Mas ao fazermos, nós mesmos, um mapa mental, a sua construção é a transformação progressiva de peças soltas em um todo coerente e lógico (CASTRO, 2015, p. 75).

Sendo assim, importante acompanhar os seguintes passos para elaboração de um mapa mental, de acordo com orientações de Tony Buzan:

1. Delimitar claramente a temática central, ou seja, o propósito a ser alcançado com a sua elaboração;
2. Folha na horizontal (A3 ou A4 dependendo do tamanho do mapa), sem linhas nem quadrados;
3. Colocar imagem ao centro da folha para representar o objetivo, assim dá ao cérebro sensação de autonomia para expandir em todas as direções. A imagem ao centro como ponto de partida ajuda a impulsionar o pensamento e imaginação;
4. Importante maximizar a utilização das cores (com hidrocor, lápis de cor, dentre outros destaques) para dar ênfase, textura e estimular o fluxo visual;
5. Ligar linhas grossas curvadas (serão os primeiros ramos, ou seja, ideias principais), conectadas à ideia central, em sequência radial, sentido horário, começar na posição do relógio na marcação de “13 horas”;
6. Posicionar apenas uma palavra-chave sobre cada linha (ramo), mantendo a hierarquia lógica deles, o olho deve perceber que a palavra-chave seja o ramo, atentando para o fato de que a palavra deve ser do mesmo tamanho do ramo;
7. Escrever em letra MAIÚSCULA, evitando abreviações (para facilitar o impacto perceptivo);
8. Pode-se criar ainda ramos (galhos) de segundo e terceiro níveis, se necessário para os pensamentos relacionados, que se conectarão aos galhos primários e assim por diante;
9. Escrever sempre “de cabeça para cima” e evitar de colocar os ramos em vertical (“efeito volante”);
10. Deve-se trabalhar em duas fases: primeiro fazendo um rascunho rápido do mapa mental à lápis, útil para entender a disposição final (Fase 1), em seguida, para a segunda fase fazer o mapa definitivo em uma nova página, utilizando as cores somente nesta fase (Fase 2);
11. Deve-se equilibrar a utilização do espaço (na Fase 2), deixando espaço livre entre os ramos e utilizar diferentes tamanhos de letra para determinar a hierarquia das informações;
12. Utilizar o visual ao máximo, muitas imagens, ícones criativos, flechas e os clichês pessoais (pode ser utilizado uma mesma imagem ao longo do mapa para representar ideia idêntica).

Lembrando sempre que na prática os erros são o percurso necessário para melhorar nos mapas mentais, “começamos tateando, na busca dos pilares dessa ideia central. Aos poucos, a espinha dorsal começa a se delinear, formando contornos claros” (CASTRO, 2015, p. 141). E assim, a missão que parecia inexorável e impossível vai se tornando um conjunto muito mais compreensível e prazeroso ao cérebro.

Importante destacar, que mapas mentais não devem ser confundidos com esquemas ou resumos. Ao desenvolver mapas mentais deve ser observada toda essa estrutura já mencionada, respeitando principalmente o modelo de funcionamento similar do cérebro, que funciona de maneira radiante e através de conexões. Não é agradável ao cérebro a utilização de muitas palavras (resumos), linhas retas e lineares (e sim curvadas), como muitas pessoas disseminam

(inclusive autores de livros e sites) por (provavelmente) não terem o pleno conhecimento do que é o mapa mental.

7 DIVERSIDADE NA UTILIZAÇÃO DOS MAPAS MENTAIS NO DIREITO

Não há dúvida de que os mapas mentais podem (e devem) ser utilizados na sala de aula pelo docente, no desenvolvimento do conteúdo, para facilitar a melhor compreensão e assim, favorecer a ligação do raciocínio lógico e emocional do discente, despertando maior interesse da comunidade acadêmica (ALMEIDA; CASTRO; FREITAS, 2017). O docente também deve orientar e estimular o aluno a utilizar os mapas mentais em seus estudos individuais, ao invés de recorrer aos resumos comuns.

