

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 3**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**Julho / Dezembro de 2008**

## REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 3 Julho/Dezembro de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

### **COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:**

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof<sup>ª</sup>. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof<sup>ª</sup>. Salete Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenque-ner de Araújo).

### **CONSELHO EDITORIAL:**

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

### **CONSELHO EXECUTIVO:**

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenque-ner de Araújo e Viviane Perez

### **PATROCINADORES:**

**DIREITO  
SOCIETÁRIO**





**TRANSFERÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA  
ENTRE INTEGRANTES DO GRUPO  
CONTROLADOR DE COMPANHIA ABERTA**

**SHARE TRANSFER BETWEEN MEMBERS OF THE  
CONTROLLING GROUP OF A PUBLIC CORPORATION**

*Nelson Eizirik*

*Resumo:* O presente artigo enfrenta questão relativa à obrigatoriedade de realizar oferta pública por alienação de controle de companhia aberta em situações nas quais haja transferência de participação acionária entre os integrantes do grupo controlador da sociedade. Em primeiro lugar, o autor dedica-se à caracterização do poder de controle nas sociedades anônimas. Em seguida, verifica-se que o poder de controle está diretamente ligado às circunstâncias fáticas particulares de cada sociedade, fazendo com que, seja por meio de instrumentos formais, seja pela verificação casuística, possa ser configurado o exercício do controle por um grupo. Finalmente, contrapondo a função do artigo 254-A da Lei das S.A., que determinou a realização de oferta pública por alienação de controle, e a transferência de ações entre acionistas membros do grupo de controle, conclui-se pela ausência dos pressupostos capazes de ensejar a aplicação do dispositivo legal.

*Palavras-chave:* Acionista controlador. Controle nas companhias abertas. Oferta pública por alienação de controle. Controle compartilhado.

*Abstract:* This article faces the question on the requirement to launch a tender offer for minority shareholders, in situations where there is transfer of share holding among members of the controlling group. First, the author focuses on definition of the control power in a corporation. Then, he notices that the control power is directly linked to specific circumstances of each corporation, which permits, either through formal instruments, or by the analysis of facts, to verify the exercise of the control of a publicly held corporation by a group. Finally, opposing the function of Article 254-A of Corporation Law, which determinates the launch of a tender offer for minority shareholders, and the characteristics of the transfer of shares among members of control group, the available conclusion is that the application of the provision is not possible.

*Key-words:* Control shareholder. Control in a public corporation. Tender offer for minority shareholders. Shared control of public corporation.

*SUMÁRIO:* Introdução; A. A caracterização legal do acionista controlador e o controle compartilhado; B. Oferta pública por alienação de controle de companhia aberta; C. Os requisitos para a obrigatoriedade da oferta pública por alienação de controle; D. Aplicação do artigo 254-A da Lei das S.A. aos casos de controle compartilhado.

## **Introdução**

Alguns casos recentes têm propiciado a discussão da eventual aplicação do art. 254-A da Lei das S.A., que trata da Oferta Pública de Aquisição de Ações, à transferência de participação acionária entre integrantes de um grupo controlador de companhia aberta.

Trataremos, no presente artigo, de analisar tal questão, em nosso sistema de direito societário. Para tanto, desenvolveremos o estudo dos seguintes tópicos: a) a caracterização legal do acionista controlador e o controle compartilhado; b) a oferta pública por alienação

de controle de companhia aberta; c) os requisitos que tornam obrigatória a oferta pública por alienação de controle; d) a aplicação do art. 254-A da Lei das S.A. aos casos de controle compartilhado.

## **A — A Caracterização legal do acionista controlador e o controle compartilhado**

A Lei nº 6.404/1976 reconheceu a existência do poder de controle nas sociedades anônimas, definindo-o não apenas em função da titularidade da maioria do capital votante, mas essencialmente em virtude do efetivo exercício da direção das atividades sociais<sup>1</sup>.

Nos termos do artigo 116 da Lei das S.A., “*entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:*

*a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e*

*b) usa efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”*

Como se verifica, a caracterização do controle acionário pressupõe a ocorrência cumulativa de três requisitos: a) predominância de votos nas assembléias gerais, com a eleição da maioria dos administradores; b) permanência dessa predominância; e c) uso efetivo do poder de dominação<sup>2</sup>.

---

1 NELSON EIZIRIK. Oferta Pública de Aquisição de Controle de Companhia Aberta. **In: Fusesões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos**. Organizador: Jairo Saddi. São Paulo: IOB, 2002, p. 236.

2 ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA. **A Lei das S.A.: (pressupostos, elaboração, aplicação)**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, Vol. 2, p. 197.

A lei societária brasileira reconhece no acionista controlador o verdadeiro dirigente dos negócios sociais, ou seja, aquele que manifesta a vontade prevalente nas votações das Assembléias Gerais e na eleição dos administradores da companhia. É o controlador quem, de fato, determina a condução das atividades da sociedade.

Trata-se, o controle da sociedade anônima, de um **poder de fato**, não de um poder jurídico, visto que não há norma que o assegure; o acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle, mas o tem enquanto for titular de direitos de voto em número suficiente para lograr a maioria nas deliberações assembleares<sup>3</sup>.

Verifica-se, assim, que o poder de controle está diretamente relacionado às circunstâncias fáticas particulares de cada sociedade, fazendo-se necessária, para a identificação do acionista controlador, a análise casuística daquele que efetivamente dita os rumos dos negócios sociais.

A esse poder de comandar os negócios sociais corresponde, em contrapartida, uma série de deveres e responsabilidades específicas, não imputáveis aos demais acionistas da companhia, decorrentes do eventual exercício abusivo do poder de controle.

O controle configura-se, desse modo, como um **poder** ao qual corresponde uma situação jurídica, cujo titular está inserido em um complexo de normas que criam deveres e responsabilidades perante a companhia, os demais acionistas e a comunidade onde ela atua.

A presença dos requisitos essenciais à configuração do acionista controlador pode derivar da titularidade de ações com direito a voto por uma única pessoa física ou jurídica, as quais permitam a esse acionista exercer o poder de conduzir os negócios sociais.

Entretanto, é possível que acionistas que isoladamente não conseguiriam fazer sua vontade prevalecer nas deliberações sociais

---

3 NELSON EIZIRIK. **Temas de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 234.

reúnam-se através de um acordo de votos para conduzir as atividades da companhia de forma compartilhada. Forma-se, nestas situações, um **grupo controlador**, cujos membros exercerão o controle da sociedade em conjunto.

Com efeito, é bastante usual que vários acionistas, individualmente minoritários, se reúnam para compor a maioria, reconhecendo a doutrina, em tal hipótese, a existência de um controle conjunto ou por associação<sup>4</sup>:

*“O bloco majoritário pode não ser constituído por um único acionista, nem se apresentar, necessariamente, como um grupo monolítico de interesses. É mesmo usual que dois ou mais acionistas, ou grupos de acionistas, componham a maioria, associando interesses, temporária ou permanentemente convergentes. Pode-se falar, em tais hipóteses, de um **controle conjunto** ou **por associação**.”*(grifamos)

Nesses casos, o poder de controle é de titularidade do **conjunto de acionistas** que integram o grupo controlador, não de qualquer de seus membros. A propósito, Luiz Gastão Paes de Barros Leães ressalta que<sup>5</sup>:

*“Em tais hipóteses, fala-se em controle comum ou compartilhado (joint control), pois, nelas, **o grupo de controle exerce as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador sempre de forma coletiva**. Ou seja, as pessoas que o constituem agem e respondem como se fossem uma só pessoa sem que cada uma, por si só, possa ser caracterizada como “acionista controlador”. A circunstância de que qualquer um dos participantes seja eventualmente majoritário, dentro ou fora do grupo, não o converte, ipso facto, em um acionista controlador, senão quando visto como parte componente da coletividade.*

---

4 FÁBIO KONDER COMPARATO. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 46.

5 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, **Acordo de comando e poder compartilhado**, in “Pareceres”, vol 2, Ed. Singular, SP, 2004, p. 1309/1310.

*Até porque seria incompatível com a boa hermenêutica do dispositivo legal acima reproduzido [art. 116 da Lei das Sociedades por Ações] admitir que uma sociedade possa, ao mesmo tempo, ser controlada por um grupo de acionistas e por um dos acionistas integrantes desse grupo. É impossível imaginar a existência concorrente, numa mesma companhia, de dois acionistas controladores, um sendo parte integrante do outro. **Em todo grupo de controle, a lei pressupõe sempre o exercício de um poder coletivo, tanto que entende que essa coletividade deva ser encarada como um único sujeito de direito — o acionista controlador. O poder de controle é, destarte, atributo do grupo, considerado coletivamente, e não dos seus componentes, isoladamente considerados.***”(grifamos)

Corroborando tal entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários — CVM já se manifestou no sentido de que, nos casos de controle compartilhado, “o controle é exercido pelo grupo, como grupo, e em grupo”<sup>6</sup>.

Assim, configura-se o “**controle compartilhado**” quando o poder de controle é exercido por várias pessoas em conjunto, usualmente como signatários de acordo de acionistas, que se obrigam a votar em bloco nas matérias atinentes ao exercício do poder de controle. Embora nenhum dos signatários do acordo detenha, individualmente, a maioria das ações votantes, a união das suas ações assegura o controle acionário, mediante o chamado “bloco de controle”. Usualmente seus integrantes instituem um “órgão” deliberativo interno, designado “reunião prévia”, na qual a deliberação será tomada por maioria absoluta dos convenientes e vinculará todos eles, nos termos dos §§ 8º e 9º do artigo 118 da lei das S.A.<sup>7</sup>.

---

6 Processo CVM nº 2007/7230, voto do Dir. Marcelo Fernandez Trindade, decidido em 11.07.2007.

7 NELSON EIZIRIK, ARIADNA BOHOMOLETZ GAAL, FLÁVIA WEINER PARENTE MARTINS, MARCUS DE FREITAS HENRIQUES. **Mercado de capitais: Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 369.

