

# Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2011 (29. Jahrgang)  
Juni 2011**

## **Inhalt**

<b>Vorankündigung und Programm der XXX. Jahrestagung in Santos.....</b>	<b>1</b>
<b>Bericht zur XXIX. Jahrestagung in Zürich (Jan Peter Schmidt).....</b>	<b>5</b>
<b>A Aquisição de Controle de Companhias Abertas no Brasil: Por uma Disciplina Atenta às Diferentes Estruturas Acionárias (Sheila Christina Neder Cerezetti).....</b>	<b>15</b>
<b>Decisão do Supremo Tribunal Federal confere efeitos jurídicos às uniões homossexuais – Comentários (Renata Curzel).....</b>	<b>29</b>
<b>Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht (Andreas Grünewald).....</b>	<b>34</b>
<b>Interna DBJV.....</b>	<b>36</b>

# Impressum

---

## **Herausgeber:**

### **Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.**

Vereinsregister Nr. 8076,

Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

## **Vorstand:**

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,  
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Zilveti e Sanden Advogados Associados,  
Av. Paulista, 1.499 – 20º andar, 01311-928 São Paulo – SP / Brasilien;

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz;

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück;

Dr. Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für  
ausländisches und internationales Privatrecht, Mittelweg 187, 20148 Hamburg

## **Sekretariat:**

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück  
Tel.:+49 (0)541 331 1015; Fax: +49 (0) 541 685 4697; e-Mail: info@dbjv.de

---

## **Redaktion der Mitteilungen:**

Ivens Henrique Hübert, Hamburg

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

e-mail: schmidt@mpipriv.de

Die DBJV im Internet: **www.dbjv.de**

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

## **Ankündigung und Programm der XXX. Jahrestagung der DBJV**

---

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

die diesjährige Tagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. wird vom 16.-19. November 2011 in Santos stattfinden. Wir bleiben damit unserem Rhythmus treu und versammeln uns genau vier Jahre nach Rio 2007 wieder in Brasilien.

Unser diesjähriges Thema „Herausforderungen der Justiz in Brasilien und Deutschland“ berührt Grundfragen des Rechts, die von drängender Aktualität sind. Während der letzten Jahrzehnte hat sich in zunehmendem Maße gezeigt, dass sich Konfliktlagen in einer pluralistischen Gesellschaft oftmals nur unzureichend mittels Gesetzen und formalen Verwaltungsverfahren lösen lassen. Umstrittene Großprojekte wie „Stuttgart 21“ in Deutschland oder der geplante Bau der Wasserkraftwerks „Belo Monte“ in Brasilien legen beredtes Zeugnis hiervon ab. Mangels einer Lösung solcher Streitigkeiten an den vom Rechtssystem eigentlich vorgesehenen Stellen werden diese früher oder später an die staatlichen Gerichte herangetragen, die damit vor komplexe und oft neuartige Aufgaben gestellt werden.

Der so skizzierten Problemstellung werden wir uns von verschiedenen Seiten nähern. Zunächst wird die

Rolle des brasilianischen *Ministério Público* erläutert, für das es im deutschen Recht kein institutionelles Pendant gibt, dessen Kenntnis aber unabdingbar ist für das Verständnis des brasilianischen Justizwesens und des brasilianischen Rechtssystems überhaupt. Sodann werden wir Fragen der prozessualen Geltendmachung von Gemeinwohlinteressen nachgehen. Das brasilianische Recht kennt hier im Unterschied zum deutschen, das grundsätzlich nur dem individuell Betroffenen ein Klagerecht zugesteht, das praktische sehr bedeutsame Instrument der *ação civil pública*. Auch in Deutschland und Europa gibt es aber in jüngerer Zeit die Tendenz, die Klagerechte etwa von Umweltverbänden deutlich auszuweiten. Eine in Zusammenarbeit mit der Konrad-Adenauer-Stiftung organisierte Podiumsdiskussion unter Beteiligung von politischen Akteuren aus Deutschland und Brasilien ist dem Thema gewidmet, in welchem Umfang von Großprojekten betroffene Bürger oder Volksgruppen sowie Nichtregierungsorganisationen in Planungsverfahren einbezogen werden können und sollten. Und schließlich werden zwei hochrangige Vertreter der brasilianischen und der deutschen Richterschaft erörtern, wie es um die Unabhängigkeit der Justiz in den jeweiligen Ländern bestellt ist und in welchem Maße sie sich an die Entscheidun-

gen des Gesetzgebers gebunden fühlt.

Wir können also auch in diesem Jahr mit einer hochinteressanten Tagung rechnen. Der Vorstand hofft auf rege Teilnahme. Auch Nicht-Mitglieder sind herzlich willkommen! Sofern sich noch Änderungen ergeben, können Sie das endgültige

Tagungsprogramm jederzeit unter [www.dbjv.de](http://www.dbjv.de) aus dem Internet herunterladen.

Auf ein baldiges Wiedersehen!

für den Vorstand

Dr. Jan Peter Schmidt

## **Desafios da Justiça no Brasil e na Alemanha**

### **Herausforderungen der Justiz in Brasilien und Deutschland**

#### **Programm / Programa**

#### **XXX. Jahrestagung 2011 / Congresso Anual**

**Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.  
Associação de Juristas Alemanha-Brasil**

**16. bis 19. November 2011**

**Santos / Brasilien**

**Mittwoch / Quarta-feira, 16. de novembro de 2011**

19h00            Informeller Begrüßungsabend / Recepção informal de boas vindas  
Local:

**Donnerstag / Quinta-feira 17. de novembro de 2011**

**Local do congresso: Unisantos – Universidade Católica de Santos**  
**Av. Conselheiro Nebias, 300, Vila Mathias**

09h00            Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento

09h45            Begrüßungsansprachen / Ceremônia de abertura

Reitor **Prof. Me. Marcos Medina Leite**, Unisantos  
**Dr. Jan Curschmann**, Vorsitzender / Presidente da DBJV  
**Matthias von Kummer**, Consul Geral da Alemanha, São Paulo

10h30            Eröffnungsreferat / Palestra de abertura  
**Eugênio Aragão**, Ministério Público, Brasília:  
“Políticas Públicas e Defesa dos Direitos da Cidadania no Âmbito da Atuação do Ministério Público / Politik im Interesse des Gemeinwohls und Anwaltschaft für Bürgerrechte im Aufgabenbereich des Ministério Público”, mit anschließender Diskussion / com debate

12h30            Mittagessen / Intervalo para almoço

14h30            **Prof. Dr. Nelson Nery Jr.**, Pontificia Universidade Católica de São Paulo  
“A Ação Civil Pública do Direito Brasileiro como Instrumento para a Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos / Die Ação Civil Pública des brasilianischen Rechts als Mittel zum Schutz diffuser und kollektiver Interessen“, mit anschließender Diskussion / com debate

16h00            **Prof. Dr. Harald Koch**, Humboldt-Universität zu Berlin  
„Die prozessuale Geltendmachung von Gemeinwohlinteressen in Deutschland und Europa / A Defesa dos Interesses Públicos nos Processos de Justiça na Alemanha e Europa“, com debate / mit anschließender Diskussion

20h00            Abendveranstaltung – Jantar  
Local:

**Freitag / Sexta-feira, 18 de novembro de 2011**

- 9h30 Fortsetzung der Tagung – Continuação do Congresso
- 10h00 **Prof. Dr. Sérgio Servulo da Cunha**, Universidade Católica de Santos, e NN, São Paulo (auf Einladung der KAS)  
“Dissidência Civil e Participação de ONGs nos Processos da Justiça no Brasil / Bürgerprotest und Beteiligung von NGO’s an Verfahren der brasilianischen Justiz”, mit anschließender Diskussion / com debate
- 11h30 NN, Alemanha (auf Einladung der KAS)  
“Dissidência Civil e Participação de ONGs nos Processos da Justiça na Alemanha / Bürgerprotest und Beteiligung von NGO’s an Verfahren der deutschen Justiz”, mit anschließender Diskussion / com debate
- 13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço
- 14h30 **Dr. Inga Schmidt-Syaßen**, Vors. Richterin a.D. am OLG Hamburg  
“A Autonomia do Poder Judiciário e a Independência do Juiz na Alemanha / Die Autonomie der Justiz und die Unabhängigkeit des Richters in Deutschland”, mit anschließender Diskussion / com debate
- 16h00 **Dr. Sidnei Agostinho Beneti**, Ministro do STJ, Brasília  
“A Autonomia do Poder Judiciário e a Independência do Juiz no Brasil / Die Autonomie der Justiz und die Unabhängigkeit des Richters in Brasilien”, mit anschließender Diskussion / com debate
- 20h00 Festliches Abendessen – Jantar Solene  
Local:

**Samstag / Sábado, 19 de novembro de 2011**

- 10h00 Passeio pelo centro histórico de Santos / visita ao Museu do Café

(Stand: 23. Mai 2011)

**Bericht zur XXIX. Jahrestagung der DBJV:  
„Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation in Deutschland  
und Brasilien –  
Arbitragem e Mediação na Alemanha e no Brasil“<sup>1</sup>**

Jan Peter Schmidt

---

1. Die Schiedsgerichtsbarkeit hat in Brasilien während der letzten Dekade einen beeindruckenden Aufschwung erlebt<sup>2</sup>. Diese Entwicklung näher zu beleuchten und mit den Erfahrungen in Deutschland zu vergleichen, war Thema unserer XXIX. Jahrestagung, die vom 18.-21.11.2010 in Zürich stattfand. Dass wir nach Luxemburg 1991 zum zweiten Mal einen Tagungsort im europäischen Ausland gewählt hatten, hing nicht nur mit der Thematik zusammen, sondern war vor allem der Initiative von *Martin Wiebecke* zu verdanken. Er übernahm in enger Abstimmung mit dem Vorstand die Organisation vor Ort, die sich vor allem in der Raumfrage zunächst recht schwierig gestaltete. Martin ließ sich aber nie aus der Ruhe bringen und sorgte – soviel kann hier schon vorweggenommen werden – für eine in jeder Hinsicht gelungene Veranstaltung. Hierfür sei ihm im Namen der Vereinigung nochmals herzlich gedankt! Sehr erfreulich ist auch, dass die Tagung trotz der für viele weiten Anreise mit gut 80 Teilnehmern aus Deutschland, Brasilien

und der Schweiz sehr gut besucht war und sich neben den zahlreichen „Stammgästen“ auch viele neue Gesichter fanden.

In seiner Eröffnungsansprache würdigte unser Präsident *Dr. Jan Curschmann*, seit 2010 bekanntlich auch brasilianischer Honorarkonsul für Hamburg und Schleswig-Holstein, die besondere schiedsrechtliche Tradition der Schweiz und gerade auch der Stadt Zürich. Als Marksteine für die Etablierung der noch jungen brasilianischen Schiedskultur nannte er das Schiedsgesetz von 1996<sup>3</sup>, die höchstrichterliche Feststellung seiner Verfassungsmäßigkeit in 2001 und den Beitritt Brasiliens zum New Yorker Übereinkommen im Jahr 2002. Die brasilianische Botschafterin in der Schweiz, *Vitória Alice Cleaver*, erinnerte in ihrem Grußwort daran, dass schon der legendäre brasilianische Außenpolitiker Rio Branco (1845-1912) an zahlreichen Schiedsverfahren zu Grenzstreitigkeiten teilgenommen hatte, und unterstrich die zunehmende Bedeutung alternativer Mechanismen der Konfliktlösung für

---

<sup>1</sup> Adaptierte Fassung des in SchiedsVZ 2011, 101-104 erschienen Berichts.

<sup>2</sup> Dazu zuletzt *Sester/Benevenuto*, RIW 2010, 680 ff.

---

<sup>3</sup> Eine deutsche Übersetzung findet sich auf der Internetseite unseres Mitglieds Burkard J. Wolf: <[www.law-wolf.ch](http://www.law-wolf.ch)>.

das heutige Brasilien. Deutschland zähle zu den wichtigen politischen und wirtschaftlichen Partnern ihres Landes. Nicht zuletzt die 2014 und 2016 anstehenden sportlichen Großereignisse (Fußball-WM und Olympische Spiele) böten vielfältige Chancen, die bestehenden Beziehungen auszubauen.