Os mapas mentais têm sido comumente utilizados por pessoas que almejam resultado positivo em concursos públicos, já que essa ferramenta possibilita uma visão geral do conteúdo estudado, necessitando, assim, quantidade de tempo consideravelmente menor em relação a utilização de resumos, além de outros benefícios já mencionados nesta pesquisa. Além disso, os mapas mentais também podem ser utilizados em escritórios de advocacia, por profissionais do Direito. Os advogados podem fazer mapas mentais para esboçar a situação do seu cliente, além de não perder o domínio dos acontecimentos, possibilitando visão global do problema ao encontrar a melhor estratégia para a solução mais viável, econômica e menos desgastante na defesa do seu cliente.

Mapas mentais podem também ser utilizados em reuniões, palestras, organização de apresentações ou aulas. Tony Buzan diz que a vantagem “é que o mapa mental dá ao professor ou ao palestrante uma visão geral de todo o assunto a ser abordado” (BUZAN, 2009, p. 77).

Assim, “realizar uma apresentação oral usando como recurso um mapa mental, e não anotações lineares, também deixa a pessoa livre para falar com mais fluência, utilizando seu próprio conhecimento” (BUZAN, 2009, p. 77).

Percebe-se então, que são inúmeras as utilidades dos mapas mentais na atuação pessoal, para as questões do dia a dia, e também nas atividades de estudo e profissionais, com ganhos na eficiência dos resultados.

8 CONCLUSÃO

Em geral, o Ensino Jurídico ainda tem sido ministrado seguindo o tradicional modelo de educação. Somente através de mudanças na mentalidade atual dos atores envolvidos na educação jurídica que esta realidade pode ser alterada, aprimorando a cultura jurídica no país, abandonando o modelo de “ensino bancário”, em que o docente apenas deposita informações enquanto que o aluno repete – ensinar com paixão e criatividade colocando as pessoas no centro do processo didático é o caminho para um resultado pelo menos mais proveitoso na relação de ensino-aprendizagem.

Ao contrário do que os docentes tradicionais imaginam, o acesso ao saber e a construção da memória se dá especialmente através de sua efetividade, é o que restou demonstrado ao longo do texto.

Neste diapasão, o presente estudo dedicou-se a questionar o arcaico método de ensino tradicional, pouco eficiente e contributivo para a cultura jurídica do país, bem como discorrer sobre a ascensão da ciência jurídica através de metodologias contemporâneas que devem ser desenvolvidas no âmbito acadêmico.

O ensino decorrente de metodologias inovadoras, como são os mapas mentais, é importante para a eficiência do ensino/aprendizagem colaborando para uma formação adequada com reflexão crítica, interativa e participada entre discentes e docentes.

É importante que o docente de hoje acompanhe as mudanças sociais e comportamentais de seus alunos, que sofrem fortes influências do mundo globalizado. O ensino do Direito deve despertar o desejo pelo saber (sem tédio), através de estratégias e recursos visuais, sonoros, e toda maneira de criatividade e emoção.

E isso, sem sombra de dúvidas passa pela renovação e utilização das diversas e inovadoras metodologias, incluindo o modo dinâmico, criativo, divertido e não linear dos mapas mentais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Letícia da Silva; CASTRO, Raquel Carvalho Menezes de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Ensino jurídico e mapa mental*. (Pôster Aprovado – CONPEDI Brasília 2017). Linha de Pesquisa: Pesquisa e Educação Jurídica. Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- BUZAN, Tony. *Mapas mentais e sua elaboração*: um sistema definitivo de pensamento que transformará a sua vida. São Paulo: Cultrix, 2005.
- BUZAN, Tony. *Mapas mentais*: métodos criativos para estimular o raciocínio e usar ao máximo o potencial do seu cérebro. Rio de Janeiro: Sextante, 2009.
- BUZAN, Tony. *Use sua mente*: como desenvolver o poder do seu cérebro. São Paulo: Integrare, 2011.
- CASTRO, Claudio de Moura. *Você sabe estudar?* Quem sabe, estuda menos e aprende mais. Porto Alegre: Penso, 2015.
- CÔRREA, Miguel Angel Perez. *Mnemônica*. São Paulo: B4, 2015.
- ENGELMANN, Wilson. O ensino jurídico e os reflexos provocados pela globalização: a transdisciplinaridade como uma alternativa possível. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 36, n. 96, 2003.
- ENGELMANN, Wilson; BELLO, Enzo (org.). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. Caxias do Sul: Educs, 2015.
- FARIA, Larissa. Você é o que sua memória faz: a capacidade de arquivar e esquecer informações também influencia sua criatividade. In: PICCINATO, Ricardo (org.). *Segredos da Mente*: supermemória. Bauru: Alto Astral, 2016.
- FERREIRA, Maria Elisa de Mattos et al. *Universidade, cultura e transdisciplinaridade*: educação e transdisciplinaridade III. 2. ed. São Paulo: Triom, 2008.
- FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manuel de. *A Faculdade de Direito de Coimbra em Retrospectiva*. Portugal: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; BENEDITO, Luiza Machado Farhat; CARVALHO, Luisa Mendonça Albergaria de. A técnica dos mapas mentais como fonte metodológica inovadora no ensino jurídico brasileiro. *Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI* [Recurso eletrônico *on-line*] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito – FEPODI. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/qm2HW84ZHNIRwOnH.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