Caracterizam o controle compartilhado as seguintes modalidades de cláusulas constantes do acordo de acionistas:

- a) acordo de voto conjunto para determinadas matérias, que somente podem ser objeto de aprovação, em assembleia geral ou em reunião de conselho de administração, se aprovadas em reunião prévia dos integrantes do acordo de acionistas;
- b) direito de preferência para aquisição das ações do signatário que deseja retirar-se da companhia;
- c) direito de eleger um número determinado de membros da diretoria e do conselho de administração;
- d) necessidade de aprovação, por parte de todos ou de maioria qualificada dos signatários, para o ingresso de novos sócios; e
- e) direito de veto sobre matérias relevantes para o desenvolvimento dos negócios da companhia, como aumento de capital, distribuição de dividendos, investimentos ou empréstimos acima de certo valor, incorporação, fusão e cisão etc.<sup>8</sup>

As relações entre os integrantes do grupo de controle são normalmente instrumentalizadas por meio de um acordo de acionistas, firmado com fundamento no artigo 118 da Lei nº 6.404/1976.

No entanto, a formação do grupo controlador pode não ser formalizada por acordo de acionistas. De fato, é perfeitamente possível que acionistas de uma companhia tacitamente aceitem compartilhar o controle, dirigindo o sentido de seus votos numa mesma direção, sem que exista um acordo de acionistas para concretizar tal obrigação.

O acordo de acionistas, dessa forma, não constitui condição indispensável para a configuração fática do controle compartilhado.

---

8 NELSON EIZIRIK. **Temas de Direito Societário**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 234.

Com efeito, como o exercício do poder de controle decorre de uma situação **de fato**, admite-se a existência de grupo controlador vinculado por acordo de voto tácito<sup>9</sup>; na hipótese de duas pessoas votarem em conjunto, expressando, de maneira permanente, a mesma vontade, poderão ser consideradas como integrantes do bloco de controle, ainda que não exista um instrumento que materialize este acordo de vontades<sup>10</sup>.

## **B — A oferta pública por alienação de controle de companhia aberta**

Em nosso ordenamento jurídico, a oferta pública decorrente da alienação de controle de companhia aberta passou a ser prevista a partir do advento da Lei nº 6.404/1976, cujo artigo 254 impunha ao adquirente do controle a obrigação de estender aos demais acionistas o mesmo preço que havia sido pago ao alienante do bloco de ações que lhe assegurava o poder de controle.

Contudo, a Lei nº 9.457/1997, em seu artigo 6º, revogou expressamente o artigo 254 e os §§ 1º e 2º do artigo 255 da Lei das S.A., eliminando, dessa forma, de nosso sistema jurídico, a oferta pública obrigatória de aquisição de ações dos minoritários, decorrente da alienação do controle acionário de companhia aberta.

A Lei nº 10.303/2001 restaurou, sob novas condições, a obrigatoriedade de realização de oferta pública aos acionistas minoritários em virtude da **alienação** de controle de companhia aberta, ao introduzir na Lei das S.A. o artigo 254-A, *in verbis*:

---

9 FÁBIO KONDER COMPARATO. **Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 64.

10 FERNANDO NETTO BOITEUX. **Responsabilidade Civil do Acionista Controlador e da Sociedade Controlada**. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 30.



*“Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.”*

Como se verifica, ao invés de obrigar o adquirente do controle a oferecer aos demais acionistas as mesmas condições contratadas com o antigo controlador, o referido artigo 254-A determina que ele pague aos minoritários preço, no mínimo, igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação integrante do bloco de controle.

Ou seja, com a redação conferida ao artigo 254-A da Lei das S.A., passou-se a atribuir ao bloco de controle da companhia aberta um valor econômico, justificando-se que as ações que o integrem recebam um preço superior ao dos acionistas minoritários, por ocasião de sua alienação.

## **C – OS REQUISITOS PARA A OBRIGATORIEDADE DA OFERTA PÚBLICA POR ALIENAÇÃO DE CONTROLE**

A Lei nº 10.303/2001 conferiu uma acepção ampla à expressão *“alienação do controle acionário”*, nela incluindo não apenas a venda direta do conjunto das ações que compõem o bloco de controle, mas também os casos de alienação indireta ou de alienação por etapas, em que não ocorre transferência simultânea de todas as ações que integram o bloco de controle.

O fundamento para a extensão conferida ao referido dispositivo legal decorre do fato de o negócio jurídico de alienação do controle acionário de uma companhia aberta, sobre o qual deve incidir a regra prevista no artigo 254-A da Lei das S.A., ter por objeto não a simples cessão de um bloco de ações, mas sim a **transferência do**

**próprio poder de dominação** sobre a atividade empresarial exercida pela sociedade<sup>11</sup>.

Isto significa que a alienação de controle não decorre exclusivamente da alienação de valores mobiliários emitidos pela companhia, mas pressupõe também, e necessariamente, a alienação de um **poder** sobre os negócios da companhia<sup>12</sup>.

Assim, o objetivo do legislador foi assegurar a obrigatoriedade da realização da oferta pública sempre que determinada operação resulte na efetiva transferência do poder de comandar as atividades da companhia, independentemente da forma pela qual tal operação seja estruturada.

Em qualquer das hipóteses contempladas no artigo 254-A da Lei das S.A. (alienação direta, alienação indireta ou alienação em etapas), o pressuposto fundamental, para que se configure a obrigatoriedade de realização de oferta pública, é que a operação resulte, direta ou indiretamente, na transferência do controle acionário, isto é, do poder de dirigir o processo empresarial de determinada companhia aberta.

Em vista disso, a aplicação do artigo 254-A pressupõe que os integrantes do bloco de controle cedam suas posições para **terceiro** e este assumira posição dominante na companhia, passando a exercer, em substituição ao antigo controlador, o poder de conduzir as atividades sociais.

A CVM, ao regulamentar a matéria, estabeleceu que a oferta pública decorrente da alienação do controle de companhia aberta somente pode ser exigida em relação às operações mediante as quais um **terceiro** passe a exercer as prerrogativas que caracterizam o po-

---

11 FÁBIO KONDER COMPARATO. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 238.

12 FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA. A alienação do controle societário na Lei das S.A. **In: Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos**. Organizador: Jairo Saddi. São Paulo: IOB, 2002, p. 227/228.

der de controle sobre a sociedade, conforme se verifica do disposto no artigo 29, § 4º, da Instrução CVM nº 361/2002:

“Art. 29 – (...)”

§ 4º *Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais **um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76.**” (grifamos)*

Assim, somente haverá alienação efetiva do controle, para os efeitos do artigo 254-A, caso a operação resulte na transferência do poder de dominação sobre a companhia, passando tal poder a ser exercido por um **novο** acionista controlador.

Além disso, outro requisito para que possa ser imposta a regra estabelecida no artigo 254-A da Lei das S.A. consiste no caráter **one-roso** da operação. Ou seja, somente pode ser exigida a oferta pública para aquisição das ações pertencentes aos acionistas minoritários nas operações em que haja pagamento, em dinheiro ou em bens, pelas ações ou valores mobiliários que ensejam a transferência do poder de controle.

De fato, como o referido artigo 254-A determina que o preço da oferta pública dirigida aos acionistas minoritários corresponda a 80% (oitenta por cento) do valor por ação pago ao antigo controlador, dita oferta pública, evidentemente, **não** teria qualquer finalidade nas hipóteses em que a transferência do controle acionário ocorresse a título gratuito.

Finalmente, também é fundamental, para que seja aplicável o artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976, que ocorra alguma **transferência**

de ações, ou de direitos derivados de tais ações, dos integrantes do antigo grupo controlador para o adquirente do controle.

A própria redação do § 1º do artigo 254-A confirma tal entendimento, ao dispor que “*entende-se como alienação de controle a **transferência**, de forma direta ou indireta, **de ações integrantes do bloco de controle**”.*

Portanto, nos casos em que ocorra uma mudança no controle de companhia aberta sem que, para tanto, o novo controlador tenha que comprar ações pertencentes ao antigo controlador ou mesmo adquirir quaisquer ações **não** será obrigatória a realização da oferta pública prevista no artigo 254-A da lei societária<sup>13</sup>.

Dessa forma, devem estar presentes os três elementos fundamentais para que seja obrigatória a oferta pública prevista no artigo 254-A da Lei das S.A.:

- a) que a operação, em seu conjunto, resulte no surgimento de um **terceiro** como novo acionista controlador;
- b) que a transferência do controle, qualquer que seja a sua modalidade, apresente caráter **oneroso**; e
- c) que tenha ocorrido a **transferência** da totalidade ou de parte de ações pertencentes ao antigo controlador, ou de direitos derivados de tais ações<sup>14</sup>.

---

13 A CVM já se manifestou no sentido de que não se pode impor a realização da OPA prevista no artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976 em operações em que não ocorrem transferências de valores mobiliários, conforme se verifica, por exemplo, do voto proferido pelo Dir. Pedro Marcílio de Souza no Processo CVM nº RJ 2005/4069, julgado em 11.04.2006, e do voto proferido pelo Diretor Durval Soledade no Processo CVM nº RJ 2007/14.099, julgado em 29.01.2008.

14 NELSON EIZIRIK, ARIÁDNA B. GAAL, FLÁVIA PARENTE e MARCUS DE FREITAS HENRIQUES. **Mercado de Capitais: Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 580.

## **D – A aplicação do Artigo 254-A da Lei das S.A. aos casos de controle compartilhado**

Trataremos, agora, de analisar a eventual aplicação do disposto no artigo 254-A da Lei das S.A. às hipóteses em que o controle é exercido de forma compartilhada entre acionistas da companhia.

No regime original da Lei nº 6.404/1976, a questão foi disciplinada pela Resolução CMN nº 401/1976 que, em seu inciso III, dispunha que, nos casos em que o controle era exercido por um grupo de pessoas vinculadas por acordo de acionistas, somente se consideraria alienação de tal controle “*o negócio pelo qual **todas** as pessoas que formam o grupo controlador transferem para terceiros o poder de controle da companhia*” (grifamos).

A orientação contida na Resolução CMN nº 401/1976 não foi seguida pela Lei nº 10.303/2001. De fato, o § 1º do artigo 254-A, ao impor a realização da oferta pública, refere-se, genericamente, à transferência **de ações** integrantes do bloco de controle que venha a resultar na alienação do controle acionário da companhia, não de todas as ações do bloco de controle.

Dessa forma, para que se torne obrigatória a oferta pública, não é necessário que **todos** os integrantes do grupo de controle transfiram para o novo controlador o conjunto das suas posições acionárias.

Por outro lado, não é qualquer alienação de ações vinculadas ao grupo de controle que enseja a aplicação do artigo 254-A da lei societária. A propósito, Luiz Leonardo Cantidiano enfatiza que<sup>15</sup>:

---

15 LUIZ LEONARDO CANTIDIANO. Características das ações, cancelamento de registro e “tag along” **In: Reforma da lei de Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da lei nº 10.303, de 31.10.2001**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.93.