2. Einen umfassenden Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und Brasilien lieferte *Prof. Dr. Jan Kleinheisterkamp* von der London School of Economics in seinem Einführungsreferat. Er erläuterte anschaulich, warum Brasilien lange Zeit geradezu als das Schulbeispiel eines schiedsfeindlichen Landes gelten konnte<sup>4</sup>. So waren Schiedsklauseln auch in internationalen Fällen nicht verbindlich, und das Fehlen einer Abrede konnte selbst nach rügeloser Einlassung auf das Verfahren noch geltend gemacht werden. Bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche gab es das Erfordernis eines *double exequatur*, d.h. der Schiedsspruch musste zunächst im Ursprungsstaat im streitigen Verfahren gerichtlich bestätigt werden. Ein in Brasilien wohnhafter Beklagter war hierbei im Wege eines zeitraubenden Rechtshilfeersuchens (*carta rogatória*) zu laden. Schließlich gab es auch keine Möglichkeit der Rechtswahl (in staatlichen Gerichtsverfahren ist dies bis heute

so<sup>5</sup>). *Kleinheisterkamp* berichtete auch manch kuriose Detail aus seinen früheren Feldstudien zum brasilianischen Schiedsrecht. So waren einige brasilianische Rechtsanwälte speziell darauf trainiert, die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche zu Fall zu bringen, und sicherten sich hierdurch über Jahre eine gute Einnahmequelle.

Die 1996 in Kraft gesetzte Regelung, die u.a. Anleihen beim UNCITRAL-Modellgesetz genommen hat, bezeichnete *Kleinheisterkamp* als im Wesentlichen zufriedenstellend. Reformbedarf gebe es nur hinsichtlich einiger Kompromisse in den Regelungen zur Aufhebung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die bei Schaffung des Schiedsgesetzes dem Widerstand der „Traditionalisten“ geschuldet waren. Nicht klar sei hingegen, warum bislang weder Deutschland noch Brasilien besondere Attraktivität als internationale Schiedsorte erlangen konnten (im Unterschied etwa zur Schweiz); möglicherweise fürchte man mangelnde Unterstützung durch die staatlichen Gerichte. Die anschließende Diskussion hatte u.a. noch die Schiedsgerichtsbarkeit im brasilianischen Erdölsektor zum Gegenstand. Im Zusammenhang mit der geplanten Erschließung des 2007 entdeckten gigantischen Tiefseevorkommens „Pré-Sal“ kommt ein kürzlich ergangenes Gutachten der brasilianischen Bundesgeneralanwaltschaft zu dem Ergebnis, dass Streitigkeiten zwischen den beteiligten staatlichen Akteuren nicht

<sup>4</sup> Ausführlich zur Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien und anderen lateinamerikanischen Staaten *Kleinheisterkamp*, *International Commercial Arbitration in Latin America*, 2005.

<sup>5</sup> Näher *Samtleben*, *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*, 2010, 6 f.



der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können. Verträge mit künftigen ausländischen Investoren sind von dieser Beschränkung aber nicht erfasst. Auch gegenwärtig vereinbart die überwiegend in staatlicher Hand stehende Gesellschaft „Petrobras“ in Übereinstimmung mit den einschlägigen Gesetzen in ihren Verträgen grundsätzlich Schiedsklauseln.

3. Der Schweizer *Dr. Beat Rechsteiner*, der seit über 20 Jahren als Rechtsanwalt in São Paulo tätig ist und schon mehrfach Referent auf unseren Tagungen war, ging anschließend näher auf die theoretischen und praktischen Besonderheiten der brasilianischen Schiedsgerichtsbarkeit ein. Mit eindrucksvollen Statistiken veranschaulichte er zunächst die dramatische Überlastung der staatlichen Gerichte, die dazu führt, dass ein durch zwei Instanzen geführtes Verfahren im Regelfall acht bis zehn Jahre dauert. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist deshalb oftmals der einzig realistische Weg zur Durchsetzung rechtlicher Ansprüche. Ihre 1996 eingeleitete Modernisierung wird von den Gerichten mittlerweile auch nicht mehr in Frage gestellt, nur in wenigen Ausnahmefällen kommt es zur Aufhebung von Schiedssprüchen. In puncto Vertragsgestaltung hob *Rechsteiner* das Erfordernis der Schriftlichkeit der Schiedsklausel hervor, d.h. es muss die Unterschrift beider Parteien vorliegen. Schiedsabreden in AGB sind gesondert zu unterzeichnen. Anders als früher kann die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nun aber auch

durch rügelose Einlassung begründet werden. Als wichtigster Schiedsplatz innerhalb Brasiliens hat sich – kaum überraschend – die Wirtschaftsmetropole São Paulo etabliert. Inzwischen gibt es über 90 nationale Schiedsinstitutionen, die im Dachverband *Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem* (CONIMA) vereinigt sind.

Nicht schiedsfähig sind, jedenfalls nach h.M., nach wie vor Verbraucherstreitigkeiten. Diese Einschränkung kann z.B. auch in Franchise- oder Vertragshändlerverträgen relevant werden, da die brasilianische Rechtsprechung in Rechtsverhältnissen, die durch ein gewisses Machtgefälle gekennzeichnet sind, oftmals auch unternehmerisch tätige Personen als Verbraucher qualifiziert<sup>6</sup>. Auch im Individualarbeitsrecht wird die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit – ungeachtet ihrer verbreiteten Praxis – in neuerer Zeit zunehmend in Frage gestellt. Ausdrücklich erlaubt ist sie dagegen in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, und in diesem Bereich hat sie neuerdings auch erheblich an Bedeutung gewonnen. Umstritten ist dabei allerdings, ob alle Gesellschafter der Schiedsklausel zugestimmt haben müssen<sup>7</sup>.

4. Am Nachmittag des ersten Tagungstages stand dann ein Block zur Mediation auf dem Programm.

---

<sup>6</sup> Ursache ist eine unklare Verbraucherdefinition im Verbraucherschutzgesetz (*Código de Defesa do Consumidor*), näher *J.P. Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009, 237 ff.

<sup>7</sup> Näher dazu *Sester*, Brasilianisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2010, 277 ff.

Unser langjähriges Mitglied *Renato Pacheco Neto, LL.M.* beleuchtete das Thema zunächst aus brasilianischer Sicht. Er verdeutlichte erneut das Problem der überlangen Dauer staatlicher Gerichtsverfahren. Da aber auch die Schiedsgerichtsbarkeit besonders für klein- und mittelständische Unternehmen den Nachteil hoher Kosten habe, sei die Mediation in jüngerer Zeit zunehmend in den Fokus als alternatives Mittel der Konfliktlösung gerückt. Eine gesetzliche Regelung hat sie bislang allerdings nicht erfahren. Ob ein Entwurf für ein entsprechendes Gesetz aus dem Jahr 2002 noch zur Verabschiedung gelangt, ist nicht klar. Deutlich größere Chancen auf baldiges Inkrafttreten hat demgegenüber der Entwurf für eine neue Zivilprozessordnung, der ebenfalls Regelungen zur Mediation enthält. Diese sehen u.a. vor, dass nur zugelassene Rechtsanwälte als Mediatoren auftreten können. In der Tat erhoffen sich viele brasilianische Advokaten hiervon ein neues Geschäftsfeld. *Pacheco* erinnerte in diesem Zusammenhang an die sehr hohe Anwaltsdichte in Brasilien: Auf eine Gesamtbevölkerung von knapp 200 Mio. kommen ca. 600.000 zugelassene *advogados*, davon allein 300.000 im Bundesstaat São Paulo. Die zunehmende Bedeutung der Mediation in Brasilien lässt sich nach *Pacheco* schließlich auch daran ablesen, dass bei der Kammer für Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation des Dachverbands *Eurocâmaras (CAE)*, deren Vorsitzender er ist, heutzutage von drei Anfragen zwei die Mediation betreffen und nur eine die Schiedsgerichtsbarkeit. Auf die

Nachfrage von *Prof. Dr. Wolf Paul*, ob die Mediation in Brasilien auch den unterprivilegierten Bevölkerungsschichten zur Verfügung stehe, erläuterte *Pacheco*, dass im Gesetz über den „*Juizado de pequenas causas*“, also der Gerichtsbarkeit für kleine Streitwerte, bislang nur die Figur des Schlichters (*conciliador*) vorgesehen sei, nicht aber die des Mediators.

Anschließend berichtete Jan Curschmanns Kanzleikollege *Dr. Axel Bösch* von der Mediation in Deutschland und seinen eigenen Erfahrungen als Mediator. Ein Mediationsverfahren teile sich üblicherweise in vier Phasen. In der ersten Phase, der Themenermittlung, sei unbedingt die Anwesenheit von Entscheidungsträgern erforderlich. Die Rechtsanwälte der Parteien hingegen sollten allenfalls in der „zweiten Reihe“ präsent sein, da es zunächst darum gehe, das Eis zu brechen und gegenseitiges Verständnis zu erzeugen. In der zweiten Phase gelte es dann, entsprechend dem bekannten Eisbergbild, die unter der Oberfläche der Positionen liegenden Interessen der Parteien zu ermitteln. Hierbei zeige sich, dass es keineswegs immer um Geld, sondern häufig auch um den Wunsch nach Anerkennung oder die Wahrung des eigenen Gesichts gehe. Die dritte Phase diene der Entwicklung von Lösungen. Die Parteien wüssten in diesem Zusammenhang in der Regel selbst am besten, wie sie ihre jeweiligen Interessen verwirklichen können. Gegenstand der vierten und letzten Phase sei dann die Protokollierung der erzielten Vereinbarung. *Bösch*

betonte, dass zentrales Merkmal der Mediation in allen Phasen ihre Freiwilligkeit sei. Die hieraus resultierende Möglichkeit der jederzeitigen Beendigung des Verfahrens verdeutlichte er dem staunenden Publikum dadurch, dass er im laufenden Vortrag ohne weitere Erklärung kurzzeitig den Raum verließ.

Die Wirtschaftsmediation ist nach *Bösch* heute in Deutschland Realität. Unternehmen wie Siemens und Bombardier hätten sie schon vor längerer Zeit entdeckt und entsprechende Klauseln in ihre Verträge aufgenommen. Als großen Vorteil der Mediation stellte *Bösch* die geringen Kosten im Vergleich zur staatlichen und zur Schiedsgerichtsbarkeit heraus. Die Mediation sei schnell und unkompliziert, erfordere keine aufwändigen Schriftsätze und impliziere vor allem auch viel geringere indirekte Konfliktkosten als streitige Verfahren. Bei Vorliegen einer grundsätzlichen Einigungsbereitschaft der Parteien biete die Mediation Erfolgchancen von 80-90%. Einer ihrer Nachteile sei natürlich der Zeitverlust im Falle ihres Scheiterns. *Bösch* empfahl daher, im Vertrag einen Zeitraum zu regeln, nach dem der Weg zum (Schieds-)Gericht frei sein soll. Daneben bestehe das faktische Risiko, dass der anderen Partei vertrauliche Information offenbart werden.

5. Zum Abschluss des ersten Tagungstages widmete sich *Josef Fröhlingsdorf*, ebenfalls altgedientes Mitglied unserer Vereinigung, dem Thema „Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters“.

Er leitete seinen Vortrag mit einer fußballerischen Anekdote aus seiner Wahlheimat Spanien ein: Nach einem Sieg Real Madrids über den Lokalrivalen Atlético stellte sich heraus, dass der Schiedsrichter nicht nur zuvor bei einem Londoner Büro auf einen Sieg der „Königlichen“ gewettet hatte, sondern zudem im Vorfeld des Spiels von diesem Klub großzügig eingeladen worden war. Aus seiner eigenen Praxis schilderte *Fröhlingsdorf* den Fall, dass ihm schon bei Ankunft im Hotel von einem der anderen Schiedsrichter ein ausformulierter Schiedsspruch zur Unterschrift vorgelegt wurde. Wie ist mit solchen Situationen umzugehen? Trotz ihrer großen praktischen Bedeutung sind die Gründe für die Ablehnung eines Schiedsrichters in den Schiedsgesetzen der meisten Länder, darunter auch Deutschland und Brasilien, nicht näher konkretisiert. Deutlich detaillierter sind demgegenüber die Richtlinien der *International Bar Association* (IBA) über Interessenkonflikte in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit<sup>8</sup>.

