

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
Direito dos Negócios – Turma 2019

TRATAMENTO JURÍDICO DOS PASSIVOS OCULTOS EM CONTRATO DE M&A

Bernardo Coelho Rezende Vieira

Projeto de dissertação de mestrado apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.
Orientadora: **Lie Uema do Carmo**

São Paulo
30.09.2019

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E TRATAMENTO PRETENDIDO

O tema que será desenvolvido é o do tratamento jurídico dos passivos ocultos em contratos de m&a. O assunto será tratado no contexto que atualmente não há regras claras sobre quais remédios jurídicos são aplicáveis aos passivos ocultos em contratos de m&a, incluindo neste ponto, os vícios redibitórios, que são motivos de discussão entre doutrinadores, havendo entendimentos em sentidos opostos.

Como pano de fundo para o tema escolhido e pesquisa, temos um ambiente de operações de M&A permeado de importação de conceitos, cláusulas e modelos, principalmente da *common law*, mais especificamente de operações oriundas dos Estados Unidos, onde determinados procedimentos já são adotados há várias décadas. Conjugado aos crescentes investimentos realizado no Brasil nas últimas duas décadas, o que culminou com o crescimento das operações de M&A, bem como a internacionalização cada vez maior dos investimentos e operações, que gera um efeito de pressão externa na formulação dos contratos, já que a maioria dos estrangeiros estão adquirindo empresas no Brasil, temos um ambiente jurídico permeado de incertezas jurídicas.

De outro lado, pela crise enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, bem como com a crescente fiscalização em setores como tributário, trabalhista e ambiental, seja pelo aperto contra práticas que visavam a redução de pagamento de imposto, seja pela dificuldade de atender as inúmeras regras brasileiras, em especial tributárias, o que gera inúmeros passivos ao longo dos anos e que torna os processos de aquisição de empresas demorados e custosos pela necessidade de efetuar auditoria completa.

Além disso, afora os conceitos, cláusulas e modelos importados, a própria legislação brasileira não é suficientemente clara sobre os procedimentos de aquisição e as limitações de responsabilidade de compradores e vendedores, vide que as regras utilizadas para aquisição de participação ou controle acionário são as mesmas utilizadas para toda e qualquer aquisição de bens ou direitos, como por exemplo, a aquisição de uma casa, não havendo uma especialidade ou regra especialmente criada para este procedimento.

Por fim, além da falta de regramento específico, as decisões em âmbito judicial não trazem segurança jurídica para os participantes do mercado, seja pela falta de varas especializadas, pelo universo reduzido de decisões, falta de qualidade das decisões, ou pelo fato das principais operações possuírem cláusula de arbitragem para solução de conflitos, sendo que em arbitragem as decisões

possuem caráter sigiloso, carecendo o mercado de informação sobre como determinadas matérias são decididas, o que gera assimetria informacional e a manutenção da insegurança jurídica nas operações.

Dentro deste cenário de incertezas, assimetria de informação e insegurança jurídica, pretendo, na medida do possível, abordar os seguintes assuntos:

(a) primeiro irei abordar e tentar consolidar os principais problemas enfrentados em relação aos passivos ocultos em operações de m&a, seus impactos na negociação, redação de instrumentos contratuais e efeitos pós-contratuais;

(b) na sequência, tentarei identificar quais os remédios jurídicos existentes na legislação brasileira que podem ser utilizados para tratar os passivos ocultos em contrato de m&a, seu alcance e forma de abordagem contratual;

(c) frente aos dispositivos legais identificados, abordarei analiticamente as principais questões que envolvem os passivos ocultos, incluindo a determinação da aplicabilidade ou não dos vícios redibitórios aos passivos ocultos em contrato de m&a e suas vertentes e variações;

(d) por fim, diante das conclusões obtidas, tentarei propor os melhores mecanismos para lidar juridicamente com os passivos ocultos, seja via contratual, através de disposições contratuais ou através de procedimentos judiciais.

A organização final dos temas propostos não necessariamente seguirá a ordem detalhada acima e poderá ser reorganizada para fins de melhor exposição e desenvolvimento de ideias, compreensão do interlocutor e apresentação do trabalho.

2. PRINCIPAIS QUESTÕES OU PROBLEMAS

Dentre as questões e problemas envolvendo o estudo sobre o tratamento jurídico dos vícios redibitórios, pode-se destacar o seguinte:

- (i) O que são passivos ocultos em contratos de m&a?
- (ii) Qual o tratamento contratual geralmente dado aos passivos ocultos em contrato de m&a? Existe uma cláusula geralmente utilizada para proteção dos passivos ocultos?

- (iii) Quais os principais problemas enfrentados quando da descoberta de um passivo oculto? Existe problema na sua quantificação?
- (iv) Qual a fundamentação jurídica para reparação dos danos causados pela descoberta de passivos ocultos?
- (v) Qual o tratamento dado pelo Código Civil para reparação dos passivos ocultos descobertos após a celebração do contrato?
- (vi) Dentre os remédios jurídicos previsto na legislação, podem os vícios redibitórios serem aplicados para passivos ocultos em contrato de m&a?
- (vii) Em caso de aplicação dos vícios redibitórios, poderiam as partes estipular prazo superior ao estabelecido no código civil?
- (viii) Existe alguma extensão do dano causado pelo passivo oculto para aplicação de eventual desfazimento do negócio?
- (ix) O remédio aplicável para os passivos ocultos poderia variar conforme o nível de sofisticação das partes?
- (x) Pode-se equiparar a compra e venda de participação societária à alienação de controle acionário?
- (xi) O inadimplemento de declarações e garantias é fundamento para a aplicação da disciplina de vícios redibitórios?
- (xii) Qual o tratamento deveria ser dado pela administração da sociedade em caso de descoberta de passivo oculto? Existe solução continuidade? Cabe aos administradores o dever de mitigar o passivo descoberto?
- (xiii) Qual a melhor estratégia contratual para vendedores e compradores para evitar eventual discussão sobre passivos ocultos?