***“Não basta, para caracterizar a alienação de controle, que sejam alienadas ações integrantes do bloco de controle, salvo se o adquirente adquirir, em decorrência da operação realizada, uma quantidade de ações ordinárias que isoladamente, ou agregadas a outras ações de igual espécie, que já eram detidas pelo comprador, venham a assegurar uma posição de comando político da companhia, com as características que estão indicadas no art. 116 da lei societária.”*** (grifamos)

Com efeito, constitui requisito essencial para a aplicação do artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976 que os integrantes do bloco de controle cedam, total ou parcialmente, suas ações para **terceiro** e este assuma posição **dominante** na companhia, passando a ter poderes suficientes para imprimir uma nova orientação às atividades sociais.

Ou seja, eventuais trocas de posições ocorridas **dentro** do bloco de controle **não** caracterizam a alienação do controle acionário para os fins previstos no artigo 254-A da Lei das S.A.<sup>16</sup>.

Neste sentido, ainda na vigência da redação original da Lei nº 6.404/1976, Nelson Motta lecionava que<sup>17</sup>:

*“Temos para nós, como certo e indubitável, que as transferências realizadas entre sócios, no âmbito do grupo controlador, não alteram a titularidade do poder de controle frente à sociedade e não afetam as relações entre a maioria na assembléia geral. O sócio que sendo já possuidor de 30% das ações do grupo, eleva para 40% a sua participação, através de transferências feitas internamente, não acarreta qualquer mudança na identidade do acionista controlador da companhia. Não gera nenhuma modificação na correlação dos votos que concorrem à assembléia geral. Pois **se o poder de controle continua a ser exercido, de forma compartilhada, pelo mesmo grupo de acionistas que já o exercia anteriormente, cum-***

---

16 MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK. **A Nova Lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 398.

17 NELSON CÂNDIDO MOTTA. Alienação do Poder de Controle Compartilhado **In: Revista de Direito Mercantil**, v. 89, p. 45.

***pre reconhecer – por imperativo lógico – que nesse caso não se verificou a alienação do controle da sociedade, não sendo portanto exigível oferta pública aos acionistas minoritários.***”  
(grifamos)

Portanto, no caso de controle compartilhado, a transferência de ações de um acionista para outro, dentro do grupo controlador, não configura alienação de controle. Em verdade, tal transferência de ações dá ensejo a uma mera **consolidação** do controle<sup>18</sup>.

A propósito, a CVM já decidiu não ficar caracterizada a obrigatoriedade de realização de oferta pública na hipótese em que dois acionistas exerciam o poder de controle de forma paritária e um deles vendeu sua participação para o outro integrante do bloco de controle<sup>19</sup>.

No mesmo sentido, a doutrina entende que nas hipóteses em que se verificar a alienação de **parte** das ações que compõem do bloco de controle para outros integrantes de tal bloco não haverá necessidade de oferta pública dirigida aos acionistas minoritários:

*“Não se encontra sob a égide do art. 254-A da LSA a alienação parcial do controle, assim entendida a operação de ingresso de novo ou novos acionistas no bloco de controle, desde que continue predominando, no interior deste, a orientação do anterior controlador. Não se encontra também sujeita à condição da oferta pública referida no dispositivo legal em foco a venda de ações entre os membros do bloco de controle, exceto se isto significar mudança da orientação geral da companhia.”*<sup>20</sup>. (grifamos)

---

18 FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA. A alienação do controle societário na Lei das S.A. **In: Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos.** Organizador: Jairo Saddi. São Paulo: IOB, 2002, p. 229.

19 Comissão de Valores Mobiliários, Memo/SER/GER-1/Nº 147/2007, de 16.05.2007. O entendimento manifestado em tal memorando foi confirmado pelo Colegiado da CVM, no julgamento do Processo CVM nº RJ 2007/7230, Rel. Dir. Eli Loria, j. 11.07.2007.

20 FÁBIO ULHOA COELHO. O Direito de Saída Conjunta (“Tag Along”) **In: Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de**

***“A transferência de ações entre acionistas já integrantes do bloco de controle não configura alienação de controle, não havendo necessidade de oferta pública. Para os efeitos da lei, o que importa é o surgimento de um novo acionista controlador, e não a concentração de ações nas mãos de um acionista que já integrava o grupo de controle.”***<sup>21</sup> (grifamos)

Dessa forma, o aumento da participação de um dos acionistas no âmbito do grupo controlador, por meio da aquisição de parte das ações pertencentes ao bloco de controle, **não** configura alienação de controle acionário, não havendo, conseqüentemente, obrigatoriedade de realização da oferta pública prevista no artigo 254-A da Lei das S.A..

Conforme anteriormente explicitado, não é qualquer mudança na composição do bloco de controle que caracteriza alienação de controle, mas somente aquela em que se verifica a transferência do poder de comandar os negócios da companhia decorrente do ingresso de terceiro no bloco de controle.

Vale dizer, a obrigatoriedade da oferta pública prevista no artigo 254-A da Lei das S.A. pressupõe a assunção do domínio da atividade empresarial por um **terceiro**, que anteriormente não integrava o bloco de controle.

Nos casos de exercício do controle de forma compartilhada, o poder de controle pertence, em conjunto, a **todos** os integrantes do grupo controlador, e não a cada um deles individualmente. Assim, se um dos integrantes do bloco de controle aliena sua participação acionária a outro integrante do grupo controlador não se aplica o disposto no art. 254-A da Lei das S.A.

A propósito, vale transcrever o voto proferido pelo então Pre-

---

**31.10.2001.** Coordenador: Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 481.

21 ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO. **Lei das Sociedades por Ações anotada.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 710.



sidente da CVM, Marcelo Trindade, no julgamento do Processo CVM nº 2007/7230<sup>22</sup>:

*“Mas essa mesma constatação é que gera a dificuldade em afirmar que o alienante, em casos tais, detinha o controle. Como visto, pelos arts. 116 e 118 da lei quem controla é o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto. E isso não se relaciona com a responsabilidade por abuso de que trata o art. 117 — que é sempre individual. Relaciona-se com a configuração jurídica do controle. E essa configuração é que é útil no caso, **pois a Lei brasileira não estabelece que a aquisição do controle de quem não o detenha determina a realização de OPA** — como ocorreria com a aquisição de ações isoladas que, reunidas, assegurassem o controle. Em outras palavras: **a lei não exige apenas uma alteração no controle; exige uma alienação por quem o detenha.**” (grifamos)*

Logo, se a caracterização da alienação de controle pressupõe a transferência do poder de dirigir os negócios sociais e se tal poder pertence, de fato, ao grupo controlador, não há como se falar em alienação de controle, para os efeitos do art. 254-A da Lei das S.A., quando um dos integrantes do bloco de controle aliena sua participação acionária, se o adquirente também participa do grupo de controle. Isto porque o acionista alienante das ações não pode transferir algo (o poder de controle) que ele, individualmente, não possui.

---

22 Processo CVM nº 2007/7230, voto do Dir. Marcelo Fernandez Trindade, decidido em 11.07.2007.

**O DANO DIRETO AO ACIONISTA MINORITÁRIO  
NA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO  
ADMINISTRADOR DE S/A:  
Estudo de Casos e Direito Comparado**

**THE DIRECT INJURY TO MINORITY SHAREHOLDERS IN  
CORPORATION MANAGER LIABILITY ACTION:  
Case and Comparative Law**

*Felipe Fernandes Ribeiro Maia*

*Resumo:* O presente artigo analisa, através do estudo de dois casos julgados, em investigação comparativa e de direito comparado, o dano direto na ação de responsabilidade civil do administrador da sociedade anônima. O objetivo é constatar os limites do “dano individual” ou “dano direto” que legitima o acionista minoritário a propor ação, em nome próprio, contra os administradores. Além disso, objetiva mostrar que a redução de dividendos ou do valor das ações em decorrência de descumprimento de deveres pelos administradores causa dano à sociedade e só reflexamente aos acionistas, razão pela qual a ação de responsabilidade, neste caso, é social e não direta.

*Palavras-chave:* Sociedade Anônima. Responsabilidade dos Administradores. Ação Judicial de Indenização. Legitimidade. Deveres dos Administradores. Dano direto e indireto. Ação Social e Ação Direta.

*Abstract:* The present article analyzes the damages caused by the board of directors which legitimate the social (derivative) or direct law suit. The essay was developed by the comparative law method. A

Brazilian case (judged by São Paulo Appellate Court) was compared with an American case, it was judged by the Indiana State Appellate Court (*Barth vs. Barth*). One of the main goals was to recognize the limit or the characteristics of the direct damage which legitimate the direct action (individual action) against the directors. In the other hand, intends to show reducing of dividends or the value of the equity are not hypothesis that allow the use of the individual suit by the shareholder. In this cases, the action must be social (derivative) and, so, filled by the company, due to the injury affect directly the company and only indirectly the shareholders.

*Keywords:* Corporation. Board of Directors Liability. Law Suit. Legitimate. Board of Director's Duties. Direct and indirect prejudices. Derivative and Direct Action.

*SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O "case" inspirador: Barth vs. Barth 3. O paradigma nacional: "Caso Bombril S/A" 4. A ação de responsabilidade civil dos administradores 5. O dano direto na ação individual 6. Barth vs. Bombril e o dano direto 7. Conclusão.*

## **1. Introdução**

O presente trabalho tem por objetivo precípua identificar os limites dos danos diretos causados ao acionista minoritário de uma sociedade anônima, a fim de afastar, de sua configuração, danos que, na realidade, não passam de meros reflexos ao patrimônio do acionista minoritário ou atingem, diretamente, a própria sociedade e não seus sócios (acionistas). E, desta forma, não se perfazem como danos capazes de fomentar a ação de responsabilidade civil dos administradores nos termos do § 7º do art. 159 da Lei nº 6.404/76<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> "Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.

Com efeito, o descumprimento dos deveres legais pelos administradores de uma sociedade pode gerar dano a qualquer pessoa<sup>2</sup>. Nada obstante, na maioria das vezes, é a própria sociedade a diretamente prejudicada, uma vez que os interesses dos acionistas serão atingidos indiretamente (pelo reflexo do dano à sociedade). Vislumbra-se, no entanto, a possibilidade de certos danos serem suportados exclusivamente por acionistas (geralmente, os minoritários), sem atingirem a própria sociedade. Para ambas as hipóteses, a Lei nº 6.404/76 reservou a ação de responsabilidade civil dos administradores, como remédio instrumental à reparação civil.

