

# O DIREITO PREVENTIVO NO ÂMBITO EMPRESARIAL:

## A Função da Atividade Consultiva Contratual Como Mecanismo de Prevenção ao Passivo Litigioso

*Inaiê Damas Polidoro*<sup>1</sup>

*Luís Eduardo Valêncio de Oliveira*<sup>2</sup>



### 1. Introdução

As empresas, não somente no Brasil, mas no mundo inteiro, são de extrema importância para a sociedade, pois representam sua maior fonte geradora de riqueza, constituindo-se como um dos grandes pilares

*1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUC/PR); Advogada do Setor Cível Consultivo no Escritório Salamacha, Batista, Calixto & Abagge - Advocacia.*

*2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Estagiário de Direito do Setor Cível Consultivo no Escritório Salamacha, Batista, Calixto & Abagge - Advocacia.*

res do desenvolvimento social e econômico.

Como consequência de sua relevante importância na sociedade atual, as atividades empresariais tornaram-se cada vez mais complexas, exigindo, por conseguinte, cada vez mais qualificação e profissionalismo do empresário e seus empregadores.

Tais mudanças também resultaram em uma maior complexidade nas relações comerciais entabuladas entre as pessoas, sejam naturais ou físicas, de forma que os cuidados a serem tomados, antes de celebrar um negócio jurídico, devem ser cada vez maiores.

Nesse sentido, originaram-se aspectos um tanto quanto negativos, inerentes aos riscos atribuídos ao exercício de tais atividades, que dada a sua complexidade, também se tornaram mais difíceis de serem mitigados ou evitados.

Mais precisamente, busca-se, por meio deste artigo, elencar os riscos incidentes na atividade empresarial no âmbito judicial, cuja morosidade e altos custos processuais tornam-se excessivamente onerosos e prejudiciais ao seu exercício.

É de conhecimento geral que a empresa possui como cerne de sua finalidade a obtenção de lucros, devendo, para tanto, impedir prejuízos, quaisquer que sejam. Sabendo disso, a postura ideal a ser adotada pelo empresário é a de prevenção, de modo que os riscos sejam localizados e evitados antes mesmo de um eventual litígio judicial, sendo, dessa forma, a maneira mais eficaz e menos custosa.

Dentre as ferramentas de prevenção, busca-se, especificamente, por meio deste artigo, exteriorizar a importância da atividade consultiva contratual em uma empresa, como ferramenta de prevenção ao passivo litigioso.

## 2. O Empresário no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A noção de empresário foi positivada em nosso ordenamento jurídico com a advinda do Código Civil de 2002<sup>3</sup>, conceituando-o, por meio de seu artigo 966, como quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Derivou-se tal conceito do artigo 2.082 do Códice Civile Italiano<sup>4</sup>, considerado um grande divisor de águas para o direito empresarial, pois adotou legislativamente a chamada teoria da empresa, também acolhida posteriormente pela legislação brasileira.

A Teoria da Empresa, que sucedeu a Teoria dos Atos de Comércio, centra-se na concepção da atividade econômica, denominada empresa, utilizando como critério de distinção o meio utilizado para a produção ou circulação de bens ou serviços, que deve ser exercido de forma necessariamente profissional e organizada.

Sobre o profissionalismo, ele está atrelado à habitualidade do exercício da atividade pelo empresário, que não pode ser considerado como tal, caso a exerça de forma esporádica.

Outro ponto destacado pela doutrina, acerca do profissionalismo, é a pessoalidade, que se traduz na concepção de que a atividade empresarial é exercida exclusivamente pelo empresário, independentemente de haver ou não empregados para produção dos bens ou prestação dos serviços. Diferencia-se, portanto, com essa noção, o empregado do empresário.

Em sequência, sabe-se que o empresário, para atingir sua finalidade, que é a obtenção de lucros, deve contratar empregados, encarregados da produção e circulação de seus bens ou serviços. Dessa ma-

3 BRASIL. Lei sob nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

4 Artigo 2082. Código Civil Italiano de 1942. “E’ imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.”

neira, a organização da atividade empresarial é essencial, de forma que, tanto o empresário, que a exerce pessoalmente, quanto os empregados, que a exercem em nome daquele, busquem, de forma coordenada, o lucro.

Tecidas essas breves considerações sobre a figura do empresário, adotada por nosso ordenamento jurídico, passa-se a expor, no próximo capítulo, os riscos inerentes a tais atividades, no âmbito judicial, bem como a postura que deve ser evitada diante dessas situações, para que então, proceda-se às ferramentas de prevenção.

### **3. A Morosidade Processual e seus (minúsculo) Efeitos à Empresa**

A morosidade processual no Brasil é evidente, e é causada por uma vasta gama de motivos que afligem o Poder Judiciário Brasileiro, de forma a comprometer a obtenção da tutela jurisdicional às partes integrantes do processo que, em decorrência de sua demora, são imensuravelmente prejudicadas.