*Fröhlingsdorf* erläuterte die Unterschiede zwischen der „non-waivable red list“, der „waivable red list“, der „orange list“ und der „green list“, die in einer graduellen Abstufung Tatbestände nennen, die zum Ausschluss des Schiedsrichters führen oder jedenfalls den Parteien gegenüber offengelegt werden sollten. Auch wenn die IBA-Guidelines letztlich nur unverbindliches *soft*

---

<sup>8</sup> Die Guidelines und ihre Erläuterung finden sich unter [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

law sind, kommt ihnen nach *Fröhling* in der Praxis große Bedeutung bei der Überwindung rechtskulturell bedingter Divergenzen zu. Der Fall etwa, dass ein Schiedsrichter an einem früheren Vergleichsversuch beteiligt war, werde von Juristen aus verschiedenen Rechtsordnungen meist völlig unterschiedlich beurteilt. Interessanterweise ließen sich gerade zwischen England und den USA große Kontraste ausmachen, auf der anderen Seite des Atlantiks würden deutlich strengere Anforderungen an den Schiedsrichter gestellt. *Fröhling* schloss mit der Ansicht, dass die Vermeidung jeglichen Anscheins der Parteilichkeit für das Schiedsgericht keineswegs eine einfache Aufgabe sei. Entscheidende Bedeutung komme in diesem Zusammenhang der Qualität des Vorsitzenden zu.

6. Den zweiten Tagungstag leitete mit *Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista* eine der großen brasilianischen Autoritäten auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit ein. Er sprach zum Thema „Die Auslegung im Schiedsverfahren: eine statistisch-vergleichende Untersuchung“. *Baptista*, der über jahrzehntelange Erfahrung als Schiedsrichter u.a. in WTO-Verfahren verfügt, begründete die Wahl dieses Gegenstands damit, dass obwohl die Auslegung in der Schiedspraxis eine wichtige Rolle spiele, das Thema bislang kaum aus theoretischer Perspektive untersucht worden sei. Seine in verschiedenen Ländern durchgeführten statistischen Erhebungen hätten gezeigt, dass häufigster Gegenstand der Auslegung die

Schiedsklausel sei, gefolgt von der Rechtswahlbestimmung, etwa wenn diese auf die „lex mercatoria“ oder die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ Bezug nehme. Schiedsrichter bedienten sich bei der Auslegung typischerweise nicht nur einer Methode, sondern gingen sehr pragmatisch und eklektisch vor. Besonders aufschlussreich waren die Unterschiede, die *Baptista* zwischen Schiedsrichtern und staatlichen Richtern ausmachte: Schiedsrichter seien bei der Auslegung deutlich vorsichtiger, weil ihnen die Rechtsprechungsbefugnis von den Parteien und nur für den konkreten Fall verliehen worden sei. Der staatliche Richter folge dagegen oft langjährigen Gewohnheiten und handle zudem als Teil des staatlichen Justizapparats. Abschließend teilte *Baptista* die Beobachtung mit, dass es beim Gebrauch bestimmter Begriffe, wie etwa dem „estoppel“, einerseits eine Globalisierungstendenz gebe, sich manche Konzepte aber auch von ihrer Heimatrechtsordnung lösen und auf der Ebene der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ein Eigenleben entfalten. Zur Frage nach der Bedeutung der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in den untersuchten Schiedsverfahren berichtete *Baptista*, dass diese lediglich in zwei Fällen zur Anwendung gekommen seien, und dort auch mehr zur „Verzierung“ denn zur Begründung des Ergebnisses. Zu erklären sei diese Zurückhaltung vor allem damit, dass die Schiedsrichter mit dem genannten Regelwerk bislang noch wenig vertraut seien. Auf das Interpretationsverhalten in seinem Heimatland ange-

sprochen, kritisierte *Baptista* das immer noch zu positivistische Normverständnis vieler brasilianischer Juristen.

7. Das Thema der beiden Ko-Referenten *Prof. Dr. Peter Nobel* und *Dr. Rachel Benevenuto* von der Universität Zürich lautete „Prozess- und Vergleichsförderungsrechte des Schiedsgerichts“. *Nobel* gab im ersten Teil des Vortrags zunächst einen Überblick über die schiedsrechtlichen Regelungen der zum 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ersten gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung. Anschließend ging er auf die Arbeit des altherwürdigen Zürcher Handelsgerichts ein. Indem es Fachleute integriere und sehr zügig arbeite, stelle es eine echte Konkurrenz zu den Schiedsgerichten dar. Entsprechend der handelsgerichtlichen Tradition des Mittelalters stehe die vergleichsweise Erledigung des Streits eindeutig im Vordergrund. Die offene Diskussion der Möglichkeiten hierzu habe gar als „Zürcher Methode“ Bekanntheit erlangt. Im Zuge dessen offenbarte Informationen dürften im späteren Verfahren natürlich nicht verwendet werden. Die Vergleichsquote am Zürcher Handelsgericht betrage etwa 60%. In Schiedsverfahren sei hingegen umstritten, inwieweit das Schiedsgericht Vergleichsverhandlungen anregen dürfe. Besonders in den Ländern des common law werde diese Befugnis häufig verneint. *Nobel* empfahl deshalb eine Klarstellung in den „terms of reference“. Entscheidend für den Erfolg von Vergleichsgesprächen

sei ihr Zeitpunkt. Unmittelbar zum Prozessbeginn sei es häufig noch zu früh, günstiger sei der Moment nach Austausch von Klage und Klageerwiderung. Zur Abrundung seines Vortrags berichtete *Nobel* zur allgemeinen Erheiterung von der durch Plutarch überlieferten Konfliktlösungsmethode der Spartaner: Die Parteien wurden so lange zusammen eingesperrt, bis sie sich geeinigt hatten!

*Rachel Benevenuto* referierte im Anschluss daran die brasilianische Sichtweise der Problematik. Sie war den meisten Mitgliedern noch gut von ihrem Kurzvortrag auf der 2010er-Tagung zum Kapitalmarktrecht in Erinnerung, den sie in tadellosem Deutsch mit charmantem schweizerischem Akzent gehalten hatte. Dieses Mal zog sie es allerdings vor, in ihrer Muttersprache Portugiesisch zu reden. Auch *Rachel* hatte sich übrigens im Vorfeld der Tagung sehr engagiert in die Organisation eingebracht, wofür ihr ebenfalls herzlich gedankt sei!

Nach allgemeinem Prozessrecht wie auch nach dem brasilianischen Schiedsgesetz soll das Schiedsgericht nicht nur auf eine schnelle, sondern auch auf eine einverständliche Beilegung des Konflikts hinwirken. Hinsichtlich der Verfahrensregeln besteht generell Parteiautonomie. Unter Bezugnahme auf ihren Vorredner *Baptista* kritisierte *Rachel Benevenuto* allerdings, dass viele brasilianische Schiedsgerichte sich immer noch zu sehr am staatlichen Prozessrecht orientierten, dessen Regeln häufig zu schwerfällig und deshalb ineffizient

seien. Der unter brasilianischen Juristen generell verbreitete Hang zu einem übersteigerten Formalismus habe seinen Ursprung in einer Kultur des Misstrauens und zeige sich etwa auch bei den strengen Formvorschriften für die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche<sup>9</sup>.

Im Grundsatz folgt das brasilianische Prozessrecht dem kontinental-europäischen Modell. Es kennt deshalb nicht die Institute der „cross-examination“ oder „discovery“. Letzteres gilt sogar als unvereinbar mit dem brasilianischen *ordre public*. Als einen wichtigen Hebel zur Steuerung eines Schiedsverfahrens nannte *Benevenuto* die Regelungen zur Kostenverteilung. Hierbei bestehende Spielräume könne das Schiedsgericht zur indirekten Ahndung missbräuchlichen Prozessverhaltens der Parteien nutzen. Schließlich seien auch Teil- und Zwischenurteile ein hilfreiches Mittel zur Beschleunigung eines Schiedsverfahrens. In Brasilien sei ihre Zulässigkeit mangels gesetzlicher Regelung umstritten, die h.M. spreche sich aber dafür aus. Abschließend betonte *Benevenuto*, dass eine aktive Rolle des Schiedsgerichts entscheidende Voraussetzung für die schnelle und kostengünstige Beendigung eines Verfahrens sei. In der Diskussion bestätigten verschiedene Teilnehmer die Erfahrung, dass Anwälte aus den USA Vergleichsbemühungen des Schiedsgerichts generell skeptisch gegenüber stehen und ihnen oft mit „drohendem Schweigen“ begegnen. Doch auch die Schweiz wird nach Auskunft von *Nobel* in dieser Frage

durch den berühmten „Röstigraben“ geteilt: Schon in Genf sei bei Vergleichsbemühungen des Schiedsgerichts mit deutlich mehr Widerstand zu rechnen als in Zürich.

8. Zum Abschluss der Tagung sprach Gründungsmitglied *Dr. Jürgen Samtleben* zum Thema „Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland und Brasilien“<sup>10</sup>. *Samtleben* beschäftigt sich mit dem brasilianischen Schiedsrecht schon seit mehreren Jahrzehnten, und viele seiner Arbeiten haben auch in Brasilien große Aufmerksamkeit erlangt.

*Samtleben* betonte zu Beginn seines Vortrags, dass die Nichterfüllung eines Schiedsspruchs die seltene Ausnahme sei. So habe es zwischen 2001 und 2008 nur 13 ICC-Anerkennungsverfahren in Deutschland und sechs in Brasilien gegeben, bei 994 bzw. 284 Gesamtverfahren mit deutscher oder brasilianischer Beteiligung. Nichterfüllung eines Schiedsspruchs komme vor allem in drei Fällen vor: 1) Wenn die unterlegene Partei ohne oder gegen ihren Willen in das Schiedsverfahren gezogen wurde, 2) wenn sie sich im Schiedsverfahren selbst besonders unfair behandelt fühlte (ein unerwünschtes Ergebnis reicht hierzu natürlich nicht aus), und 3) wenn die Erfüllung ihre wirtschaftliche Existenz bedrohen würde. Unterschiede zwischen den deutschen und den brasilianischen Anerken-

---

<sup>9</sup> Dazu auch unten 8.

---

<sup>10</sup> Ausführlich hierzu *Samtleben*, *SchiedsVZ* 2009, 109 ff.; *Benevenuto*, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: A Comparative Study with Switzerland*, 2010.

nungsregeln bestehen vor allem in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Während ein inländischer Schiedsspruch in Brasilien unmittelbar vollstreckbar ist, bedarf ein ausländischer Schiedsspruch zunächst der Bestätigung (*homologação*) durch das Höhere Bundesgericht (*Superior Tribunal de Justiça* (STJ)), bevor anschließend vor dem erstinstanzlichen Bundesgericht seine Vollstreckung beantragt werden kann. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. III des UN-Übereinkommens bezeichnete *Samtleben* als fraglich, zumal das Bestätigungsverfahren seit 2008 nicht mehr kostenfrei ist, sondern eine Gebühr von 100 BRL (ca. 40 EUR) erfordert. Auch auf den Anwaltskosten bleibt der Antragsteller im Normalfall sitzen (dies entspricht der allgemeinen Regelung im brasilianischen Prozessrecht<sup>11</sup>). Vorzulegen ist zum einen der Schiedsspruch, im Original oder als beglaubigte Kopie und legalisiert vom brasilianischen Konsul, zum anderen die Schiedsvereinbarung im Original oder als beglaubigte Kopie. Beide Dokumente müssen zudem von einer offiziellen Übersetzung begleitet sein. Schon in vorangegangenen Diskussionen hatten in diesem Zusammenhang verschiedene Teilnehmer ihre Unzufriedenheit darüber zum Ausdruck gebracht, dass Brasilien bislang nicht dem Haager Übereinkommen zum Apostilverfahren beigetreten ist. Auch die zwingend erforderliche Mitwirkung eines in Brasilien vereidigten Übersetzers wird in der Praxis oft als lästig empfunden.

---

<sup>11</sup> Siehe dazu die scharfe Kritik von *Villela*, *A Vocaçao Profética do Jurista*, 2010, 11 ff.

Welch kuriose Blüten der brasilianische Formalismus mitunter treibt, zeigte *Samtleben* auch anhand einer Entscheidung des Obersten Bundesgerichts (*Supremo Tribunal Federal* (STF)) aus dem Jahr 1996, in der die Frage erörtert wurde, ob auch aus Portugal stammende Dokumente einer offiziellen Übersetzung bedürfen. Mit Hinweis auf die gemeinsame Sprache Portugiesisch wurde dies schließlich verneint... In Deutschland gestaltet sich die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche demgegenüber wesentlich einfacher, da die Gerichte im Grundsatz weder eine Legalisation des Schiedsspruchs noch die Vorlage der Schiedsklausel verlangen. Die Begründung dieses Ergebnisses mit dem in Art. VII (1) des UN-Übereinkommens niedergelegten Günstigkeitsprinzip kritisierte *Samtleben* allerdings als verfehlt.