Para a primeira hipótese mencionada (de dano à sociedade, na qual o acionista é atingido indiretamente), a ação de responsabilidade civil dos administradores é denominada *social* (derivada ou derivativa) e incumbe à própria sociedade que poderá exercê-la por si ou em substituição processual. Os resultados da demanda, ensina Corrêa-Lima<sup>3</sup>, deferem-se à companhia. Para a segunda hipótese (quando o acionista é prejudicado diretamente), a ação de responsabilidade é individual do prejudicado (acionista) e não é excluída pela existência de dano simultâneo à sociedade (ou pela eventual inexistência).

---

*§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia. § 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral. § 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social. § 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados. § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. § 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”*

2 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. II, p. 261.

3 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 245.

Embora a lei tenha tido o cuidado de determinar o mecanismo de reparação dos prejuízos causado pelos administradores, não criou critérios de individualização e qualificação dos danos à sociedade, tampouco dos que repercutem diretamente aos acionistas. A diferenciação desses danos, porém, possui grande impacto prático, pois, para que se defina qual a espécie de ação reparatória cabível, é mister se defina, antes, qual a espécie de dano<sup>4</sup>.

A proposta, então, do presente estudo é, a partir da análise de dois casos práticos (um, o “inspirador”, da Corte de Apelação do Estado da Indiana – Estados Unidos da América; o outro, o “paradigma nacional”, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Brasil), buscar traçar primeiras linhas sobre o dano direto que acomete o acionista minoritário e que o legitima a exercer a ação direta, diferenciando-o do prejuízo que fomenta a ação social.

Certo é que para se tratar do dano (que determinará a espécie de ação<sup>5</sup>) direto, necessário será tecer breves considerações sobre a ação de responsabilidade civil dos administradores (a ação social e a individual), bem como sobre outros institutos das sociedades anônimas como direitos essenciais de acionistas, deveres dos administradores, entre outros aspectos<sup>6</sup>. O foco é o dano direto que legitime a ação individual e, mais precisamente, se a diminuição patrimonial da companhia (em virtude de atos fraudulentos ou gestão ilícita), por ocasionar a indireta (ou direta) diminuição no valor das ações dos

---

4 Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 338) afirma ser tênue a linha entre o objeto da ação social e o da ação direta do acionista/terceiro prejudicado.

5 A natureza da ação não depende de seu fundamento, mas de sua finalidade (CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 93). Portanto, em hipótese científica, se a finalidade é a reparação do dano direto, a ação deverá ser individual e, se for a do dano social, será a ação derivada, cuja legitimidade originária é da sociedade.

6 No entanto, vale enfatizar que o presente ensaio não visa ser um tratado sobre o assunto e, portanto, não enfrentará temas polêmicos afetos a cada um dos institutos tratados, como, por ilustração, a questão da análise da culpa na responsabilidade do administrador. As digressões limitar-se-ão ao necessário, já que um exame mais detido refoge ao presente ensaio.

acionistas, caracteriza, ou não, o dano inerente (e legitimidade *ad causam*) à ação individual.

## 2. O “*case*” inspirador: *Barth vs. Barth*<sup>7</sup>

Trata-se de uma ação de indenização<sup>8</sup> movida de forma direta pelo acionista minoritário, Robert Barth, contra o acionista majoritário (e administrador), Michael Barth, e contra a sociedade, Barth Electric Company Inc.. Alegou o Autor que o administrador havia rompido o dever de fidúcia, em virtude de fraudes perpetradas na direção da sociedade. Especificamente, apontou atos de rescisão do contrato de trabalho do acionista Autor (Robert Barth) junto à sociedade; pagamento de salários excessivos para si e seus familiares empregados na sociedade; utilização de empregados da sociedade para fins particulares (prestação de serviços em sua residência); drástica redução no pagamento de dividendos; recusa de acesso do Autor a documentos da sociedade e apropriação de fundos sociais para investimentos particulares. Em linhas gerais, o Réu praticamente negou a condição de sócio ao Autor. O fundamento da ação era o de que tais atos reduziram o valor das ações do autor, o que lhe causava prejuízo passível de ressarcimento através da ação de responsabilidade.

Os Réus defenderam-se alegando, em preliminar, carência de ação e pugnaram pelo não conhecimento da “causa”, uma vez que não poderia o acionista minoritário propor ação direta se desejava recompor o patrimônio da sociedade. Nesta hipótese, deveria se valer o então Autor de uma “*derivative suit*”. Segundo afirmaram, se os

---

7 O caso encontra-se traduzido livremente para o vernáculo, sem preocupações em seguir a sistemática e seqüência originais. O objetivo foi tornar mais fácil a compreensão dos fatos que permeiam o caso.

8 A referida ação foi movida perante a Corte de Indiana (EUA), processo n. 49<sup>A</sup>05-9701-CV-13. O acórdão do caso foi publicado em 23 de março de 1998 e consultado em 14.10.2008, no seguinte endereço eletrônico: “<http://www.in.gov/judiciary/opinions/archive/032305.bb.html>”.

prejuízos eram da sociedade, como dito pelo próprio Autor, a recomposição dos danos deveria ser para ela, o que tornava inadequada a ação direta em nome próprio do acionista.

A defesa foi acolhida e a Corte de Indiana rejeitou a causa. Irresignado, recorreu o Autor à Corte de Apelação do Estado quando os eminentes juízes julgadores consignaram que é regra geral<sup>9</sup> a impossibilidade do acionista propor, em nome próprio, ação que objective a reparação por desfalque direto ao patrimônio da sociedade. Todavia, ponderaram os julgadores que poderiam ter prestigiado mais a forma do que a substância e que, excepcionalmente, poder-se-ia admitir a ação direta proposta como derivada, desde que não estivesse presente nenhum dos requisitos que tornasse esta última obrigatória.

A ação seguiu, então, à Suprema Corte do Estado de Indiana que deu provimento ao recurso para ordenar fosse a ação conhecida pela Corte de Indiana, pois, à vista dos princípios da governança corporativa (“*American Law Institute’s Principles of Corporate Governance (The ALI Rule)*”) e da discricionariedade do Magistrado, seria possível conhecer da causa. Além disso, por se tratar de uma sociedade de capital fechado, a princípio, seria possível admitir a ação direta como se derivativa fosse.

Não obstante, a Corte de Primeiro Grau novamente não conheceu da causa, entendendo, ao que tudo indica, que houve abuso de discricionariedade pela Suprema Corte<sup>10</sup>. Contemporizou, contu-

---

9 Refere-se à “Well Established General Rule” como norma geral proibitiva da ação direta neste caso de dano social: “*The Court of Appeals acknowledged that the ‘well established general rule’ prohibits a shareholder from maintaining an action in the shareholder’s own name O*”. Cita, ainda, precedentes em que se aplicou a referida regra: caso *Moll vs South Central Solar Systems e W&W Equipment Co. vs Mink*.

10 Embora a sistemática pareça estranha à conhecida hierarquia dos órgãos judiciários brasileiros, o acórdão examinado é claro ao dispor que, mesmo tendo a Suprema Corte ordenado o conhecimento da ação, por outro argumento, a Corte originária novamente furtou-se a dela conhecer. É de se salientar que o texto do acórdão não é muito claro acerca da real motivação pela qual o *Trial Court* (primeira instância) teria, novamente, recusado a causa (*dismissal*). Porém, mais adiante no próprio acórdão, quando o *Court of Appeals* expôs seus fundamentos

do, ao afirmar que só reformaria a decisão se estivesse claro que era teratológica. Neste novo contexto, a Corte Estadual conheceu do mérito do recurso, apesar de estarem presentes vários vícios processuais e formais<sup>11</sup>, mas, negou-lhe provimento.

Os julgadores, conforme razões de decidir, entenderam ser o objeto da demanda afeto à ação derivativa (*social*), de modo que não seria possível ao acionista propor ação direta, em nome próprio. Entretanto, ponderaram ser admissível receber a ação como derivativa (caso em que a indenização seria deferida à companhia), se não estivessem presentes três requisitos (que tornam obrigatória a ação deri-

---

para eventual revisão da decisão de primeiro grau, disse claramente que só a reformaria se houvesse abuso de discricionariedade e/ou teratologia: “*The rule adopted by our supreme court in Barth II determines when, in an action involving a closely held corporation, “the court in its discretion may treat an action raising derivative claims as a direct action . . . “A. L. I., Principles of Corporate Governance § 7.01(d) (emphasis supplied). So, we review the trial court’s dismissal of Robert’s complaint under an abuse of discretion standard, and we will not reverse the trial court’s judgment unless it is clearly against the logic and effect of the facts and circumstances before the trial court.”.*

11 Segundo os juízes relatores, havia vícios suficientes, do ponto de vista da forma processual, para que a Apelação sequer fosse conhecida. Na seção “*statement of facts*”, *v.g.*, citam a ausência de registro (“*record*”) relativos ao julgado, no qual são inseridas as informações relevantes, inclusive as oriundas de esferas extra-judiciais ou administrativas (agências reguladoras, *v.g.*). Além disso, apontam a impropriedade do procurador do Apelante em ter se valido dessa seção para realizar teses argumentativas, já que tal seção, conforme ordenamento jurídico local, é própria, apenas, para demonstração dos fatos de maneira favorável ao julgamento, nada mais. Ao final, ainda pontificaram os juízes que o causídico do Autor tentou descreditar o julgamento de Primeiro Grau, o que não é correto. Além desses aspectos formais que, como salientado, seriam suficientes para que o recurso de apelação sequer fosse conhecido, os julgadores se entretiveram com a seção “*statement of the case*” e perceberam mais um erro crasso: o Apelante não havia realizado a citação do dispositivo do julgamento recorrido, infringindo uma regra expressa e lúcida da “*Appellate Rule*”. Ponderam que o advogado do Apelante citou vários trechos da decisão, mas não o fundamental: o “dispositivo”. Outrossim, referiram-se às várias transcrições de supostos precedentes (acórdãos referências de outros casos), observando, contudo, que não houve demonstração analítica de que serviriam como fonte de direito para aquele julgamento. Em face de todos esses vícios formais, entenderam os juízes que tinham fundamentos suficientes para não conhecer da Apelação, no entanto, sob a máxima fé da realização da justiça, consideraram que o caso já se arrastava há certo tempo no Poder Judiciário do Estado da Indiana, sendo possível adentrar ao mérito, na esperança de se resolver definitivamente a querela.