Como forma de combater essa inefetividade da prestação jurisdicional, elevou-se o princípio da duração razoável do processo à categoria de direito fundamental e garantia constitucional, por meio da emenda nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”<sup>5</sup>

Importante destacar que este princípio não busca estabelecer um prazo predeterminado para a conclusão do processo, o que não se pode tolerar, segundo Humberto Theodoro Junior, “é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços

judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis”<sup>6</sup>.

De qualquer modo, em que pese haja uma ampla discussão doutrinária, aliada às mudanças legislativas dos últimos anos, objetivando melhorias no processo judicial, a morosidade inerente a sua duração continua afetando sua efetividade.

Segundo o relatório Justiça em Números, apresentado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, apresentando, ainda, uma taxa de congestionamento de 68,5%, sendo que ingressaram no judiciário, no referido período, 30,2 milhões de novos processos. Por fim, o relatório aponta que o tempo médio de tramitação dos processos, especificamente da Justiça Estadual, é de 5 anos e 4 meses<sup>7</sup>.

Além disso, insta salientar que a duração do processo é influenciada por diversas particularidades, sendo uma delas, sua complexidade.

Nesse sentido, ao estarmos diante de um litígio originário de uma relação comercial, entre empresas, conforme já destacado anteriormente, sua complexidade é acima da média, particularidade que acaba elevando ainda mais a duração do processo nestes casos.

Sobre a morosidade e seus efeitos às partes, Pugliese e Salama

5 BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

6 JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 65 e 66.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020.

destacam que “o tempo de espera por uma decisão definitiva gera elevado custo para os envolvidos, porque privados dos bens ou direitos sub judice durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo”<sup>8</sup>.

Tal aspecto é extremamente oneroso às empresas, tendo em vista que, para o exercício de sua atividade, dependem do constante fluxo de capital, destinado para investimentos e demais operações comerciais.

Como reflexo dessa ineficiência, gera-se, ainda, uma insegurança entre os empresários que, com o receio de eventuais prejuízos, acabam deixando de celebrar contratos comerciais, interferindo no desenvolvimento econômico do País.

Por fim, aliando-se a privação dos bens, durante o trâmite processual, não podemos ignorar os custos impassíveis de avaliação econômica, quais sejam, preocupação, insossego, insegurança e desconfiança, que, muitas vezes, correspondem a danos maiores que até mesmo os prejuízos financeiros.

Ante ao exposto, tornam-se indubitáveis os malefícios causados a uma empresa que, observada sua finalidade de obtenção de lucro, deve evitar litígios judiciais de todas as formas, sendo, para tanto, necessário utilizar dos métodos mais eficientes de prevenção.

*8 PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista GV, São Paulo, v. 7, p. 20, jan/jun. 2008 apud JÚNIOR, João Carlos Leal; BALEOTTI, Francisco Emilio. Impactos da morosidade judicial na atividade empresarial e a busca de soluções. Londrina: Scientia Iuris, 2013, p. 74.*

#### 4. Adoção de Métodos Preventivos pelo Empresário

A lentidão da tutela jurisdicional, sem dúvidas, deve ser combatida por meio de mudanças legislativas, melhorias no aspecto funcional do poder judiciário e dentre tantas outras possibilidades que são objeto de discussões doutrinárias. Todavia, não podemos ignorar a função das demais partes integrantes do processo, mais precisamente, das empresas, neste quesito.

É necessária a adoção de uma postura preventiva no exercício da atividade empresarial, de forma a superar a conduta reativa, tradicionalmente utilizada pela sociedade brasileira.

Todas as pessoas já escutaram a frase de que é melhor prevenir do que remediar. Muito embora ela seja utilizada, na maioria das vezes, pela medicina, também podemos aproveitar essa noção à atividade empresarial, por via do direito preventivo.

A conduta reativa, utilizada classicamente no Brasil, busca, como o próprio nome já diz, reagir a um problema, todavia, sua particularidade que a torna ineficaz e onerosa é o fato de que apenas é exercida após o surgimento do problema.

Associando tal conduta ao âmbito empresarial, nota-se que muitas empresas somente buscam assessoria jurídica para a movimentação de litígios judiciais já instaurados, não se atentando ao fato de que, mediante a adoção de uma postura preventiva, poderiam facilmente evitá-los.

Alcança-se essa prevenção mediante a gestão de riscos, que, especificamente no âmbito contratual, será demonstrada a seguir.

#### 5. A Atividade Consultiva Contratual como Método de Prevenção

Como já demasiadamente exposto, muito do litígio judicial poderia ser evitado com a gestão de análise prévia dos riscos, especialmente no âmbito contratual. Os riscos, em suma e de maneira genérica, podem se destacar em: credibilidade (imagem da empresa), crescimento da empresa e custos.

Experimentando a importância do Direito Preventivo, o ramo jurídico que mais carece da prestação de serviços advocatícios é com relação à elaboração e revisão de instrumentos contratuais, que, neste artigo, especialmente, analisou-se os de âmbito cível (relações comerciais).

A ideia principal é que a empresa possua contratos específicos e especializados para seu ramo de negócio, a fim de que não se submetam a um exame equivocado, ocasionando insegurança e prejuízos ao empresário.