Hauptgrund für das Scheitern der Anerkennung in der Praxis ist die Formungültigkeit der Schiedsvereinbarung. *Samtleben* zeigte auf, wie ungeachtet der an sich bestehenden Pflicht zur autonomen Auslegung von Art. II des UN-Übereinkommens die Anwendung dieser Bestimmung sowohl in Deutschland als auch in Brasilien durch die nationalen Vorschriften beeinflusst wird. So erlaubt die deutsche Praxis unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip des Art. VII (1) des UN-Übereinkommens die Anwendung des Art. 11 EGBGB. Die brasilianische Rechtsprechung hingegen hält auch im Anerkennungsverfahren an dem bereits genannten Erfordernis des brasilianischen Schiedsgesetzes fest,

dass die Schiedsklausel von beiden Parteien unterschrieben wurde<sup>12</sup>. Noch ungeklärt ist, ob Schiedsklauseln in Formularverträgen dementsprechend einer gesonderten Unterzeichnung bedürfen. Keine Schwierigkeiten bestehen jedenfalls im Fall der rügelosen Einlassung. Ein Verstoß gegen den *ordre public* wird vor allem in Brasilien im Nachklang an die alte schiedsfeindliche Tradition von der unterlegenen Partei so gut wie immer ins Feld geführt, weder die deutsche noch die brasilianische Rechtsprechung lassen sich hiervon aber beeindrucken. *Samtleben* schloss mit dem Befund einer großen Anerkennungsfreundlichkeit in beiden Ländern: Seit 2000 wurde nur in rund einem Viertel der geführten Verfahren dem ausländischen Schiedsspruch die Vollstreckung verweigert.

9. Die Tagung hat viele Parallelen zwischen Deutschland und Brasilien aufgezeigt. Dank moderner rechtlicher Rahmenbedingungen spielt die Schiedsgerichtsbarkeit heute in der Handelspraxis beider Länder eine herausragende Rolle. Doch auch die Mediation gewinnt aufgrund ihrer Kostenvorteile hier wie dort an Bedeutung, ihre nähere gesetzliche Ausgestaltung ist jeweils in Vorbereitung. Nach wie vor lassen sich freilich auch wichtige rechtskulturelle und rechtstat-sächliche Unterschiede ausmachen. Hierzu zählen vor allem das aus deutscher Sicht manchmal noch recht formalistische Rechtsverständnis in Brasilien sowie die stark eingeschränkte Funktionsfä-

higkeit der brasilianischen Justiz. Nähere Einzelheiten wird man dem von *Martin Wiebecke* betreuten Tagungsband entnehmen können.

Die Teilnehmer blicken nicht nur auf spannende Vorträge und Diskussionen zurück, sondern auch auf angenehmes Beisammensein in gewohnt freundschaftlicher Atmosphäre. Beim abschließenden Festabend bewies *Prof. Nobel*, dass er nicht nur in fachlicher Hinsicht eine große Bereicherung für die Tagung war: Durch einen launigen Kurzvortrag sowie eine von ihm engagierte Gruppe Appenzeller Volksmusiker brachte er den Gästen auf unterhaltsame Weise auch die Geschichte und Kultur seines Landes näher!\\

---

<sup>12</sup> Siehe oben 3.



## A Aquisição de Controle de Companhias Abertas no Brasil: por uma Disciplina Atenta às Diferentes Estruturas Acionárias

Sheila Christina Neder Cerezetti\*

### 1. Introdução

O mercado de capitais brasileiro é amplamente conhecido pela presença de companhias com controle concentrado<sup>1</sup>. Sabe-se que esta realidade foi incentivada pela lei acionária brasileira de 1976, elaborada com vistas a favorecer o desenvolvimento de um mercado

formado essencialmente por grandes conglomerados<sup>2</sup>, sob a perspectiva do II Plano Nacional de Desenvolvimento<sup>3</sup>.

---

\* Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

<sup>1</sup> Para pesquisas empíricas acerca da realidade brasileira, vide A. L. Carvalho da Silva, R. P. C. Leal, *Corporate Governance, Market Valuation and Dividend Policy in Brazil*, 2003, disponível in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=477302](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=477302) [12-03-2011], E. Schiehl, I. O. dos Santos, *Ownership Structure and Composition of Boards of Directors: Evidence on Brazilian Publicly-traded Companies*, in RAUSP 39 (2004), pp. 373-384, R. P. C. Leal, A. L. Carvalho da Silva, *Corporate Governance and Value in Brazil (and in Chile)*, 2005, disponível in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=726261](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726261)[12-03-2011], D. M. Aldrighi, A. V. M. de Oliveira, *The Influence of Ownership and Control Structures on the Firm Performance: Evidence from Brazil*, 2007, disponível in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=972615](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=972615)[12-03-2011]. Há, ainda, estudo que aponta a presença de elevados benefícios privados do controle no Brasil, os quais estimulam a manutenção da estrutura de propriedade das companhias (vide Alexander Dicky, Luigi Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, NBER Working Paper 8711 (2002), disponível in [http://www.nber.org/papers/w8711.pdf?new\\_window=1](http://www.nber.org/papers/w8711.pdf?new_window=1) [08-11-2010]).

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, vale atentar aos comentários dos redatores do projeto da lei acionária, J. L. Bulhões Pedreira e A. Lamy Filho, que retratam o ideal de estímulo à macroempresa institucionalizada: “A criação de macroempresas com capital pulverizado somente seria possível a longo prazo, e a lei procurou facilitar e aumentar a eficiência de todos os instrumentos de associação de grupos empresariais, sob as formas de *holdings*, *joint ventures*, consórcios e – principalmente – acordos de acionistas, aos quais a lei buscou atribuir segurança jurídica que estimulasse os empresários a utilizá-los na formação de grupos de controle. A lei procurou ainda aumentar a capacidade dos empresários brasileiros de alavancarem seus recursos próprios sem perder o controle da companhia, aumentando para 2/3 (hoje reduzido para 1/2) o limite de emissão de ações preferenciais sem voto ou com voto restrito. Essa providência resultou da observação de que o empresário privado brasileiro não admite perder o controle absoluto da companhia porque, devido à dimensão relativamente pequena das empresas brasileiras, a companhia sem controle pré-constituído está sujeita a ter seu controle assumido por outra empresa – nacional ou estrangeira – mediante oferta pública de aquisição de controle.” (*Direito das Companhias*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 796-797).

<sup>3</sup> Para uma análise histórica, com comentários a outras leis aprovadas no mesmo período e sob a perspectiva de promoção do chamado milagre econômico brasileiro, vide Daniel Wei Liang Wang, Jonas Antunes Couto, *Reformas Institucionais e “Milagre Econômico”: Construção de um Modelo de Industrialização Concentrador de Poder Econômico e Renda*”, in *Cadernos Direito e Pobreza* 1 (2008), pp. 104-154.

Todavia, recentemente, alguns casos de dispersão acionária e a crença no desenvolvimento do mercado de capitais nacional passaram a chamar a atenção de pesquisadores. Estudos recentes sugerem a presença de desconcentração acionária, especialmente entre as empresas do Novo Mercado, segmento especial de listagem da BM&FBOVESPA<sup>4</sup>. Muito embora possa ser considerado tímido e abrangente de uma pequena quantidade de atores, principalmente caso se considere todo o espectro de companhias abertas no Brasil, o movimento em direção à dispersão acionária não pode passar despercebido<sup>5</sup>. A estrutura de

<sup>4</sup> Vide Alexandre di Miceli da Silveira, *Governança Corporativa: Teoria e prática*, 1ª Ed., Campus Elsevier, 2010, p. 183 (indicando que em cerca de 9% das companhias listadas no Brasil o maior acionista ou grupo de controle possui menos de cinquenta por cento do capital votante), e E. Gorga, *Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership: Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries*, in *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 29 (2009), pp. 439 e ss. (destacando a crescente dispersão entre companhias do Novo Mercado). Os resultados apontados devem ser avaliados com cuidado, pois, no primeiro caso, o estudo computou apenas participações diretas e deixou de considerar acordos e estruturas indiretas. Quanto à segunda pesquisa, deve-se atentar para o fato de que o nível de concentração apurado volta a ser elevado caso se considerem os acordos de acionistas para composição de controle, extremamente comuns no cenário societário brasileiro. Para uma crítica à afirmação sem restrições de que o Brasil presencia claro movimento à desconcentração, vide C. Salomão Filho, *Structural Analysis of Corporate Law: A developing country perspective*, in Stefan Grundmann et. al. (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung – Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Band I, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 1295, nota 21.

<sup>5</sup> Pode-se imaginar que a exigência de práticas mais apuradas de governança, como aquelas previstas pelo Novo Mercado, tenderá a incentivar o

capital encontrada em tais empresas constitui realidade até então incommum e que demanda pesquisa.

A existência de companhias com controle pulverizado ou ao menos não identificável traz à baila a necessidade de se avaliar se as regras existentes – inicialmente estruturadas para uma realidade de concentração acionária – seriam adequadas para regular sociedades que não se encaixam nesse padrão. Conforme bem apontado em recente estudo<sup>6</sup>, estruturas de governança criadas para lidar com situações de controle concentrado não são úteis e, mais do que isso, muitas vezes são prejudiciais caso aplicadas a organizações marcadas pelo controle disperso, e vice-versa.

Um dos aspectos essenciais a essa distinção entre companhias de controle diluído e centralizado é a

surgimento de estruturas pulverizadas e de um mercado de capitais mais ativo. Estudos como os de R. La Porta et al afirmam que os sistemas que garantem maior proteção a investidores são aqueles que contam com o mais elevado nível de desenvolvimento do mercado de capitais (*Legal Determinants of External Finance*, in *The Journal of Finance* 52 (1997), pp. 1131-1150). Muito embora este estudo empírico tenha sofrido inúmeros questionamentos e outras teorias tenham se oferecido a explicar os motivos das distinções dos graus de desenvolvimento dos mercados (vide Lucian A. Bebchuk, Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership*, in *Stan. L. Rev.* 52 (1999-2000), pp. 127-170, e Coffee, *The Rise of Dispersed Ownership, The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control*, in *Yale Law Journal* 111 (2001), pp. 1-82), a relação entre boas práticas de governança e maior interesse por partes dos investidores parece bastante sólida.

<sup>6</sup> Cf. L. A. Bebchuk, A. Hamdani, *The Elusive Quest for Global Governance Standards*, in *U. Pa. L. Rev.* 157 (2009), p. 1265.

identificação do conflito central a uma e outra estrutura<sup>7</sup>. Sistemas marcados pela presença de sociedades de capital disperso enfrentam o paradigma do *principal agent conflict*, sob a perspectiva do relacionamento entre administradores e acionistas, constituindo tal conflito a preocupação nuclear das regras societárias. Nos cenários em que se destaca a elevada concentração acionária, por seu turno, a atenção é primordialmente voltada à interface entre minoritário e majoritário e à repressão de abusos e conflitos de interesses do controlador.

Em ambiente de dispersão – ainda que modesta – certos temas adquirem destacada relevância. Face à supressão ou à diminuição da presença nítida da figura do acionista controlador, a organização da estrutura societária passa a ter que lidar tanto com assuntos completamente novos quanto com matérias que, não obstante de importância destacável, encontravam, em ambiente concentrado, óbices de implementação.

Exemplo desta última situação refere-se à organização da administração societária. O tratamento da administração como um aspecto fundamental do sistema de governança não é recente<sup>8</sup>. O tema envolve inúmeros assuntos, dentre eles a composição dos membros da

administração<sup>9</sup> e a estruturação dos órgãos.<sup>10</sup> Face à ausência de um ente facilmente identificável a exercer o controle societário, ganha importância o papel dos administradores e a necessidade de garantir que suas funções sejam exercidas no interesse da companhia gerida.

Dentre os temas originais, produzidos em consequência da nova realidade, é de se destacar principalmente a necessidade de regulação do mercado de controle acionário. A existência de companhias com capital disperso dá origem à possibilidade de formulação das até então inéditas tomadas hostis de controle, que

---

<sup>9</sup> Conhecidas são, por exemplo, as extensas discussões acerca da participação de representantes de trabalhadores e outros interessados nos órgãos de administração. Cf. Klaus J. Hopt, *Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe*, in *Int'l Rev. L. Econ.* 14 (1994), pp. 203-214, Heinz-Joachim Neubürger, *Die deutsche Mitbestimmung aus Sicht eines international operierenden Unternehmens: Reformbedarf unter Corporate Governance Gesichtspunkten?*, in Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J., e Werder, Axel v. (orgs.), *Handbuch Corporate Governance – Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, Köln, Otto Schmidt, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2003, pp. 177-197, e Vincenzo Ferrante, *Tradizione e Novità nella Disciplina della Partecipazione dei Lavoratori: Francia e Italia a Confronto*, in *RGL* 1 (2003), pp. 139-174.