vativa), a saber: a) impossibilidade de expor a sociedade a múltiplas ações; b) improbabilidade de causar prejuízos a interesses de terceiros credores e c) vedação à interferência na justa distribuição das indenizações<sup>12</sup>. A conclusão chegada, em tradução livre para o vernáculo, foi a seguinte:

*“Permitindo que Roberto prosseguisse com a ação direta, ao invés da ação derivada (social), iria, injustamente, expor a Sociedade a múltiplas ações<sup>13</sup>; prejudicaria os interesses de credores da Sociedade [a indenização, se deferida a Roberto, causaria diminuição no patrimônio da Sociedade e, logo, desconfiança dos credores] e interferiria em uma justa distribuição de haveres ou indenizações entre os acionistas [imagine que a terceira acionista poderia não receber sua indenização ou ser de alguma forma prejudicada pela distribuição desigual]. A Corte de Primeiro Grau não abusou de sua discricão ao rejeitar a causa de Roberto.”<sup>14</sup>*

Destarte, o ponto central do *case* pode ser assim resumido: os danos causados pelas fraudes e descumprimentos de deveres jurídicos pelo administrador (e sócio majoritário) causaram, segundo o Poder Judiciário do Estado de Indiana (EUA), dano indireto ao Autor, já que a diminuição do valor de suas ações tem como origem o prejuízo suportado pela Companhia (que é quem sofre o dano direto)<sup>15</sup>. Assim

---

12 A base legal desses requisitos são os princípios de governança corporativa e a condição mínima para se aceitar a ação direta como social era se tratar de companhia fechada.

13 Cumpre esclarecer, neste particular, que havia um terceiro acionista, Bárbara Barth, que não participou da ação, mas, que com o eventual sucesso de Robert, certamente iria propor igual demanda.

14 “Permitting Robert to pursue a direct, rather than derivative action would unfairly expose the Corporation to multiple actions; it would prejudice the interests of the Corporation’s creditors; and it would interfere with a fair distribution of the recovery among the shareholders. The trial court did not abuse its discretion in dismissing Robert’s complaint.”

15 As razões de Robert Barth foram resumidas pelo Juiz Relator (Mr. Barteau) na seguinte consolidação (tradução livre): “Como um tribunal pode rejeitar uma ação de um acionista contra uma Sociedade Fechada e seu acionista majoritário se o autor alega abuso/mau trato do patrimônio da empresa e propõe a ação de forma direta e não de forma derivativa?”

sendo, não poderia manejar ação direta, mas, tão somente, ação derivada. Merece destaque o fato de ter a Corte criado um mecanismo para viabilizar o seguimento da ação direta como derivada, desde que presentes alguns requisitos e condições que, no entanto, não se verificavam.

### 3. O paradigma nacional: “Caso Bombril S/A”

O paradigma que se apresentará a seguir retrata situação fática semelhante ao *case* Barth *vs.* Barth (na qual, também, alegou-se haver dano direto ao acionista minoritário). Trata-se do Agravo de Instrumento (n. 95.490-1, Quarta Câmara da Primeira Seção Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>16</sup>) interposto contra a decisão proferida pelo Magistrado de Primeiro Grau que, ao apreciar a preliminar (formulada pelo Réu) de carência de ação e ilegitimidade da parte autora (Ronaldo Sampaio Ferreira, acionista minoritário) da ação de responsabilidade civil movida contra os administradores da sociedade BOMBRIIL S/A (Marcos Sampaio Ferreira e outro), as rejeitou.

Em suma, aduziram os Agravantes (Réus/administradores) que o acionista minoritário (autor da ação de responsabilidade civil) deveria, com base no § 7º do art. 159 da “LSA”, propor ação direta (individual) contra os administradores, objetivando, assim, o ressarcimento pessoal pelos danos que supostamente lhe teriam sido causados pelos administradores. No entanto, conforme asseveraram os Agravantes, “segundo o relato da inicial, **o autor** [Agravado] **pretenderia que os réus indenizassem a companhia em razão de atos por ele praticados e que teriam causado lesão ao patrimônio social.**” (RJTJESP LEX 112, 1988:384).

---

16 Ementa: “SOCIEDADE ANÔNIMA. Acionista minoritário. Ação direta individual contra administradores, visando responsabilizá-los por prejuízos causados à companhia, atingindo-o diretamente. Ação social *ut singuli* não configurada. Legitimidade *ad causam* e *ad processum*. Artigo 159, § 7º, da Lei Federal n. 6.404, de 1976. Autor, ademais, que é acionista expressivo da sociedade controladora. Recurso não provido.” (RJTJESP LEX 112, 1988: 383).

À vista disso, consignaram que, se pretendia o Autor recompor o patrimônio social, a única ação cabível seria a social, sendo que, para esta, não estavam presentes quaisquer dos requisitos de legitimidade<sup>17</sup>.

Conforme descrito no voto condutor do acórdão, o Autor era acionista minoritário da BOMBRIL S/A, porém, detinha expressiva participação acionária na sociedade controladora daquela, isto é, da “holding” ROSAFER S/A (nesta *holding*, o Autor era titular de 33% das ações votantes). O controle da BOMBRIL S/A pela ROSAFER S/A era “absoluto”, já que esta detinha 99,99% das ações com direito a voto da sociedade controlada. Por esta razão, os Agravantes (administradores) ainda argumentaram que caberia ao Autor/Agravado convocar deliberação na ROSAFER S/A, a fim de que esta deliberasse pela convocação ou não de deliberação na BOMBRIL S/A<sup>18</sup>, o que não teria resultado positivo.

Em sua resposta, o acionista minoritário (Agravado) postulou a manutenção da decisão recorrida (que reconheceu sua legitimidade e interesse de agir), alegando que sofreu os danos (representados pela acentuada diminuição na sua renda proveniente de dividendos) “em razão da má administração dos agravados, tendo, portanto, interesse direto a ser tutelado.”<sup>19</sup>. Além disso, pontuou que jamais con-

---

17 A “LSA” (§ 3º do art. 159) exige prévia deliberação da assembléia geral, autorizando a propositura da ação em nome da sociedade ou, sucessiva e alternativamente, na hipótese de não ser a matéria deliberada ou de ser a proposta rejeitada pela assembléia, a promoção da ação somente será dada aos acionistas que representassem mais de 5% (cinco por cento) do capital social da sociedade (por substituição processual).

18 O eminente Des. Relator resumiu a questão, salientando que o próprio Autor deixava claro pretender reparação para a sociedade, mas com base em danos ao seu patrimônio e não ao da sociedade: “*Em suma: o ora agravado seria parte ativa ilegítima para a ação social ut singuli ou dela seria carecedor por não estarem atendidos os pressupostos legais para o exercício de tal ação. Ademais, a inicial seria inepta porque haveria evidente contradição entre o pedido (reembolso à Bombril) e a causa de pedir (alegados danos à pessoa do acionista agravado).*” (RJTJESP LEX 112, 1988:384).

19 RJTJESP LEX 112, 1988:384 (voto condutor do acórdão).

seguiria convocar uma assembléia, porque os administradores Réus (Agravantes) eram também os acionistas majoritários da controladora da BOMBRIL S/A (isto é, da ROSAFER S/A), com 2/3 (dois terços) do capital social votante. Isto inviabilizaria a ação social *ut singuli*. Portanto, o Agravado, de fato, alegou danos diretos ao seu patrimônio (decorrentes da diminuição reflexa de seus dividendos), tendo movido a ação em nome próprio, porém, postulado a indenização para a sociedade e não para si.

O egrégio TJSP manteve a decisão agravada. Acentuou que teria agido o Magistrado de Primeiro Grau com justiça ao considerar legitimado o Autor<sup>20</sup>. A razão básica é que o acionista tem ampla liberdade de postular em juízo acerca de seus interesses (cita Wilson de Souza Campos Batalha) e a redução de seus lucros, em virtude do não pagamento de dividendos, consubstanciaria esse interesse<sup>21</sup>.

Foi, então, ratificada a legitimidade da parte e seu interesse processual, mesmo ciente o egrégio Tribunal que os danos eram indicados como diretos, mas a indenização pretendida para a companhia. Estes fatos (incompatíveis no que tocam à *causa de pedir* e *pedido*), em tese, eram suficientes para configurar a ilegitimidade do autor, por exigir a lei, para este caso, a ação social da companhia e não ação individual do acionista.

O ponto central, portanto, do referido *caso paradigma* relatado e que importa para o cotejo em tela é: os danos causados pela imputada má administração ocasionaram (na esteira do acórdão analisado) dano indireto ao autor, já que a diminuição de sua renda (dividendos) tem como origem o prejuízo no exercício social. Este pre-

---

20 *In verbis*: “[...] contra os administradores da BOMBRIL S/A, da qual pessoalmente é acionista, mas participa de forma expressiva através da holding Rosafer S.A., deu a melhor exegese ao disposto no artigo 159, § 7º da Lei das Sociedades Anônimas.” (RJTJESP LEX 112, 1988:384).

21 Categoricamente, afirmou: “Por conseguinte, tem interesse direto nos resultados obtidos pela administração e o de exigir reparação na hipótese de os administradores por dolo ou culpa causarem lesão à companhia e por via de consequência, a ele, autor, minoritário mas também grande acionista.” (RJTJESP LEX 112, 1988:385).

juízo, como se sabe, é suportado pela Companhia que, logo, é quem efetivamente sofre o dano direto. Entretanto, o Autor/Agravado afirmou que tais danos seriam diretos, porém a indenização seria devida à Companhia. O egrégio Tribunal encilhou a questão classificando o dano como indireto. Tal fato, contudo, não afastaria a legitimidade do Autor para mover a ação individual (mas com finalidade imediata social, já que só seria beneficiado indiretamente, a partir da repartição entre os acionistas da indenização recebida, ou seja, o benefício também seria indireto, tal como o prejuízo o era), mormente em se considerando que não obteria o *quorum* necessário para aprovação da propositura de ação social pela companhia<sup>22</sup>.

#### **4. A ação de responsabilidade civil dos administradores**

Antes de confrontar os acórdãos apreciados, urge verificar, comparativamente, em rápido sobrevôo, as normas incidentes e tecer breves comentários sobre as ações de responsabilidade civil de administradores de sociedades nesses ordenamentos jurídicos.