GABRICH, Frederico de Andrade; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. Ensino Jurídico por Meio de Imagens. *Revista Brasileira de Educação e Cultura*. Centro de Ensino Superior de São Gotardo. n. XIV. Jul.-Dez. 2016, p. 61-81. Disponível em: <file:///Users/sergiohenriqueszandonafreitas/Downloads/262-1068-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

GABRICH, Frederico de Andrade; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. Mapa mental no Ensino Jurídico. *Anais do V Congresso Internacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. 2016.

PICCINATO, Ricardo (org.). *Segredos da mente: supermemória*. Bauru: Alto Astral, 2016.

PICCINATO, Ricardo (org.). *Segredos da mente: superinteligência*. São Paulo: Alto Astral, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bárbara Silva. Ensino do Direito e Percepções Discentes. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

COORDENADORES

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestrado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista *Meritum* do PPGD/FUMEC. Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMDP. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus e Coordenador de GT Direito Público no CAED-Jus 2020. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Assessor Judiciário do Superintendente Adjunto da Superintendência Administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>

BRUNO PAIVA BERNARDES

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (aprovado com distinção), tendo sido bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig). Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas (2017). Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Professor de cursos Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, além de cursos preparatórios para o Exame da OAB e carreiras jurídicas. Tem experiência na área de Direito, inclusive na orientação de pesquisas, com ênfase em Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia da Pesquisa Científica. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0340-0328>

E-mail: contato@professorbrunobernades.com.br

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/7434470214268190>

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito PUC Minas. Coordenador do PPGD e do PPGMCult FUMEC. Editor Chefe Revista *Meritum*. Assessor TJMG. Pesquisa ProPic 2019-2020.

E-mail: sergiohzhf@fumec.br

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>

AUTORES

AILANA SILVA MENDES PENIDO

Mestre em Direito (Instituições Sociais, Direito e Democracia) pela Universidade FUMEC/MG. Estagiária Docente de Direito Privado da Universidade FUMEC. Integrou o Núcleo de Pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. Graduação em Direito pela Universidade FUMEC.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5289405290543051>

BRUNO ALVES APOLINÁRIO

Mestre e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM. Professor dos Cursos de graduação em Direito e em Fisioterapia, da FASEH. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Possui experiência nas áreas administrativa e judicial. Estudioso do Direito, com enfoque primordial no Direito Empresarial (Comercial), especificamente no Direito Concursal (Falência e Recuperação de Empresa). Palestrante e autor de artigos jurídicos.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1962538584083853>

DAN M. KRAF

Advogado, membro das ordens dos advogados do Brasil (MG) e Québec (Canadá), bacharel e mestre em Direito pela UFMG, mestre em Direito Financeiro Internacional (QMUL), professor e doutorando em Direito Bancário Comparado (Universidade de Montreal), sócio de Kraft Advogados Associados, especializado em negócios internacionais. Professor da 1ª turma de Contratos Mercantis da Faculdade de Direito da FUMEC, 1996.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/4674857698723790>

DANIEL MENDES BARBOSA

Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela FUMEC. Foi professor do Centro de Ensino Superior de Itabira e da Pós-Graduação em

Direito Processual Civil da FEVALE – UEMG. Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1114495020919354>