<sup>10</sup> Referência pode ser feita aqui à contenda acerca da opção por um ou por dois órgãos (*one-tier or two-tier board structure*), sendo um propriamente de administração e outro com funções de supervisão. Vide *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory for Company Law in Europe*, disponível in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm#background](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background) [10-12-10].

---

<sup>7</sup> Cf. P. Davies, K. Hopt, *Control Transactions*, in R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, New York, Oxford, 2004, p. 159.

<sup>8</sup> Vide, por exemplo, K. J. Hopt, *Corporate Governance in Germany*, in K. J. Hopt – E. Wymeersch (orgs.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford, Oxford, 2003, p. 292.

demandam disciplina ampla e detalhada. O breve tratamento deste tema forma o objeto do presente estudo. Inicialmente serão apresentadas as atuais regras sobre a negociação do controle de sociedades por ações no Brasil (item 2) e, em seguida, será traçada uma análise crítica da disciplina, ponderando-se acerca de possíveis caminhos para a completa regulação do tema, especialmente em vista das respostas encontradas no direito comparado (item 3).

## **2. A disciplina brasileira das negociações de controle: as ofertas públicas obrigatória e voluntária**

Reflexo da realidade de elevada concentração acionária acima apontada é o fato de que a disciplina das negociações do controle de companhias abertas no Brasil relaciona-se historicamente aos casos de alienação privada de controle previamente existente. Atualmente, o tema é tratado na Lei n.º 6.404/76 e na Instrução CVM n.º 361/2002.

De fato, a lei acionária determina que vendas de controle sejam feitas sob a condição de formulação de oferta pública para a aquisição de ações com direito a voto dos minoritários, assegurando-se a estes o valor mínimo de 80% do preço pago pelas ações representativas do controle<sup>11</sup>. Uma regra assim estru-

turada não atinge todas as compras de controle, pois a menos que o controle seja adquirido de um controlador pré-existente, o adquirente não é obrigado a lançar uma oferta para as demais ações votantes. Trata-se, portanto, de regra relativa à alienação e não à aquisição de controle. Conclui-se, facilmente, que investidores encontram proteção apenas em situações de controle concentrado.

A exigência de formulação da oferta almeja assegurar o compartilhamento do prêmio de controle com os minoritários, concedendo aos investidores uma oportunidade de saída. Há, contudo, limitações de duas ordens no direito brasileiro. A primeira refere-se ao valor mais baixo a ser pago pelas ações dos demais acionistas interessados, ao passo que a segunda diz respeito ao fato de que apenas ações votantes são beneficiadas com a oferta. A regra reflete, assim, a crença de que alguns dos minoritários são co-proprietários de ao menos uma parcela do prêmio de controle.

Além disso, a positivação de uma regra em tais termos sugere que argumentos de maximização de

---

reintrodução da regra de oferta ocorreu em 2001, mediante a Lei n.º 10.303/01. Desde então, há interessante jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários acerca de casos em que houve dúvidas sobre a caracterização da alienação. Vide, por exemplo, o Caso Votorantim (Processo CVM RJ2001/10329, julgado em 19 de fevereiro de 2002), o Caso CBD (Processo CVM RJ2005/4069, julgado em 11 de abril de 2006), o Caso Copesul (Processo CVM RJ2007/7230, julgado em 11 de julho de 2007), e o Caso Tim (Processo CVM RJ2009/1956, julgado em 15 de julho de 2009).

---

<sup>11</sup> Cf. art. 254-A da Lei n.º 6.404/76. O original art. 254 da lei, que previa a formulação de oferta pública com a garantia de tratamento igualitário aos minoritários, foi revogado em 1997 como uma das medidas para facilitar as privatizações. A

eficiência – tais como o de que a oferta mandatória pode desincentivar mudanças de controle economicamente favoráveis à companhia – não são a única ou a mais importante preocupação do legislador.

Ao lado da regra de oferta obrigatória por alienação de controle, a lei acionária regula a oferta voluntária para aquisição do controle (art. 257). Devido à configuração da estrutura concentrada de capital das companhias abertas brasileiras, trata-se de norma de restrita aplicação até o momento.

Em atenção aos movimentos de dispersão acima mencionados, a Comissão de Valores Mobiliários aprovou, ao final de 2010, vasta modificação à Instrução CVM n.º 361/2002, que dispõe sobre as ofertas públicas de aquisição de ações de companhias abertas<sup>12</sup>. Uma das mais importantes alterações refere-se justamente às ofertas voluntárias para aquisição de controle, que passaram a contar com regras mais protetivas aos investidores em casos de oferta parcial. Nestas situações, em que o ofertante não manifesta interesse em adquirir a totalidade das ações em circulação de uma mesma classe e espécie, faculta-se ao acionista da companhia alvo condicionar sua aceitação ao sucesso da oferta. Assim, caso o interessado em obter

o controle não alcance seu propósito mediante aceitações incondicionais para uma quantidade de ações que, somadas às suas, lhe assegurem o controle, o acionista que pretendia desfazer-se de sua posição não será obrigado a fazê-lo (art. 32-B). Esta medida busca evitar que o acionista se sinta coagido a aceitar a oferta, mesmo que não entenda ser adequado o preço oferecido. Muitas vezes, sabendo que o resultado da oferta poderia afetar negativamente o valor das ações que não fossem adquiridas pelo novo controlador durante a oferta, o minoritário decidia vender suas ações apenas por temer os prejuízos que seriam sofridos em decorrência de possível desvalorização das ações em circulação após o fim da oferta. Para afastar essa indevida pressão sobre a formação da vontade do minoritário, a atual disciplina permite que o acionista aceite, rejeite a oferta ou, ainda, a aceite sob a condição de que seja bem-sucedida. Assim, os acionistas, que a princípio apenas aceitariam por medo de rejeitarem e se encontrarem em situação ainda pior – a de permanência na sociedade com desvalorização de ações –, passarão a contar com a terceira alternativa acima mencionada. Além desta medida protetiva, passa-se a proibir a aquisição de ações no curso de uma oferta parcial, com vistas a tutelar os efeitos da regra de rateio<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> A nova redação da instrução reflete a preocupação da autarquia em aplicar as regras relativas à ampla divulgação de informações por parte dos envolvidos, refletindo, conforme explicitado no Edital de Audiência Pública 02/10, que precedeu a aprovação do texto, princípios constantes do *City Code* britânico e da Diretiva Europeia 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004.

---

<sup>13</sup> Para garantir tratamento equitativo entre investidores interessados em aceitarem oferta voluntária de compra de ações, a regra de rateio aplica-se nas ofertas parciais em que acionistas

Não se pode negar que a recente modificação da Instrução CVM n.º 361/2002 representa louvável avanço em termos de proteção aos minoritários e de amplo fornecimento de informações em casos de aquisição de controle, voltando-se especialmente para casos de companhia com certo nível de dispersão acionária. Todavia, a legislação brasileira ainda encontra-se aquém do grau de disciplina necessário para lidar com as novas hipóteses de compra de controle de companhias que não contam com controle estável. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos criados em outros países, como a oferta pública mandatária em caso de aquisição de controle em cenários de dispersão acionária<sup>14</sup>, ou as regras acerca do uso de medidas defensivas por parte da companhia cujo controle venha a ser alvo de aquisição hostil.

### **3. A necessária disciplina das tomadas de controle de companhias de capital disperso**

A existência de dispersão permite o surgimento de um mercado de controle, ou seja, de disputas pelo poder de guiar determinada empresa. Se em cenários de concen-

---

queiram vender mais ações do que o ofertante deseja comprar.

<sup>14</sup> Ressalte-se que dentro do movimento de alteração do Regulamento do Novo Mercado da BM&FBOVESPA ocorrido em 2010 a maioria das companhias listadas em tal segmento (60 das 93 companhias que se manifestaram) votou contra a inclusão de dispositivo de realização obrigatória de oferta pública em caso de aquisição de 30% do capital votante (para mais detalhes sobre a modificação do Regulamento, vide <http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/100909NotA.asp> [15-02-2011]).

tração as regras destinam-se a regular direitos e deveres nas hipóteses de venda do controle, a ausência de acionista controlador abre espaço para situações até então não conhecidas como as de tentativa de tomada hostil do controle e de uso de técnicas de defesa.

A disciplina das negociações de controle torna-se, assim, mais complicada, na medida em que precisa lidar não apenas com situações de acordadas aquisições derivadas, mas também com casos de compras originárias do poder de controle.

A regulação do tema pode ter inúmeros propósitos, dentre eles assegurar proteção aos investidores, promover a atividade do mercado de capitais e incentivar a boa administração das companhias listadas. Em alguns casos, ela também adquire um perfil distributivo, na medida em que pode determinar a divisão, em benefício dos acionistas minoritários, de prêmios pagos pelo controle, como ocorre parcialmente no Brasil nos casos de alienação de controle pré-existente.

Negociações do controle de companhias com capital disperso precisam necessariamente enfrentar o conflito entre os interesses dos acionistas e os interesses dos administradores responsáveis pela condução da atividade empresarial. Neste cenário, o direito comparado indica que tentativas de tomadas de controle e os conseqüentes custos de monitoramento (*agency costs*) podem ser lidados de diferentes maneiras.

Em linhas gerais, uma delas refere-se à imposição de uma regra de neutralidade da administração (*board neutrality rule*), de acordo com a qual os administradores da companhia objeto de oferta não podem adotar nenhuma medida capaz de vir a frustrar o sucesso da tomada, a não ser que os acionistas reunidos em assembléia deliberem em outro sentido. Esta é a solução inicialmente prevista no *British City Code on Takeovers and Mergers* e posteriormente adotada pela Diretiva 2004/25/CE (art. 9º). Muito embora se permita que os administradores apresentem críticas à oferta, eles devem se abster de tomar atitudes que estejam fora do curso normal dos negócios, salvo prévia decisão dos acionistas.<sup>15</sup>

Outra medida diz respeito à imposição legal de formulação de oferta compulsória para a compra de todas as ações por parte do adquirente do poder. Assim como a norma de neutralidade, a *mandatory bid rule* também pode ser encontrada nas regras européias sobre o tema. Neste caso, define-se determinada porcentagem do capital votante como caracterizadora do controle e estipula-se que a oferta seja feita por preço igual ou similar àquele pago para a compra das

ações que conferem o controle. A regra aplica-se tanto a compras privadas diretamente negociadas com o antigo controlador como a múltiplas aquisições que resultem na detenção da porcentagem legalmente estipulada. Trata-se de emprego do princípio de tratamento igualitário a detentores de ações de mesma espécie.<sup>16</sup> Vê-se que o conceito de controle utilizado para a aplicação da regra de oferta obrigatória está intimamente relacionado à porcentagem do capital votante legalmente estipulada<sup>17</sup>. Ocorre que o uso de uma participação fixa como critério envolve a desvantagem de não atingir todas as situações de aquisição de controle de fato. Nas circunstâncias em que o percentual não é alcançado mas o adquirente obtém o poder real de conduzir os negócios da companhia, a regra de oferta mandatária, baseando-se simplesmente na apuração da porcentagem rigidamente estipulada, não se aplica e os acionistas não usufruem do tratamento benéfico que a eles seria garantido em outros casos de alteração da figura do controlador.

---

<sup>15</sup> Sobre o tema, vide Joseph A. McCahery, Luc Runneboog, Peer Ritter, Sascha Haller, *The Economics of the Proposed European Takeover Directive*, in Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford, Oxford, 2004, pp. 575-646, e para uma análise comparativa, Stefanie Denzel, *Die Neutralitätspflicht im europäischen Übernahmerecht – Ein Vergleich mit dem US-amerikanischen System der Modified Business Judgment Rule*, Hamburg, Kovač, 2005.

---

<sup>16</sup> Cf. Jan Wouters, Paul Van Hooghten, Mattias Bruyneel, *The European Takeover Directive: A Commentary*, in Paul Van Hooghten (ed.), *The European Takeover Directive and its Implementation*, New York, Oxford, 2009, p. 14. Para uma análise crítica do princípio como base para a formulação obrigatória da oferta, vide Klaus J. Hopt, *European Takeover Regulation: Barriers to and Problems of Harmonizing takeover Law in the European Community*, in Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (eds.), *European Takeovers – Law and Practice*, London, Butterworths, 1992, p. 179.