A doutrina norte-americana, primeiramente, reconhece as duas espécies de ações de responsabilidade contra administradores também reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 159 da “LSA”). É o que se infere da doutrina de Robert W. Hamilton, ao tratar da *derivative suit*:

---

22 O Autor/Agravante era titular de 33% (trinta e três por cento) do capital votante na ROSAFER S/A, controladora da BOMBRIL S/A. Poderia convocar assembléia na ROSAFER, para deliberar sobre a convocação, pela ROSAFER, de assembléia, na BOMBRIL, com o objetivo de propositura de ação de responsabilidade civil dos administradores, uma vez que a ROSAFER detinha capital superior a 5% (cinco por cento) na BOMBRIL. O autor seria vencido na própria ROSAFER. Se não fosse, seria vencido na BOMBRIL, já que a ROSAFER, cujos sócios majoritários seriam os administradores, detinha 99,99% do capital social votante da BOMBRIL. Foi esta a linha de raciocínio do egrégio Tribunal de Justiça Paulista: como jamais teria *quorum* suficiente para vencer as deliberações, não havia outro meio senão admitir a ação proposta diretamente, em nome próprio, pelo acionista.

“A ação derivativa [ou derivada] é uma ação proposta por um ou mais acionistas para remediar ou prevenir **um dano à companhia**. Na ação derivada, **o acionista autor não intenta ação nos interesses próprios, enquanto individuais**. Na verdade, **atua em uma causa que trata de interesses da companhia** que, por algum motivo, não foi proposta pela própria companhia, que é a real interessada. Em efeito, o acionista litiga como “o advogado” da companhia. (...). Na ação derivada o acionista autor está, em efeito, representando os interesses de uma classe que podem consistir em direitos de uma ou de todos os acionistas da companhia.” (grifo nosso).<sup>23</sup>

E encerrou nos seguintes termos<sup>24</sup>:

“A principal justificativa para se permitir as ações derivativas é a possibilidade de acionistas poderem propor ações judiciais pela companhia contra os administradores e diretores da mesma. Pessoas que estão no controle da companhia são relutantes em autorizar a ação derivativa contra eles próprios. **A ação derivativa permite a um acionista instaurar essas demandas em nome da companhia.**” (grifo nosso).

A ação derivativa ainda é conceituada como a ação proposta pelo acionista para forçar a companhia a propor uma ação contra ter-

---

23 “A derivative suit is an action brought by one or more shareholders to remedy or prevent a wrong to the corporation. In a derivative suit, the plaintiff shareholders do not sue on a cause of action belonging to themselves as individuals. Rather, they sue in a representative capacity on a cause of action that belongs to the corporation but which for some reason the corporation is unwilling to pursue; the real party in interest is the corporation. In effect, the shareholder is suing as a champion of the corporation. (...). In a derivative suit the plaintiff shareholder is in effect representing the interest of a class consisting of some or all of the other shareholders in the corporation.” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 459-460).

24 “The principal justification for permitting derivative suits is that it provides a device by which shareholders may enforce claims of the corporation against managing officers and directors of the corporation. Persons who are in control of the corporation are unlikely to authorize it to bring suit against themselves personally. The derivative suit permits a shareholder to prosecute these claims in the name of the corporation.” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 460).

ceiro, que, no caso, deve ser entendido como o administrador<sup>25</sup>. Já a ação direta de responsabilidade dos administradores, segundo Hamilton, é aquela demanda que se origina da própria qualidade de acionista<sup>26</sup>.

Para a doutrina brasileira, basicamente, a ação de responsabilidade é definida como meio instrumental de reparação dos danos causados à sociedade pelos administradores. Pode ser proposta pela própria sociedade, desde que haja deliberação prévia para tanto, ou, caso aprovada a propositura da ação, mas não sendo distribuída em três meses, poderá ser proposta por qualquer acionista, em substituição processual. Na hipótese da assembléia deliberar não propor a ação, poderá ser proposta por acionistas que representem parcela mínima de cinco por cento do capital social. É o que se extrai das definições dos doutos:

---

25 “A derivative action is a suit by a shareholder to enforce a corporate cause of action. The corporation is a necessary party to the suit. And the relief which is granted is a judgment against a third person in favor of the corporation. Similarly, if a corporation has a defense to an action against it and is not asserting it, a stockholder may intervene and defend on behalf of the corporation.” (Acesso em 05 fev. 2009, disponível em [http://www.lawphil.net/judjuris/juri2004/gr\\_15093\\_2004.html](http://www.lawphil.net/judjuris/juri2004/gr_15093_2004.html)). Na mesma linha, confira-se a definição exarada pelo “The People’s Law Dictionary”: “**derivative action**. n. a lawsuit brought by a corporation shareholder against the directors, management and/or other shareholders of the corporation, for a failure by management. In effect, the suing shareholder claims to be acting on behalf of the corporation, because the directors and management are failing to exercise their authority for the benefit of the company and all of its shareholders. This type of suit often arises when there is fraud, mismanagement, self-dealing and/or dishonesty which are being ignored by officers and the board of directors of a corporation.” (Acesso em 17 out. 2008, disponível em <http://dictionary.law.com/default2.asp?selected=501&bold=direct%20suit> | l).

26 Tradução livre para o vernáculo: “A ação direta envolve a execução por um acionista de uma demanda **em virtude de sua própria qualidade de acionista** (sócio). São ações envolvendo direitos dos acionistas contratuais ou estatutários, as próprias ações ou direitos relacionados à propriedade dessas ações. Exemplos clássicos (...)”. Texto original: “A direct suit involves the enforcement by a shareholder of a claim belonging to the shareholder on the basis of being an owner of shares. These are suits involving contractual or statutory rights of the shareholder, the shares themselves, or rights relating to the ownership of shares. Classic examples (...)” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 459).

“A ação social derivada é aquela proposta pelo acionista com base nos §§ 3º e 4º do art. 159, visando a obter o ressarcimento de um **prejuízo causado ao patrimônio social. A ação é proposta em nome do acionista. Os resultados dela deferem-se à companhia**; contudo, esta deverá indenizar o autor da ação até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados (art. 159, § 5º).”<sup>27</sup> (grifo nosso).

“Delineadas, assim, em traços gerais, as regras que determinam a responsabilidade dos administradores, cumpre observar que **a sociedade tem** ação de responsabilidade civil contra o administrador, **pelos prejuízos causados ao seu patrimônio** (art. 159). Exige-se, para tanto, prévia deliberação da Assembléia Geral Ordinária ou Extraordinária (§ 1º), a contar da qual [...]”<sup>28</sup> (grifo nosso).

“A ação social, seja a intentada diretamente pela companhia, seja substitutivamente pelos acionistas, **visa a restabelecer o equilíbrio interno da pessoa jurídica**, colbendo esta os benefícios do processo e as respectivas reparações.”<sup>29</sup> (grifo nosso).

Ressalte-se que esta idéia já estava presente em Trajano de Miranda Valverde<sup>30</sup>, ainda sob égide da lei de 1940:

---

27 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 245. Confira-se, ainda, os ensinamentos de Fran Martins e Trajano de Miranda Valverde, respectivamente: “A ação de responsabilidade contra administrador, pela prática de ato causador de **prejuízos ao patrimônio social, cabe à sociedade, como é natural**. Esta é que tem que defender a integridade do patrimônio.” (MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. II., t. I., p. 412). “A lei, nem de outra forma podia ser, **confere à sociedade** prioridade para o exercício da ação de responsabilidade civil contra os diretores para a reparação dos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941, v. I., p. 55).

28 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, v. II., p. 479.

29 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 328.

30 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941, v. II, p. 390.



*“Em face de quanto se expôs, segue-se que as ações sociais, quer intentadas pela sociedade, quer propostas pelo acionista, visam sempre restabelecer o equilíbrio ou a harmonia dentro da organização. **A sociedade é quem colhe, diretamente, os benefícios da ação, as indenizações porventura devidas pelos prejuízos sofridos por atos ilícitos, violadores da lei ou dos estatutos, praticados pelos seus órgãos de direção ou de fiscalização.**”* (grifo nosso).

Esta ação derivada apareceu no direito brasileiro, em 1882, através da Lei nº 3.150 (artigo 11<sup>31</sup>). Nenhuma outra regra específica encontrava-se disciplinada nesta lei<sup>32</sup>. Os instrumentos normativos subsequentes limitaram-se a repetir a regra mencionada (Dec. nº 164/1890, art. 11, e, Dec. nº 434/1891, art. 109, sendo que este último, transformou o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 3.150/1882 em seu art. 110). A redação, então, vigorou até 1940, quando entrou em vigor o Dec. nº 2.627, que alterou o instituto da responsabilidade civil (art. 123), ao traçar contornos mais próximos da lei atual.

Especificamente com relação à ação por danos diretos causados aos acionistas, não se encontra manifestação incisiva a respeito de sua aparição, no direito brasileiro. Spencer Vampré<sup>33</sup>, entretanto,

---

31 “Art. 11: Os administradores são responsáveis: a) À sociedade, pela negligência, culpa ou dolo, com que houverem no desempenho do mandato; b) À sociedade, e aos terceiros pelo excesso do mandato; c) À sociedade e aos terceiros prejudicados solidariamente pelas infrações da presente lei e dos estatutos. **Parágrafo único: O acionista tem sempre salva a ação competente para haver dos administradores as perdas e danos resultantes desta lei e dos estatutos. A dita ação poderá ser intentada conjuntamente por dois ou mais accionistas – arts. 33 e 40 Reg. art. 166.**” (COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Laemmert & C. Editores Proprietários, 1896, p. 1105).

32 Insta esclarecer que embora a sociedade anônima já estivesse disciplinada, ainda que precariamente, desde antes do Código Comercial de 1850, as regras atinentes à responsabilidade civil dos administradores somente surgiram em 1882, conforme se pode constatar da análise dos diplomas legais, havendo idêntica conclusão em trabalho de dissertação de mestrado apresentado por Luciano Fialho de Pinho, em 2000, à Faculdade de Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais (*A ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas*. UFMG: Belo Horizonte, 2000, p. 119).

33 VAMPRÉ, Spencer. *Das Sociedades Anonymas*. São Paulo: Poci-Welss & C., 1914, p. 317-319.

esboça entendimento de que a ação direta já existia desde 1882, ao afirmar que a ação individual prevista no item 3º do art. 109 do Dec. nº 434/1891 (que repetia a previsão da alínea “c” do art. 11 da Lei nº 3.150/1882) podia ser proposta pelo acionista que, nesta qualidade, deveria ser considerado um terceiro<sup>34</sup>. E razão parece ter o ilustre jurista, pois, em 1940, o parágrafo único do art. 123<sup>35</sup> caminhou naquele sentido.