A internet dispõe de um grande arsenal de modelos de contratos, contudo, são bastante simplórios e nada personalizados, não dispondo de requisitos básicos para a celebração do negócio jurídico, muitas vezes com cláusulas abusivas que deixam a relação completamente desproporcional e inviável ao empresário, além de eventualmente invalidar a execução direta do contrato. Por exemplo, para que um contrato seja qualificado como título executivo extrajudicial, isto é, que pode ser executado de imediato perante o judiciário sem um processo de conhecimento, a exigência é que o mesmo contenha as assinaturas dos contratantes, mas, além delas, que duas testemunhas também confirmem.

A análise crítica de um instrumento jurídico tem por intenção minimizar a desproporção ou desequilíbrio das prestações, sendo analisadas a prestação e contraprestação, a fim de que o contrato se torne equalizado, em outras palavras, restando atrativo para ambas as Partes, pois passarão a repartir os riscos.

Nas relações de prestação de serviços, como de fornecimento, a



título exemplificativo, deve-se deixar claro o escopo do objeto contratual, como também as garantias quanto à entrega e as de cunho pecuniário, para que não haja redução na expectativa de retorno.

Outro típico modelo de contrato com que os empresários se deparam são os de adesão, que, muitas vezes, são “imutáveis” por suas cláusulas já predispostas pelas grandes empresas fornecedoras de serviços. Nestes casos, cabe ao corpo jurídico, ao menos, identificar e elencar todos os pontos relevantes, assim alertando todos os pontos que possam futuramente causar danos ao contratante, restando desta forma, a critério do cliente a celebração do contrato ou não.

Importante destacar, finalmente, que o encerramento da relação contratual não precisa se dar necessariamente perante o Judiciário, mas, sim, podem ser finalizadas via distrato contratual, de forma extrajudicial. Desta formalização, as partes não restarão isentas de suas obrigações pós-contratuais, pelo contrário, passarão a serem credor/devedor uma da outra.

Destarte, uma vez identificados os riscos relevantes, é necessária a sua alocação, ou seja, a clara e objetiva responsabilização de cada parte na hipótese de sua ocorrência, como forma de esclarecer, detalhe por detalhe, os efeitos inerentes à relação comercial a ser entabulada, bem como possíveis ônus e penalidades originárias de eventuais descumprimentos ou, até mesmo, do encerramento da relação.

## **6. Conclusão**

Chega-se à conclusão, por meio deste artigo, que o ponto importante a ser destacado é o fato de que, qualquer que seja a modalidade contratual a ser celebrada, como consequência de seus efeitos, sempre serão gerados riscos às partes contratantes, que devem ser mitigados

ou até mesmo evitados por meio de métodos preventivos, diversos à resolução judicial.

Exterioriza-se, por conseguinte, a importância da intervenção jurídica no âmbito empresarial, como ferramenta de prevenção ao passivo litigioso, tendo em vista que, por meio desta mediação, torna-se possível a prévia orientação ao empresário.

Ainda, buscou-se afastar a concepção de que a intervenção jurídica, prévia à celebração de uma relação comercial, pelo fato de exteriorizar os riscos inerentes à aquela, acaba dificultando a promoção do vínculo entre as partes contratantes. A realidade é exatamente o oposto, pois garante ao empresário segurança antes de firmar o negócio jurídico.

À luz das considerações expedidas, revela-se inequívoco que a atuação preventiva das empresas, por meio de uma intervenção jurídica em suas atividades, inerentes a relações contratuais, além de compreender um método muito mais eficaz e menos custoso, é de extrema relevância à economia em geral, pois garante segurança aos empresários que, ao adquirirem vínculo comercial com outra pessoa, buscam o lucro e desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de empresa. 28ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário.

MARTINS, Daiana Souza da Silva. A Atividade Empresarial na Ordem Econômica Brasileira: uma análise da importância da função e da responsabilidade social das empresas. 2010. Monografia de Graduação – Universidade do Sul de Santa Catarina, 2010.

JÚNIOR, João Carlos Leal; BALEOTTI; Francisco Emilio. Impactos da morosidade judicial na atividade empresarial e a busca de soluções. Londrina: Revista Scientia Iuris, 2013.

CARVALHO, Nathalie de Paula. A análise econômica do Direito e a moderna atividade

empresarial. Fortaleza: Revista Jurídica da FA7, 2009.

FERNANDEZ, João Alberto da Costa Ganzo. A caracterização da atividade empresária: Identificação dos elementos de empresa sob a ótica sistêmica. Santa Catarina: Revista da ESMESC, 2010.

SOARES, Sandra Maria Wanderley dos Santos. O direito e a gestão preventiva: Uma visão diferenciada para a mitigação dos riscos jurídicos. 2019. Monografia de Pós-graduação – Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei sob nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

ITÁLIA, Codice Civile, Costituzione e leggi speciali. Ilano: Giuffrè, 1991.

CHAVES. William Fernandes. Direito reativo x Direito preventivo. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278499/direito-reativo-x-direito-preventivo>>. Acesso em 28/05/2021.