<sup>17</sup> Na maior parte dos países, utiliza-se a referência de 30%.

Também no ambiente europeu encontra-se a chamada *break-through rule*, regra de não oponibilidade das restrições em matéria de transmissão de valores mobiliários e direito de voto. Segundo o art. 11 da Diretiva, as limitações quanto à transmissão de valores mobiliários previstas em estatutos ou em acordos não se aplicam com relação ao ofertante durante o período de aceitação da oferta. Da mesma forma, restrições a direitos de voto restam sem efeito para os fins da decisão dos acionistas quanto à adoção de medidas defensivas.<sup>18</sup> Esta perspectiva presume que as desproporções entre poder de controle e direito de propriedade devem ser dissipadas, forçando a regra “uma ação-um voto” quando da decisão sobre o comportamento da companhia face à tomada de seu controle<sup>19</sup>.

Há, ainda, outra perspectiva para lidar com as ofertas hostis. Trata-se daquela encontrada nos Estados Unidos, segundo a qual se garante flexibilidade aos administradores

da companhia visada, submetendo-os, contudo, a severos deveres fiduciários no exercício de suas atividades. Não há proibição para a adoção de medidas defensivas e não se espera que administradores aceitem uma oferta com base simplesmente no propósito de maximização dos lucros dos acionistas.<sup>20</sup> A liberdade de atuação significa que os administradores podem combater a oferta desde que o façam no melhor interesse da companhia. Aplica-se, assim, com certas adaptações, a *business judgment rule*, exigindo-se boa-fé dos dirigentes e proporcionalidade entre as medidas de defesa e a ameaça representada pela tentativa de aquisição.<sup>21</sup> Não se adota, portanto, a teoria de que os administradores devem permanecer passivos em caso de oferta para a aquisição do controle<sup>22</sup>.

Estes são alguns dos arranjos encontrados para lidar com a necessidade de prover suficiente proteção aos investidores durante uma tentativa de aquisição hostil de controle. Vê-se que os caminhos adotados na Europa, de um lado, e nos Estados Unidos, de outro, são

<sup>18</sup> Esta regra não foi adotada pela maior parte dos países membros, conforme indicado no *Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids*, Commission of the European Communities, 2007, p. 7, disponível in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/takeover\\_bids/index\\_en.htm#070227](http://ec.europa.eu/internal_market/company/takeover_bids/index_en.htm#070227) [15-01-2011]. Isso porque a Diretiva prevê a possibilidade de os Estados-Membros não adotarem os instrumentos da *neutrality rule* e da *breakthrough rule*, determinado apenas que as companhias devem ser autorizadas a optar pelo uso de tais medidas.

<sup>19</sup> Cf. Joseph A. McCahery, Erik P. M. Vermeulen, *Does the Takeover Bids Directive Need Revision?*, in Stefan Grundmann et. al. (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung – Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Band I, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 2197.

<sup>20</sup> Cf. Nikolaos Andronikos, *A US lawyer's perspective on the EU Takeover Directive*, in Dirk Van Gerven (ed.), *Common legal framework for takeover bids in Europe*, Cambridge, Cambridge, 2008, p. 45.

<sup>21</sup> Para uma visão crítica sobre o tema, vide Paul L. Davies, *The Regulation of Defensive Tactics in the United Kingdom and the United States*, in Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (eds.), *European Takeovers – Law and Practice*, London, Butterworths, 1992, p. 204.

<sup>22</sup> Para uma afirmação expressa nesse sentido, vide, e.g., a decisão no caso *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* 506 A.2d 173 (Del. 1986).



extremamente divergentes<sup>23</sup>; países europeus proíbem que a administração adote medidas defensivas sem autorização prévia, ao passo que os administradores de empresas norte-americanas gozam de amplo campo de atuação. A discussão do tema com vistas à realidade brasileira deve estar atenta ao singular arcabouço jurídico, social e econômico que envolve um mercado historicamente formado apenas por organizações concentradas.

Justamente devido à incipiência do mercado de capitais brasileiro e à inexistência de companhias com capital disperso, a legislação acionária brasileira de 1976 optou por não disciplinar expressamente a adoção de medidas defensivas pelas companhias alvo. Isso não significa, contudo, que os administradores possuam amplo campo para agir contra eventuais tenta-

tivas, na medida em que muitas das atitudes que poderiam desincentivar o adquirente são consideradas ilegais ou se encontram sob a competência da assembléia geral de acionistas. Os poderes concedidos aos administradores brasileiros, portanto, não são tão amplos como os que podem ser encontrados em outros países. Ainda assim, recaem sobre eles importantes deveres fiduciários que visam a garantir uma conduta cuidadosa e de boa-fé por parte dos responsáveis pela condução empresarial (arts. 153 a 157 da Lei 6.404/76).

Da mesma forma, companhias brasileiras não enfrentam limitações como aquelas inseridas pela chamada *breakthrough rule*, que, como visto, neutraliza algumas medidas defensivas previstas nos estatutos ou em acordos de acionistas da companhia alvo. Tampouco se aplica uma regra de oferta mandatória aos casos de aquisição originária de controle, reservando-se o seu uso apenas para hipóteses de alienação do poder.

Ocorre que, nos últimos anos, os estatutos sociais de algumas companhias listadas nos segmentos especiais da BM&FBOVESPA passaram a incluir regra que aos poucos ficou conhecida como *poison pill brasileira*<sup>24</sup>. Trata-se da

---

<sup>23</sup> Para uma análise das origens das diferenças entre os sistemas norte-americano e inglês, sendo que este último influenciou diretamente as regras hoje vigentes na União Européia, vide J. Armour, David Skeel Jr, *Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? - The Peculiar Divergence of U.S. and U.K. Takeover Regulation*, 95 Geo. L.J. 1727 (2007) (apontando que as normas autorregulatórias protetivas de acionistas no Reino Unido seriam resultado da influência dos interesses de investidores institucionais, enquanto o regime norte-americano de formação de regras com base em jurisprudência teria prejudicado a interferência dos acionistas sobre a legislação e favorecido a posição dos administradores). Vide, também, W. Magnuson, *Takeover Regulation in the United States and Europe: An Institutional Approach*, 21 Pace Int'l L. Rev. 205 (2009), M. Ventrizzo, *Europe's Thirteenth Directive and U.S. Takeover Regulation: Regulatory Means and Political and Economic Ends*, 41 Tec. Int'l L. J. 171 (2006), e, do mesmo autor, *Takeover Regulation as a Wolf in Sheep's Clothing: Taking U.K. Rules to Continental Europe*, 11 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 135 (2008).

---

<sup>24</sup> Cf. C. K. Zanini, *A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência*, in M. V. von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*, 2010, pp. 256-277. Sobre o assunto, vide Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, *Poison Pill: modismo ou solução*, in Rodrigo R. Monteiro de Castro, Leandro Santos de

determinação de que o adquirente de certa porcentagem do capital votante da companhia deve compulsoriamente formular oferta para aquisição das demais ações<sup>25</sup>, sob os moldes do que se pode encontrar nas leis européias sobre o tema. Esta previsão, atualmente criticada, apenas comprova a urgência de uma legislação capaz de lidar com o assunto de forma completa, abrangendo não apenas situações de alienação de controle concentrado, mas também de aquisições hostis de controle disperso, sendo de se destacar que a atual disciplina das ofertas voluntárias, embora necessária, não se apresenta suficiente.

Sob a alegação de constituir cláusula de proteção à dispersão acionária, a inserção da regra de *poison pill* em estatutos de companhias cujo capital não se encontra verdadeiramente disperso, pois se pode facilmente identificar um controlador ou grupo de

controle, desvirtua o instituto da oferta pública mandatária e serve o propósito de proteger a manutenção do controle daqueles que já o possuem. A previsão da obrigatoriedade de formulação de oferta pública em caso de aquisição de determinada porcentagem do capital votante<sup>26</sup> que é insuficiente para garantir o verdadeiro controle – na medida em que este se encontra nas mãos de um ou mais acionistas vinculados por acordo – funciona como nítido desincentivo às tentativas de aquisição que eventualmente poderiam ser benéficas à companhia, pois as torna excessivamente custosas. A utilização da *poison pill* por companhias com controladores definidos deturpa um instrumento imaginado para lidar com verdadeiros casos de impossibilidade de identificação de um centro de poder e, ao invés de melhorar a proteção aos minoritários, serve para tutelar o próprio controlador, que se vê protegido contra ameaças à conservação do seu poder.

A oferta obrigatória, seja por imposição legal, como ocorre na Europa, seja por previsão estatutária, faz sentido em cenários de verdadeira dispersão acionária, mas precisa sofrer adaptações para ser

---

Aragão (coords.), *Direito Societário – Desafios Atuais*, São Paulo, IDSA, Quartier Latin, 2009, pp. 158-176, e Eduardo Secchi Munhoz, *Transferência de Controle nas Companhias sem Controlador Majoritário*, in Rodrigo R. Monteiro de Castro, Luís André N. de Moura Azevedo, *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*, São Paulo, IDSA, Quartier Latin, 2010, pp. 286-324.

<sup>25</sup> Além da oferta obrigatória, alguns estatutos prevêm que a alteração estatutária para afastamento da *poison pill* obriga os acionistas que votaram a favor da modificação a formularem a própria oferta para aquisição das ações dos demais. Trata-se da transformação da *poison pill* em cláusula pétrea estatutária, a qual foi entendida pela Comissão de Valores Mobiliários como contrária aos princípios da lei acionária. Por este motivo, a autarquia, em seu Parecer de Orientação n.º 36/2009, declarou que não aplicará sanções a acionistas que votarem pela supressão da cláusula e não formularem a oferta pública.

---

<sup>26</sup> Estudo aponta que o critério utilizado como definidor da obrigação de formular a oferta é o de aquisição de 20% do capital votante em mais da metade das companhias listadas em segmento especial da BM&FBOVESPA que adotam a *poison pill* (E. Gorga, *Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership: Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries*, in Nw. J. Int'l L. & Bus. 29 (2009), pp. 480).

aplicada a casos de existência de controlador de fato ou de direito.

A princípio, tal qual prevista atualmente em estatutos sociais, a regra deveria ser aplicada sempre que houver aquisição da porcentagem prevista e também nos casos em que a aquisição resultar de negociação com o então controlador, considerando-se que a oferta estatutária seja mais benéfica do que a legal. Esta solução promove a efetiva proteção dos investidores minoritários, na medida em que a eles oferece a possibilidade de saída a valor elevado sempre que houver a mudança da figura do responsável pela condução dos negócios.

Pensando-se na elaboração de uma regra legal acerca do tema, inspirada na experiência européia de oferta mandatória, seria correto imaginar possível adequação da disciplina tendo em vista a realidade brasileira. Considerando-se o cenário de concentração e que mudanças na estrutura acionária de companhias constituem um processo longo e que dependem de outros fatores de incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais, pode-se imaginar que a concentração acionária ou pelo menos a presença de acionistas com elevada participação no capital (ainda que inferior a mais do que cinquenta por cento) continuará a ser característica das companhias abertas brasileiras. Sendo assim, a legislação deve estar preparada para lidar não apenas com casos estanques de concentração ou dispersão, mas também com

sociedades de controle minoritário. Este panorama exige normas flexíveis no sentido de serem capazes de satisfazer seus propósitos quando aplicadas a diferentes realidades. Parece ser o caso, então, de se imaginar que a previsão de uma porcentagem fixa que dispare a oferta obrigatória deveria envolver apenas uma presunção relativa de aquisição de controle, podendo-se afastá-la sempre que o percentual adquirido seja inferior ao já detido pelo acionista controlador. Esta solução é inconveniente na medida em que exige análise casuística das operações e também porque não fornece proteção à dispersão acionária em si. Todavia, tratando-se de companhia com controlador, ainda que não estrutural, ela parece ser o caminho mais apto a trazer justiça e proteção aos investidores.

Considerando a existência de benefícios decorrentes da dispersão acionária<sup>27</sup>, ao lidar com companhias nas quais não se pode verdadeiramente identificar um controlador, a previsão de uma oferta obrigatória para aquisição de ações em casos de aquisição originária de controle desencoraja a criação de estruturas de controle concentrado. Em raciocínio contrário, ao não requerer a oferta quando certa porcentagem do capital votante é adquirida por determinada pessoa ou grupo de pessoas agindo em conjunto, facilita-se a formação de blocos de controle e permite-se que investidores fiquem sujeitos a ver a companhia investida submeter-se ao

---

<sup>27</sup> Sobre o tema, vide C. Salomão Filho, *Diluição de Controle*, in *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 64-68.

controle de determinado agente sem que disso decorra qualquer proteção.