A lição de Vampré deve ser corroborada. Com efeito, o art. 110 do Decreto n. 434, de 1891 (que repetiu a norma do parágrafo único dos artigos 11 das leis anteriores, conforme mencionado acima), consignou que o acionista tinha “*sempre salva*” a ação que coubesse para haver dos administradores as perdas e danos.

É certo (e de esclarecimento necessário), entretanto, que a lei não mencionava, em momento algum, a quem seria devida a indenização na hipótese de ação ajuizada diretamente pelo acionista, diferentemente da lei posterior que, em sua parte final do *caput* do art. 123, do Dec. 2.627/1940, regulou a questão.

Com efeito, sob égide dessa lei de 1940, a ação direta foi definida por Cunha Peixoto<sup>36</sup> como a ação em que o dano pertence ao

---

34 “N. 661. O art. 109, atribuindo no nº 3 aos administradores a responsabilidade solidária para com a sociedade e para com terceiros, pela violação da lei e dos estatutos, parece ter excluído a solidariedade nos nºs 1 e 2. Tal porém não se acontece porque não se compreenderia como o dolo e a culpa possam deixar de obrigá-los solidariamente, e além disso, porque nos casos dos nºs 1 e 2 há sempre violação da lei ou dos estatutos. Também o artigo 109 não exclue os accionistas, referidos no artigo 110. Os accionistas contra os administradores figuram na posição de terceiros.” (VAMPRÉ, Spencer. *Das Sociedades Anonymas*. São Paulo: Poci-Welss & C., 1914, p. 317-319).

35 “Art. 123. *Compete a sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio, mas, se, não a propuzer, dentro de seis meses, a contar da primeira assembléa geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la. Os resultados da ação de responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas. Parágrafo único. Quando o mesmo fato causar prejuízos à sociedade e diretamente a qualquer acionista, poderá este intentar contra o diretor ou diretores responsáveis a ação que couber, independentemente do prazo fixado neste artigo.*”

36 CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 92.

acionista, por corresponder a um direito seu, e, por Trajano de Miranda Valverde, como a ação, cujo fundamento é o prejuízo causado ao acionista, de modo particular<sup>37</sup>.

Já na lei atual (nº 6.404/76), a ação direta foi tratada de forma clara e evidente. Não há mais qualquer margem de dúvidas relativamente à natureza da causa e efeitos, titularidade processual e dos benefícios resultantes da lide. Modesto Carvalhosa<sup>38</sup> a resumiu como a ação que visa reparar a lesão ao direito próprio do acionista, oriunda de seu próprio interesse, sendo estranha à sociedade na medida em que o acionista não pretende restabelecer a ordem geral da Companhia, mas, somente, restaurar seus direitos pessoais.

Nada obstante os ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano preverem as ações de responsabilidade dos administradores de sociedade por danos diretos e indiretos aos acionistas (atribuindo titularidade processual, na primeira, ao próprio acionista individualmente prejudicado e, na segunda, à sociedade, seja em ação ajuizada pela própria ou por acionista, em nome próprio, mas em substituição processual), não se tem definidas quais são as hipóteses de ação individual e de ação social. Em função disso, o aberto campo de interpretação acaba por conduzir, em muitas vezes, os acionistas minoritários a confundirem o dano direto que sofrem por ação ou omissão dos administradores, com o dano indireto (que é aquele re-

---

37 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941, v. I, p. 56.

38 “*Além das ações sociais ut universi e ut singuli, prevê a nossa lei a ação individual. Visa ela a reparar toda a lesão a um direito próprio do acionista ou de terceiro, causada por ato imputável aos administradores. Ao propor a ação individual, o acionista tem em vista o seu próprio interesse, embora o resultado de seu procedimento judicial possa coincidir com os interesses de outros acionistas. Nesta ação, a pretensão, embora pautada no interesse social, é estranha aos da coletividade societária. Com a medida, o acionista não pretende restabelecer a ordem geral da companhia, mas tão-somente a restauração de direitos pessoais. Não obstante fundada na reparação de uma lesão ou de um prejuízo particular, pode a ação interessar a mais de um acionista ou a todos de uma mesma classe. Esse interesse, no entanto, será individual, não se confundindo com os interesses coletivos propriamente ditos.*” (grifo nosso). (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 337-338)

sultante do prejuízo suportado pela sociedade e que apenas repercute na sua vida individual em razão da qualidade de sócio).

Destarte, nota-se que a linha de distinção entre o dano direto e o indireto é tênue<sup>39</sup>. No entanto, é imprescindível se definir a espécie de dano, para que se verifique qual a ação correta a ser proposta e de quem a legitimidade processual para tanto. Esta diferenciação que se pretende, ressalte-se, resulta da própria natureza da ação de responsabilidade e, mais especificamente, da relação jurídica que a enseja<sup>40</sup>.

## 5. O dano direto na ação individual

Robert Hamilton<sup>41</sup> explica que, embora os procedimentos para as ações derivativa e individual sejam peculiares às suas próprias espécies, a linha divisória entre os dois tipos de danos é obscura, nebulosa (“*tênue*”)<sup>42</sup>. Diz, ainda, que **o simples fato de haver redução**

---

39 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 338.

40 Pondere-se, neste íterim, que Cunha Peixoto (*Sociedade por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 92) elucida que existem duas correntes para diferenciação das ações individuais das sociais. Uma primeira, que adota como denominador uma distinção entre a natureza delitual ou contratual da falta. Uma segunda, que adota como diferenciador a incidência da falta: toda vez que o prejuízo é causado à Companhia e só indiretamente reflete nos sócios (acionistas), a ação é social; ao contrário, quando não atingir a Companhia, mas, somente, o acionista. O douto autor aquiesce à segunda corrente. No entanto, embora se diferenciem as ações pela espécie de dano e vítima, o renomado jurista não apresenta elementos para a diferenciação entre o dano direto ao acionista e o dano reflexo, que é aquele que se verifica, tão somente, em função da qualidade de sócio.

41 HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 460-462.

42 Interpretação do seguinte excerto: “*Different procedural and substantive rules are applicable to direct and derivative claims. As a result, there is a fair amount of litigation over whether a specific claim may be pursued or as a direct or as a derivative suit. Unfortunately the line between the two types of injury is sometimes hazy.*” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 461).

**nos valores das ações que o acionista é titular não é suficiente para transmutar um dano ao patrimônio social em dano individual**, porque o dano, neste caso, é ao patrimônio ou negócio da sociedade e não do acionista<sup>43</sup>. Por fim, ao tratar exclusivamente das hipóteses de ações diretas, pontifica existirem duas situações, a saber: a) quando há violação de um dever contratual que implica restrição ao direito de um acionista; e, b) quando a injúria causada atinge apenas um acionista, de forma separada e distinta das eventuais injúrias suportadas pelos outros demais acionistas<sup>44</sup>.

Neste mesmo diapasão, opina Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, para quem a má gestão dos administradores causa prejuízo ao patrimônio social, ainda que indiretamente venha a prejudicar os acionistas<sup>45</sup>. E em mesmo sentido, é o liceu dos irmãos franceses Mazeaud<sup>46</sup>, citados por Fialho:

*“Certamente, os sócios sujeitam-se necessariamente a um prejuízo decorrente do prejuízo suportado pelo agrupamento. É evidente que se*

---

<sup>43</sup> “In one sense anything that harms the corporation also harms shareholders by reducing the value of their shares. However, a shareholder may not automatically transmute a derivative claim into a direct one simply by alleging a direct reduction in value of his shares because of injury to the property or business of a corporation.” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 461)

<sup>44</sup> “Cases recognize that claims are direct if they (1) violate a special duty (e.g. a contractual duty) owed to the shareholder (even though the action complained of may also significantly injure the corporation), or (2) cause an injury to the shareholder that is separate and distinct from the injury suffered by other shareholders.” (HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 461).

<sup>45</sup> “Na verdade, um prejuízo causado ao patrimônio social pela má gestão dos administradores, mesmo que **só indiretamente venha prejudicar os acionistas**, só pode ser reparado por meio de uma ação movida por intermédio da sociedade. O mesmo, porém, já não acontece se se recusa ao acionista a preferência para a subscrição do aumento do capital.” (CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 92).

<sup>46</sup> MAZEAUD, Henri e Léon. *Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Delictuelle*. 2 ed. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1934, t. 2, in FIALHO, Luciano Pinho. *A ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas*. UFMG: Belo Horizonte, 2000, p. 139.

**se trata de um prejuízo material causado a uma sociedade, cada associado terá o seu direito sobre o patrimônio social diminuído.** É ainda verdade que se se trata de um prejuízo moral causado a uma pessoa jurídica qualquer, o associado é também atingido, moralmente como também materialmente, proporcionalmente à sua participação no grupo. **Mas o prejuízo suportado pelos associados é o mesmo sofrido pelo agrupamento. Ele somente atinge o sócio como parte do grupo e na proporção que lhe cabe. O sócio não é atingido enquanto indivíduo, mas enquanto parte do grupo [...].** A pessoa jurídica interpõe-se entre os sócios e o autor da falta; ele forma um obstáculo insuperável às ações individuais dos sócios. **Por exemplo, no caso de prejuízo causado ao patrimônio social por má gestão do administrador ou por culpa de um terceiro, somente uma ação social, com exclusão de toda ação individual, permite obter a reparação do prejuízo.** Supondo-se, ao contrário, que a publicação de balanços falsos determinem uma pessoa a comprar ou subscrever ações da sociedade; esta pessoa submete-se a um prejuízo que lhe é particular; uma ação individual a permitirá demandar os administradores responsáveis pelas inexactidões do balanço.” (grifo nosso).

José Luiz Bulhões Pedreira<sup>47</sup>, em 1987, já assentava seu entendimento em mesma toada, ao emitir parecer sobre o seguinte caso:

*“Acionista de companhia propôs, contra ex-diretor, ação de indenização, alegando que 19 anos antes **a companhia teria vendido produtos sem contabilizar o respectivo preço, que teria sido recebido pelo ex-diretor, em proveito próprio.** A ação foi fundada no artigo 159 do Código Civil e no § 7º do art. 159 da Lei n.º 6.404/76, afirmando o autor **não se tratar da ação social** prevista no § 5º do artigo 159 da lei de sociedade por ações (...).”*

O ex-diretor formula as seguintes questões:

---

47 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ação social e individual. Cabimento e prescrição. Arts. 159 e 287 da Lei das S/A. Jurídico. 09 abr. 1987. in: ALFREDO, Lamy Filho; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. II, p. 404.

a) O fato alegado na ação proposta pode – em tese – fundamentar a ação social da companhia regulada no artigo 159 e seus §§ 1º a 6º da Lei n.º 6.404/76, a ação individual prevista no § 7º do mesmo diploma legal, ou ambas as ações?

b) A [...]”