(xiv) Diante daquilo que foi explorado no trabalho e em consonância com as normas legais, como elaborar cláusulas contratuais para melhor disciplinar os passivos ocultos em contratos de m&a? Quais as cautelas que devem ser adotadas na redação contratual?

3. JUSTIFICAÇÃO DA RELEVÂNCIA PRÁTICA E DO POTENCIAL INOVADOR

Apesar do tema m&a ser cada vez mais abordado em trabalhos acadêmicos, até o momento a questão específica do tratamento jurídico dos passivos ocultos tem sido pouco discutida, em especial, questões como a aplicabilidade dos vícios redibitórios.

A pouca base academia existente aponta para lados opostos. De um lado, Calixto Salomão Filho, em obra de Calixto Salomão Filho¹, defendia ser possível aplicar os vícios redibitórios em processos de aquisição de participação ou controle acionário.

De outro lado, em obra recente, Gabriel Buschinelli² rebate Calixto Salomão Filho, indo pelo caminho da impossibilidade de adoção dos vícios redibitórios.

Entretanto, em nenhuma das obras o assunto é tratado com maior minúcia, o que se traduz numa conversa apenas superficial sem base exploratória do porque sim ou porque não, fato que impede que os profissionais do direito consigam ter maior certeza na hora de redigir contratos e realizar operações.

A ideia é formular trabalho que aborde de forma mais específica o assunto, algo que ainda não foi feito, elaborando uma obra que possa ser considerada como referência na matéria, ou ao menos tentar ao máximo, via construção lógica do argumento, chegar mais próximo de alguma das respostas, seja pela viabilidade ou não da aplicação dos vícios redibitórios e eventuais consequências, bem como tentar identificar o melhor tratamento para os passivos ocultos, seja via judicial ou contratual.

¹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e vendas de participações societárias de controle. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2018

4. FONTES DE PESQUISA E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO

O trabalho utilizará o método exploratório como forma de investigação e construção do conteúdo. Para tanto, será utilizada a doutrina nacional e estrangeira, principalmente em matéria de direito civil, bem como em matéria de direito empresarial.

De outro lado, buscarei tentar identificar eventuais precedentes judiciais que possam ajudar na construção dos argumentos, caso existentes.

4. FAMILIARIDADE COM OBJETO DA PESQUISA

Atuo profissionalmente na área societária, participando de operações de m&a, bem como de discussões pós m&a relativas aos passivos ocultos identificados e seu tratamento. Também tenho atuação na área contratual, que servirá como pilar fundamental para investigação e abordagem dos elementos que serão desenvolvidos na pesquisa.

6. LITERATURA ESPECIALIZADA E OBRAS DE REFERÊNCIA

ANAN, JÚNIOR, Pedro. Fusão, cisão e incorporação de sociedades: teoria e prática. 3. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa-Fé na Formação dos Contratos. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 3, setembro/dezembro 1992.

BOTREL, Sergio. Fusões & aquisições. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2013.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e vendas de participações societárias de controle. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. Reorganização societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. li.

FABRETTI, Lúaudio Camargo. Fusões, aquisições, participações e outros instrumentos de gestão de negócios: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2005.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HALEMBECK, Luiz Fernando Amaral. Compra e venda de sociedades fechadas. In: ROVAI, Armando Luiz; M URRAY NETO, Alberto. As sociedades por ações na visão prática do advogado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LAJOUX, Alexandra Reed; NESVOLD, H. Peter. The art of M&A structuring. New York: McGraw-Hill, 2004.

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Fusões e Aquisições: Aspectos Fiscais e Societários. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi; VEIGA, Elisa Yamasaki. Aplicação do novo código civil nos contratos empresariais: modelos contratuais empresariais. São Paulo: Manole, 2004


PEREIRA, Guilherme Cunha. Alienação do Poder de Controle Acionário. São Paulo: Saraiva, 1995.

PONTES, Evandro de. Representations & warranties no direito brasileiro. 1ª edição- São Paulo: Almedina, 2014.


WARDE JR., Walfrido Jorge (coord.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

7. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO


Atividades	2019						2020												2021			Total de Horas	
	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar		
Levantamento da bibliografia	20	20																					
Revisão bibliográfica			10																				
Análise e Fichamento			15	20	15	10																	
Redação					10	15	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20			
Revisão																					18	18	
																						431	



Versão Preliminar



Versão Intermediária



Versão Provisória

8. SUMÁRIO PRELIMINAR

1. Introdução;
2. Passivos ocultos em contratos de m&a: impactos, tratamento contratual e problemas jurídicos gerados;
3. Remédios jurídicos para tratamento dos vícios ocultos;
4. Vícios redibitórios: aplicáveis ou não na aquisição de participação societária?
5. Conclusão propositiva.