A mesma análise com vistas às peculiaridades brasileiras pode ser feita quanto à regra da neutralidade. Se em companhias de capital disperso, a exigência de aprovação dos acionistas para que a administração adote medidas de defesa contra tentativas de aquisição hostil visa a combater o conflito entre administradores e investidores, o mesmo não pode ser afirmado com relação às sociedades que contam com controle concentrado. Com relação a estas, a mesma racionalidade não pode ser aplicada, pois o conflito ocorre entre controlador e minoritários. Detendo o controlador uma porcentagem suficiente de ações votantes que lhe garantam o controle, a própria tentativa de aquisição hostil não se apresenta possível. Ocorre que em companhias com certo grau de dispersão em que se verifica a presença de controle minoritário, a aquisição hostil é possível, assim como a adoção de técnicas defensivas. Nestas situações de dispersão não absoluta, a obrigatoriedade da deliberação assemblear para que medidas defensivas possam ser usadas pela administração perde a razão de ser, na medida em que a previsão de uma decisão dos acionistas com vistas à proteção aos investidores passaria a pertencer meramente ao próprio controlador, que possui interesse direto em preservar sua posição. Na verdade, a concessão aos acionistas – leia-se, controlador – do poder de decidir pode ocasionar ainda mais

danos aos demais investidores. Este apenas não seria caso em duas hipóteses: (i) naquelas em que os demais acionistas detivessem uma quantia considerável de ações votantes e a adoção de medidas defensivas dependesse de supermaioria, e (ii) naquelas em que se reconhecesse o conflito de interesses do controlador em votar sobre o uso de medidas defensivas, impedindo o exercício do seu direito de voto e entregando a decisão aos minoritários.

Se por um lado o uso da regra de neutralidade apresenta defeitos se aplicado a casos de relativa dispersão, por outro a perspectiva de atribuir liberdade à administração para a adoção de medidas defensivas contra tentativas de aquisição hostil apenas seria um caminho adequado caso o sistema societário brasileiro fosse plenamente respeitado no sentido de garantir a independência da administração com relação ao controlador, mediante rigorosa imposição e exigência de respeito aos deveres fiduciários legalmente previstos e à eleição de administradores independentes, especialmente para as deliberações em que o acionista controlador possua interesse direto<sup>28</sup>. Além disso, seria necessário avaliar, caso a caso, a legalidade de medidas

---

<sup>28</sup> Sobre o tema, vide Sheila Christina Neder Cerezetti, *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)*, in M. V. von Adamek, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 571-593.

adotadas pela administração<sup>29</sup>, especialmente em vista da divisão de competências entre os órgãos das sociedades por ações.

Face ao exposto, conclui-se ser necessário estruturar um sistema capaz de lidar com companhias de capital concentrado – que, de resto, continuam a formar a grande maioria das sociedades por ações brasileiras –, com companhias de capital disperso e com casos limítrofes, em que, não obstante a presença de controlador, admite-se erroneamente tratar-se de situação de diluição.

#### 4. Conclusões

A completa disciplina das situações de aquisição de controle de companhias abertas deveria constituir uma das prioridades da política pública brasileira no que tange ao mercado de capitais, especialmente em vista da influência que adequados instrumentos de governança podem exercer no desenvolvimento do mercado e no crescimento econômico e social do país como um todo.

O adequado tratamento do tema exige que a estrutura acionária das companhias seja levada em consideração, de forma que os instrumentos jurídicos criados se apresentem aptos a lidar com companhias de capital concentrado

---

<sup>29</sup> Algumas práticas comuns de defesa contra aquisições hostis em países como os Estados Unidos não passariam pelo crivo da legalidade no Brasil. O *greenmail* (compra pela própria companhia de ações de sua emissão), por exemplo, não é permitido, nos termos do art. 2º, alínea “e”, da Instrução CVM n.º 10/80.

e diluído. Isto porque, muito embora pareça precoce afirmar a presença de um verdadeiro movimento de dispersão, não se pode negar que as até então inéditas companhias sem controlador passaram a existir no cenário brasileiro. A elas, contudo, não se deve aplicar os antigos institutos criados para disciplinar sociedades de capital concentrado.

A nova face do mercado exige estudos detalhados acerca do arranjo organizativo apropriado a lidar com as específicas características da estrutura de propriedade e os problemas daí advindos. O presente artigo buscou introduzir o tema, especialmente no que tange à disciplina das negociações do controle.

Para tanto, foram investigadas as perspectivas européias<sup>30</sup> e norte-americanas, questionando-se se elas seriam adequadas ao cenário brasileiro. Acredita-se que, em algumas hipóteses, seria apropriado impor restrições às negociações de controle, tal qual a oferta mandatória, e fazer uso da regra de neutralidade, mas sempre com necessárias adaptações. Em outras, reconhece-se que a perspectiva de liberdade na adoção de medidas defensivas contra a tentativa de tomada de controle poderia repre-

---

<sup>30</sup> Em vista da experiência de vigência da Diretiva, é possível que em 2011 a Comissão da Comunidade Européia proponha sua revisão, conforme previsto no art. 20 do próprio documento. A discussão do tema no Brasil deve atentar para este provável movimento de revisão, aprendendo com as dificuldades e acertos de países que, em sua maioria, também contam com importante grau de concentração acionária.

sentar a melhor solução, desde que um sério sistema de deveres fiduciários passasse a ser implementado.

Conclui-se ser imperiosa a aprovação de disciplina que leve em conta as profundas diferenças entre companhias marcadas por estruturas acionárias díspares, sejam elas concentradas, dispersas ou com algum grau de dispersão. Apenas assim será possível afirmar que o ordenamento brasileiro está preparado para lidar com os atuais movimentos de desenvolvimento do mercado de capitais, contando com instrumentos que garantam efetiva proteção aos investidores.\

## Decisão do Supremo Tribunal Federal confere efeitos jurídicos às uniões homossexuais – Comentários<sup>1</sup>

Renata Curzel\*

---

No dia 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o art. 1723 do Código Civil, o qual regulamenta os efeitos civis das uniões heterossexuais informais, é também aplicável às uniões homossexuais.<sup>2</sup> Essa decisão resultou do julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>3</sup> propostas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Assim, a decisão originou-se de um pedido abstrato de controle de constitucionalidade, sem que houvesse um caso concreto como pano de fundo. Ambas as ações tinham sido originalmente ajuizadas como ações de descumprimento de preceito fundamental<sup>4</sup>, mas o Supremo decidiu que esta forma de ação não seria processualmente admissível e recebeu os pedidos como de declaração de inconstitucionalidade.

---

\* LL.M., advogada em Hamburgo e sócia do escritório Grünwald & Curzel ([www.gc-advo.de](http://www.gc-advo.de)).

<sup>1</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Samtleben*, DBJV-Mitteilungen Nr. 1-2/1998, S. 8 (Anm. der Redaktion).

<sup>2</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, Ata de julgamento publicada no Diário da Justiça de 13/05/2011, edição nº 89.

<sup>3</sup> Art. 103 Constituição da República (CR), regulamentado pelos art. 2-9 da Lei nº 9.868, de 10/11/1999.

<sup>4</sup> Art. 102, § 1º CR, regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03/12/1999.

Com isso, finalmente, depois de várias tentativas fracassadas do Poder Legislativo, é reconhecida a união homossexual no direito brasileiro. Já em 1995 - um ano após a aprovação da primeira lei que regulamentou a união estável heterossexual no Brasil - fora apresentado um projeto de lei que, se tivesse sido aprovado, teria introduzido proteção jurídica civil e previdenciária a casais formados por pessoas do mesmo sexo.<sup>5</sup> Esse projeto acabou sendo retirado de pauta em 2001, tendo sido substituído por outros projetos de lei semelhantes. Mas nenhum deles, até hoje, logrou ser aprovado, sobretudo pela ferrenha oposição das Igrejas. Ainda no mês de dezembro de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados vetou os dispositivos do projetado Estatuto das Famílias que equiparavam as uniões estáveis homoafetivas às heteroafetivas.<sup>6</sup> Na prática, a decisão do Supremo Tribunal tem o mesmo efeito que teria a promulgação de uma lei que regulamentasse a matéria, já que a

---

<sup>5</sup> Projeto de Lei nº 1.151/95, publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 21/11/1995, p. 5827.

<sup>6</sup> Projeto de Lei nº 674/2007, aprovado com a retirada dos dispositivos que originalmente, previa a equiparação da família homoafetiva à união estável entre homem e mulher. Cf. [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=347575](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=347575) (03/06/2011).

decisão tem eficácia vinculante e geral<sup>7</sup>.

No dia em que este artigo foi concluído, ainda não havia sido publicado no Diário da Justiça o acórdão do julgamento, mas somente a respectiva ata informando que o pedido fora julgado procedente por unanimidade. No entanto, alguns ministros - dentre eles o Relator Ayres Britto<sup>8</sup> e o Min. Lewandowski<sup>9</sup> - divulgaram o inteiro teor de seus votos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na semana seguinte à do julgamento. Nestes votos é que se baseia a análise a seguir.

Objeto da ação de inconstitucionalidade foi o art. 1723 do Código Civil de 2002. Este reconhece, expressamente, como “entidade familiar” a “união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o fim de constituição de família”. Nos termos da parte dispositiva do voto do Ministro Relator Ayres Britto, o art. 1723 CC somente será conforme a Constituição se dele for excluído “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo<sup>10</sup>”. Deu, portanto,

nova redação ao art. 1723 do Código Civil.

Para chegar a essa decisão, o Relator do processo, infelizmente, fundamenta sua conclusão, no mais das vezes, meramente citando poetas populares e aforismos de filósofos, em vez de desenvolver um raciocínio jurídico (ou até filosófico).

Buscando uma linha de argumentação entre citações do cantor e compositor de música popular Caetano Veloso<sup>11</sup> e de versos supostamente psicografados pelo “médium” Chico Xavier<sup>12</sup>, pode-se concluir que, aparentemente, o Relator estabelece como base de sua argumentação o dever do Estado de promover o bem de todos, sem preconceitos<sup>13</sup>. A Constituição não distinguiria entre família formal ou informal. Desse modo, a “família” mencionada no caput do art. 226 da Constituição não seria limitada àquela constituída por “sujeitos heteroafetivos”. O parágrafo 3º do art. 226 da Constituição - que protege, expressamente, a união estável entre homem e mulher, seria meramente exemplificativo, não proibindo que as outras formas de família admitidas pela Constituição também sejam protegidas. Segundo o Relator, isso seria suficiente para dar ao art. 1723 do Código Civil “interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de união contínua, pública

<sup>7</sup> Art. 28, Lei 9.868, de 10/11/1999.

<sup>8</sup> Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> (28/05/2011).

<sup>9</sup> Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf> (28/05/2011).

<sup>10</sup> Parte dispositiva do voto do Relator Ayres Britto, p. 49.

<sup>11</sup> Voto do Min. Ayres Britto, p. 25, § 25. III.

<sup>12</sup> Voto do Min. Ayres Britto, p. 38, § 34.

<sup>13</sup> Art. 3, inciso IV, Constituição Federal.



e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, devendo o reconhecimento ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.”<sup>14</sup>

O problema é que, para chegar a essa conclusão, o voto do Relator não analisa o art. 1723 do Código Civil, o qual aparece apenas em sua parte dispositiva. Assim, embora diga que faça uso da técnica de declaração de interpretação da legislação infraconstitucional “conforme a Constituição”, o voto não analisa a lei ordinária. Ele não explica porque a expressão “homem e mulher” pode englobar “homem e homem” ou “mulher e mulher” e porque isso não ultrapassaria as possibilidades de uma “interpretação”. Ele se limita analisar a Constituição Federal e conclui que esta permite a entidade familiar homoafetiva. Da permissão constitucional da família homoafetiva, resultaria, sem maiores explicações, a inconstitucionalidade do artigo do Código Civil que regulamenta a união estável heterossexual. Desse modo, o voto do Relator acaba não demonstrando claramente a incompatibilidade do art. 1723 do Código Civil com a Constituição. É verdade que o voto menciona como sendo óbvio o dever do estado de reconhecer que todos são iguais<sup>15</sup>, e portanto, parece invocar o princípio de igualdade como base para a sua argumentação. Mas ele não chega ao ponto de discutir com clareza

que a união estável homoafetiva seria um fato jurídico igual ao da união estável heteroafetiva. Em vez disso, o voto discute extensamente a importância da sexualidade na vida humana.<sup>16</sup>

Assim, sem umnexo causal satisfatório, o voto dá uma “interpretação conforme a Constituição” sem explicar porque outras possíveis interpretações do art. 1723 CC não seriam conformes a ela. Na verdade, os fundamentos jurídicos apresentados por Ayres Britto serviriam bem para demonstrar a compatibilidade com a Constituição de uma eventual lei ordinária que regulamentasse os direitos e deveres decorrentes de uma união civil homoafetiva. Não servem, porém, para demonstrar inconstitucionalidade de dispositivo que claramente regulava unicamente a união estável heterossexual, que é uma das formas de família informal previstas pela Constituição.