FELIPE BARTOLOMEO MOREIRA

Graduação em Direito pela Universidade FUMEC (2003) e pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Constitucional pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix (2005) e em Direito, Estado e Constituição pela Jurplac (2008). Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC (2018). Atualmente é advogado inscrito na OAB/MG e sócio administrador do escritório Bartolomeo Braga Advogados Associados e Palestrante. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2824188302435174>

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

Doutor, Mestre, Especialista em Direito Comercial/Empresarial e graduado em Direito pela mesma Universidade Federal de Minas Gerais (2007, 2000, 1993 e 1990). Professor Adjunto da Universidade FUMEC (desde 1995). Responsável pelas disciplinas Direito Empresarial I e II (graduação), Estratégias Jurídicas das Organizações (mestrado), Metodologia de Ensino Jurídico (mestrado), Direito, Arte, Literatura e Transdisciplinaridade (mestrado), Seminários de Pesquisa (mestrado). Coordenador de Projeto de Pesquisa, autor de livros e artigos científicos, e orientador de diversas dissertações de mestrado voltadas para Análise Estratégica do Direito, das Metodologias de Ensino e da Transdisciplinaridade. Diretor da Análise Estratégica, com experiência em negociação, mediação, arbitragem, direito societário, fusões e aquisições, estruturação de negócios, educação corporativa, design instrucional, inovação disruptiva. Conselheiro (voluntário) – Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial (Caminas).

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9297224411224412>

LETÍCIA DA SILVA ALMEIDA

Professora Universitária – Curso de Direito – Rede Pitágoras de Ensino Superior. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC. Associada e Pesquisadora do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Pesquisadora ProPic 2015-2020 FUMEC. Estagiária docente do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Universidade FUMEC. Articulista em periódicos e congressos nacionais e internacionais.

E-mail: leticiaalmeida2613@gmail.com

ORCID: 0000-0001-9710-2457.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2572470125751150>

LUIZA MACHADO FARHAT BENEDITO

Professora Universitária. Advogada. Mestra em Direito pela Universidade FUMEC (2015-2017). Especializada em Mediação pela ICFML [(Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos) junto à OAB/MG – 2016)]. Consultora da Transforming Ideas. Articulista em periódicos e congressos. Associada e Pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Assistente Judiciária do TJMG – 15 CACIV – Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga (2018). Representante Discente junto ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (2015-2017); Integrante do Núcleo de Pesquisa do PPGD da Universidade FUMEC e Estagiária Docente. Pesquisadora no projeto de pesquisa com fomento da Fapemig: - Design Instrucional e Inovação das Metodologias do Ensino Jurídico-, coordenado pelo Professor Dr. Frederico de Andrade Gabrich. Bolsista do Projeto de Pesquisa e Iniciação Científica PROPIC 2015-2016. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC (2012). Monitora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade FUMEC (2010 e 2011). Lecionou no SENAC/MG (2017-2018). Leciona na Faculdade FASEH desde 2018.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9301354857281204>

MARINA VELOSO MOURÃO

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012), LL.M. in *International Business Law* (Master 1) pela Université Catholique de Lyon (2013), Especialização em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017), Mestrado profissional em *Droit de la propriété intellectuelle – Droit du design* pela Université Lumière Lyon 2 (2014) e Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (2020).

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1641460734552189>

MATHEUS BONACCORSI FERNANDINO

Advogado, mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Doutorando pela Universidade de Coimbra, Portugal. Sócio e diretor do escritório Matheus Bonaccorsi. Advocacia e Consultoria Empresarial.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0828659479086602>

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito PUC Minas. Coordenador do PPGD e do PPGMCult FUMEC. Editor Chefe Revista *Meritum*. Assessor TJMG. Pesquisa ProPic 2019-2020.

E-mail: sergiohzhf@FUMEC.br

ORCID: <http://orcid.org/0000000271984567>

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>

UYARA VAZ DA ROCHA TRAVIZANI

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Mestre pela Universidade FUMEC, na linha de pesquisa de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. Advogada consultora em modelagem jurídica para concessões e parcerias público-privadas. Professora universitária na Univeritas. Professora de cursos preparatórios para concursos.

Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9244824514795628>