Neste ponto, é oportuno observar que o voto do Ministro Lewandowski diverge substancialmente do voto do Relator, inclusive na parte dispositiva. Partindo do pressuposto de que uniões estáveis heterossexuais e homossexuais são fatos jurídicos distintos, ele não declara a inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, mas determina sua aplicação às uniões homoafetivas por conta da inexistência de normas que regulamentem estas últimas<sup>17</sup>. Segundo

---

<sup>14</sup> Voto do Min. Ayres Britto, parte dispositiva, p. 48-49, § 37.

<sup>15</sup> Voto do Min. Ayres Britto, p. 28, § 25. VI.

---

<sup>16</sup> Voto do Min. Ayres Britto, p. 13-28, § 15-25.

<sup>17</sup> Como esta divergência pode existir, fica difícil de entender, já que a ata do julgamento publicada na

ele, a forma da família homoafetiva, embora não citada expressamente pela Constituição, poderia ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual.<sup>18</sup> Estes argumentos, embora não sirvam para fundamentar a inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, poderiam servir para fundamentar uma eventual declaração de inconstitucionalidade na omissão<sup>19</sup> do legislador infraconstitucional em garantir os direitos civis e previdenciários dos cidadãos que vivem em famílias homoafetivas.

De todo modo, os efeitos dessa decisão judicial são vinculantes e obrigam a todos, como se fosse uma lei – são os mais sérios possíveis. Isso porque, como é sabido, da união estável não resultam apenas direitos assistenciais e alimentários. Nela, também vigora o regime de bens da comunhão parcial de bens, relativamente ao período de constância da união. Isso significa que o patrimônio adquirido pelos companheiros durante a união comunica-se ao outro, passando a fazer parte de uma massa comum. E isso sem que haja uma declaração expressa de vontade, em uma espécie de casa-

mento forçado. Estas regras, agora, passam ser também aplicadas para companheiros homossexuais que vivem em uma união pública, contínua e duradora.

Já por isso, merece ser criticado o fato de os votos divulgados não terem se ocupado do problema da eficácia retroativa da decisão. É sabido que normas modificadoras costumam acarretar problemas de direito intertemporal. O legislador, normalmente, para amenizar esses problemas, cria normas transitórias. O Supremo poderia ter preventivamente amenizado esses efeitos retroativos, caso tivesse feito uso do instrumento do art. 27 da Lei 9.868/1999. Segundo este, quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, o tribunal poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como a parte dispositiva da decisão é omissa quanto ao problema de retroatividade, provavelmente a decisão terá efeitos retroativos a partir de 10 de janeiro de 2003. Isso porque, em regra, uma decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos a partir do momento da entrada em vigor da norma julgada inconstitucional. Assim, como o art. 1723 do Código Civil entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003,

---

edição de 13/05/2011 do Diário da Justiça informa ter havido unanimidade na votação.

<sup>18</sup> Voto do Min. Lewandowski, p. 7.

<sup>19</sup> Art. 103, § 2º CR, regulamentado pelos arts. 12-A a 12-F da Lei 9.868/99, introduzidos pela Lei 12.063, de 27/10/2009.

as uniões estáveis homoafetivas passam a estar sujeitas ao mesmo regime jurídico que regula as uniões estáveis heterossexuais a partir dessa data. Com isso, poderá atingir, por exemplo, o patrimônio de pessoas que pensavam viver em uma união juridicamente irrelevante. Portanto, essa decisão do STF, dependendo da forma como venha a ser aplicada, poderá retirar metade do patrimônio titulado por companheiro em união estável – se esse patrimônio tiver sido adquirido a partir de 10 de janeiro de 2003.

No que tange aos efeitos materiais da decisão, é bom ressaltar que estes se circunscrevem à esfera dos direitos civis. Assim, os companheiros homoafetivos passam a ter, por exemplo, o direito de receber (ou o dever de pagar) alimentos, fica-lhes imposta a comunhão parcial como regime de bens, à falta de contrato escrito ajustando regime diverso, eles passam a ter direito à herança relativamente aos bens adquiridos pelo esforço comum, etc.

Na esfera do direito público, a decisão não gera efeitos diretos. Se e como o reconhecimento civil da união estável homossexual produzirá efeitos indiretos nessa seara, ainda não está definido. De qualquer modo, a união homoafetiva já vem sendo reconhecida em muitas áreas do direito público há vários anos. Por exemplo, o INSS já reconhece benefícios previdenciários parcialmente aos companheiros homossexuais desde 2003

por força de uma decisão do STF<sup>20</sup> e integralmente desde 2010<sup>21</sup>. Já desde 2003 também existe a possibilidade de um companheiro estrangeiro receber um visto de permanência definitiva com base em união homoafetiva.<sup>22</sup>

No fim das contas, uma coisa é certa: embora seja celebrável o fato de as uniões homossexuais terem, finalmente, deixado de ser marginalizadas pelo direito brasileiro, é lamentável que o avanço tenha sido introduzido por conta da atuação de juízes, e não em decorrência de mudança legislativa. O resultado desse julgamento deixa, pois, evidente a necessidade de se aperfeiçoar o remédio da ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, de forma tal que a solução determinada pelo Supremo Tribunal Federal apenas venha a ser concretizada em caso de mora do Congresso Nacional em legislar. Assim, haveria uma melhor convivência entre os poderes e maior respeito ao princípio democrático.\

---

<sup>20</sup> Petição nº 1.984-9/RS, Rel. Min. Marco Aurélio. Requerente: INSS; Requerido: Juíza Substituta da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre/RS. Decisão proferida a 10 de fevereiro de 2003, Diário da Justiça de 20/02/2003, edição nº 36.

<sup>21</sup> Portaria MPS nº 513, de 09/12/2010, Diário Oficial da União de 10/12/2010, Seção 1, p. 71.

<sup>22</sup> Resolução Conselho Nacional de Imigração nº 5, de 03/12/2003.

## Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht

Andreas Grünewald

---

Benevenuto, Rachel / Sester, Peter  
*Schiedsgerichtsbarkeit im brasilianischen  
Handels- und Gesellschaftsrecht*  
RiW 2010, 680 ff.

Forum Recht 2010, 21-24 (Elektronische  
Referenz: [http://www.forum-recht-  
online.de/hp/pdf/Hete/  
FoR1001\\_021\\_kommer.pdf](http://www.forum-recht-online.de/hp/pdf/Hete/FoR1001_021_kommer.pdf))

Binder, Christina  
*Auf dem Weg zum lateinamerikanischen  
Verfassungsgericht? - Die Rechtsprechung  
des Interamerikanischen Menschenrechts-  
gerichtshofs im Bereich der Amnestien*  
ZaöRV 2011, 1 ff.

Leal, Márcio Flavio Mafra  
*Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffu-  
ser Interessen: eine rechtsdogmatische und  
rechtsvergleichende Untersuchung in Bra-  
silien und Deutschland*  
Frankfurt am Main: Lang, 2010  
254 S.

Busch, Friederike  
*„Amazonien – Diversität und Integration  
in das Recht des geistigen Eigentums“ –  
Internationaler Kongress zum geistigen  
Eigentum in São Paulo, 21. bis 23. Juni  
2009 und einige Gedanken dazu*  
GRUR Int 2010, 215 ff.

Maliska, Marcos Augusto  
*Die Geschichte des brasilianischen Föde-  
ralismus*  
Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Ge-  
genwart  
Bd. 58 (2010), 617-632

Ceia, Eleonora Mesquita  
*Die verfassungsgerichtliche Kontrolle völ-  
kerrechtlicher Verträge : eine rechtsver-  
gleichende Untersuchung zwischen Brasi-  
lien und Europa*  
Baden-Baden: Nomos, 2011  
265 S.

Moura de Souza, Cléssio  
*Straftaten Jugendlicher in Brasilien*  
Monatsschrift für Kriminologie und Straf-  
rechtsreform, Bd. 93 (2010), 230-242

Hoeren, Thomas / Hoffmann, Marie Louise  
*Technologie und Materialtransfer zwi-  
schen deutschen und brasilianischen Li-  
feScience Unternehmen*  
MitttdtPatA 2009  
S. 386 ff.

Nordmeier, Carl Friedrich  
*Divergenz von Delikts- und Unterhaltssta-  
tut bei tödlich verlaufenden Straßenver-  
kehrsunfällen*  
IPRax 2011, 292-298

Kommer, Steffen  
*Wem gehört die biologische Vielfalt Brasi-  
liens?*

Oberheiden, Nick  
*Typologie und Grenzen des richterlichen  
Verfassungsvergleichs: Deutschland, USA  
und Brasilien im Vergleich*  
Baden-Baden: Nomos, 2011  
196 S.

Pünder, Hermann

*Landkonflikte in Brasilien : eine Spirale der Gewalt aus Landvertreibungen und Landbesetzungen*

Bucerius law journal, Bd. 4/2010, 37-38

Elektron. Referenz: [http://www.law-journal.de/fileadmin/user\\_upload/PDF/BLJ\\_Ausgabe\\_02\\_2010.pdf](http://www.law-journal.de/fileadmin/user_upload/PDF/BLJ_Ausgabe_02_2010.pdf)

Rauhmeier, Andreas

Namensänderung eines deutsch-brasilianischen Kindes nach Eheschließung der Eltern

StAZ 4/2011, 117-119.

Schaal, Daniel

International-Privatrechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der notariellen Praxis - Teil II-2

ZNotP 2010, 246-258

Schäfer, Dierk

*Brasilien: Erbrecht des nichtehelichen Lebenspartners*

ZEV 2010, 238 ff.

Schmidt, Jan Peter

*Dienstleistungsverträge im brasilianischen Recht*, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Service Contracts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 181-192

Sester, Peter

*Bieterverfahren und Projektverträge im brasilianischen Recht*

RiW 2010, 269 ff.

Ders.,

*Brasilianisches Handels- und Wirtschaftsrecht*

Frankfurt am Main: Verl. Recht und Wirtschaft, 2010

306 S.

Ders.,

*Unabhängige Regulierungsagenturen im brasilianischen Wirtschaftsrecht*

RabelsZ 74 (2010), 360-392.

Tôrres-Jaeger, Ana Augusta

*Schutz des Darlehensnehmers bei Abtretung von Darlehensforderungen im Lichte des Bankgeheimnisses : eine vergleichende Untersuchung der Rechtslage in Deutschland und Brasilien*

Frankfurt am Main: Lang, 2010

216 S.\\

## INTERNA DBJV

---

### **Hinweis auf neue Publikationen in der DBJV-Schriftenreihe**

ternetauftritt der Vereinigung unter  
[www.dbjv.de](http://www.dbjv.de).\

Die DBJV gibt seit 1985 eine Schriftenreihe heraus, in der bisher 42 Bände erschienen sind. An dieser Stelle möchten wir auf die zuletzt erschienenen Bände hinweisen:

#### Band 42:

Wolf Paul/Ralph Stock (Hrsg.), Schwerpunkte des Strafrecht in Brasilien und Deutschland, 2011 (Beiträge zur XXVII. Jahrestagung der DBJV in Köln 2008).

#### Band 41:

Gert Egon Dannemann/Irene Haagen (Hrsg.) Handel mit Natur und Umwelt / Negociar com a Natureza e o Meio Ambiente, 2010 (Beiträge zur XXVI. Jahrestagung der DBJV in Rio de Janeiro 2007);

Die Bände 1 bis 28 sind beim Peter Lang Verlag erschienen. Ab dem 29. Band erscheint die Schriftenreihe im Shaker-Verlag ([www.shaker.de](http://www.shaker.de)). Die Bände sind im Buchhandel erhältlich und können auch online beim Verlag bestellt werden. Es ist auch ein Download im PDF-Format möglich. Alle Mitglieder und Freunde der DBJV sind herzlich zum Kauf eingeladen.

Nähere Informationen zur Bestellung entnehmen Sie bitte dem In-