Em resposta ao quesito transcrito, respondeu não se tratar de dano direto ao acionista:

“7. RESPOSTA AOS QUESITOS – Com esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos da consulta:

a) O fato alegado na ação proposta contra o Consulente – **a omissão, na escrituração da companhia, de receita de venda de produtos da empresa – pode ser causa de prejuízos ao patrimônio da companhia, mas não pode – por natureza – ter por efeito prejuízo direto no patrimônio de seus acionistas**. Por conseguinte, **somente pode fundamentar ação social nos termos dos §§ 1º a 6º do artigo 159 da Lei nº 6.404/76, e não a ação individual prevista no § 7º do mesmo dispositivo legal: o acionista não tem legitimidade para pleitear em nome e interesse próprios indenização por prejuízo causado ao patrimônio social.**” (PEDREIRA, 1987:413).

Não suficiente, pondere-se que o Egrégio Tribunal de Justiça Paulista (que lavrou o acórdão do caso BOMBRIL S/A, objeto do presente estudo), ao julgar a Apelação Cível nº 82.764-4/0 (em 12.08.99, Rel. Dês. Ernani de Paiva, 6ª – Sexta – Câmara de Direito Privado, *in* RT 770/235), reconheceu que a diminuição patrimonial da sociedade por pagamentos excessivos de “*pró-labore*” aos administradores (alegação esta que foi um dos danos apresentados por Robert Barth em sua ação movida contra Michael Barth e a companhia) não caracterizava dano direto ao patrimônio do acionista, razão pela qual não poderia ser manejada ação individual sob tal fundamento.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já havia se posicionado em sentido semelhante, ao julgar o Recurso Especial nº 16.410-0/SP (em 14.12.92, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª

Turma)<sup>48</sup>. Naquela oportunidade, refutou como dano direto o prejuízo advindo de empréstimo (mútuo) realizado indevidamente pelo administrador da sociedade para outra companhia da qual o administrador era acionista controlador e, também, administrador. Neste julgamento, foi aplicada a interpretação extensiva que permite ao acionista minoritário mover a ação, sem que tenha havido prévia deliberação, tal como no caso BOMBRIIL S/A. Contudo, restou claro no acórdão que o fundamento da ação não era dano direto. A ilegitimidade da parte e a carência da ação só não foram decretadas em razão da interpretação extensiva dada ao § 7º do art. 159 da LSA.

Portanto, o dano reflexo tem origem em uma diminuição do patrimônio social que, por não raras vezes, é consequência de atos ilegais e infracionários dos estatutos sociais. Ainda assim, não configuram o dano direto previsto na lei. Ora, existiria, então, dano direto ou seria mais uma falácia jurídica? Modesto Carvalhosa<sup>49</sup> foi um dos poucos juristas a enfrentar incisivamente o tema. Cita três critérios para aferição do dano direto ao acionista, a saber:

*a) critério da natureza diversa:* caracteriza-se pela quebra do dever de lealdade do administrador que pode se dar pelo uso de informação privilegiada ou através da prática de *insider*;

*b) critério do dano personalizado:* recusa no fornecimento de certidões (art. 100 da LSA) e protelação no pagamento de dividendos (ou criação de formalidades inadmissíveis ou abusivas);

*c) critério da relação contratual direta entre acionista e o administrador:* abuso na utilização de mandato (art. 126 da LSA), bem como

---

48 Disponível na RSTJ 059/221. Também disponível em “<http://www.stj.gov.br>”, acessado em 04.07.04. Endereço específico: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sociedade+e+anonima+e+minoritario+e+legitimidade+responsabilidade&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>.

49 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 338.



danos afetos à avaliação de patrimônio líquido de companhia envolvida em atos de fusão, incorporação ou cisão<sup>50</sup>.

E, com a apresentação desses critérios, conclui que se admitirá a ação individual do acionista sempre que o administrador, por abuso ou desvio de poder ou, ainda, por descumprimento da lei ou do estatuto, negar ou protelar o exercício de direitos pelos acionistas ou causar a estes prejuízos a partir da depreciação de suas ações ou dividendos.<sup>51</sup>

Interessante interpretação do instituto da ação direta de responsabilidade civil foi realizada, também, por Luciano Fialho de Pinho<sup>52</sup>, na qual preconiza a caracterização do dano individual a partir da relação jurídica que envolve ou não o acionista (e, por consequência, que envolve ou não a sociedade), tanto do ponto de vista de direito material como de direito processual. Ou seja, é necessário que haja relação jurídica entre o sujeito da relação jurídica de direito material e o sujeito da relação de direito processual, para que se perceba a natureza do dano. Assim sendo, deve-se realizar um exercício men-

---

50 Sobre essa hipótese, recomenda-se a leitura do *leading case* citado por Cunha Peixoto (CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 101-102), no qual o Tribunal de Alagoas reconheceu que o acionista tinha direito individual (e, logo, ação individual) contra os administradores, para exigir retificação na escrita contábil, à vista da não inclusão de equipamentos e máquinas no patrimônio líquido da companhia, fato que poderia, ainda, trazer prejuízos aos acionistas no caso de exercício do direito de retirada.

51 “*Em suma, a admissibilidade da ação individual ocorre toda vez que o administrador, por abuso ou desvio de poder ou por descumprimento da lei ou do estatuto, negue ou protele o exercício de direitos pelo acionista; ou, então, cause-lhe prejuízos materiais, em termos de depreciação do valor de suas ações ou dos dividendos respectivos ou da fraudulenta indução à sua negociação. Será cabível, ainda, a ação individual, no caso de ato ilícito nas relações contratuais diretas entre o administrador e o acionista, ligadas ao exercício de funções no seio da companhia, como o já citado exemplo das procurações outorgadas, na forma e para os efeitos do art. 126.*” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 339).

52 PINHO, Luciano Fialho de. *Ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas*. 2000, 323f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, p. 155.

tal para subtrair, temporariamente, da relação jurídica a Companhia. Se o dano persistir, existe relação jurídica apenas com o acionista e não com a Companhia.

Ante o exposto, pode-se concluir preliminarmente que o dano direto está, então, ligado à noção de direitos próprios dos acionistas contrapostos aos deveres dos administradores. Isto é: se a conduta do administrador afeta um direito reconhecido ao acionista, independente de ser direito essencial, de forma a impedir, restringir ou inocular esse direito (ou o que dele decorrer), ter-se-á por configurado o dano direto ao acionista.

Esclareça-se, por oportuno, que não é necessário examinar os “direitos dos acionistas” para se chegar à conclusão acima delineada. As noções de direitos essenciais trazidas por Alloysio Pontes<sup>53</sup>, direitos individuais e coletivos, e as de direitos essenciais e não-essenciais pelo Prof. Corrêa-Lima<sup>54</sup>, são inteiramente suficientes para a exata compreensão da matéria. De fato, relevante é saber se os direitos (e quais) dos acionistas, quando lesados, ensejam, na existência de dano, a ação direta do § 7º do art. 159 da LSA, ante a presença do dano direto<sup>55</sup>.

---

53 PONTES, Aloysio Lopes. *Sociedades Anônimas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II, p. 13.

54 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 291.

55 Acrescente-se, apenas, em face do caráter didático, o rol de direitos individuais apresentados por Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. II, p. 293): “direito de tratamento igualitário na alienação de controle da companhia, mediante oferta pública simultânea (art. 254)” [direito revogado pela Lei nº 9.457/97 e revogado, de forma alterada, pela Lei n. 10.303/2001, que instituiu o art. 254-A]; “direito do acionista de livremente negociar suas ações, não podendo as eventuais limitações estatutárias da companhia fechada impedir o exercício de tal direito (art. 36)”; prerrogativa do acionista de negociar direitos patrimoniais isolados, tais como os de subscrição preferencial (art. 171); direito de participar das assembleias e nelas discutir os assuntos da pauta (art. 125); direito de exigir a autenticação de cópia ou exemplar das propostas, proposições, protestos e declarações de voto oferecidos em assembleia geral cuja ata seja lavrada de forma sumária (art. 130); direito de requerer a redução a escrito dos esclarecimentos prestados pelos administradores e de exigir o

Posto isto, corroborando a solução apresentada por Luciano Fialho de Pinho, deve ser realizado um esforço intelectual para verificar se a relação jurídica de direito material provavelmente existe entre o acionista e o administrador e se, retirada a companhia (S/A) desta relação, o dano ainda persistirá, bem como o liame de causalidade<sup>56</sup>. Evidentemente, a responsabilidade por dano individual estará

---

*fornecimento pela mesa da assembléia da respectiva cópia (art. 157); direito de convocar assembléia geral quando os administradores retardarem por mais de sessenta dias a convocação prevista em lei ou no estatuto (art. 123); direito de propor ação de responsabilidade contra administradores, em nome próprio (art. 159 – com nova redação dada pela Lei n. 9.457/97); direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores, por substituição processual da companhia (art. 159); direito de propor ação de anulação dos atos constitutivos da companhia (art. 206).*” Dentre os direitos dos acionistas minoritários, ainda destaca o autor (1997:294): “*faculdade de requerer aos administradores a relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia enviou solicitação de mandato, para o fim de remeter-lhes pedido com o mesmo objetivo (art. 126). Para tanto, deverá o acionista interessado deter 0,5% ou mais do capital social. Para os acionistas titulares de ações representativas de 5% ou mais do capital social, a lei reserva os seguintes direitos: requerer em juízo exibição de livros (art. 105); requerer por carta ou telegrama a convocação de assembléia geral da companhia fechada (art. 124); requerer cópia dos documentos que se acham à disposição dos acionistas, na sede social, para a realização da assembléia geral (art. 133); solicitar informações aos administradores de companhia aberta sobre os interesses patrimoniais dos mesmos, representados por valores mobiliários de emissão da companhia, [...]; propor ação de responsabilidade contra os administradores (art. 124).*” Há, ainda, dependendo do percentual do capital social, direito de participar do Conselho Fiscal e requerer o seu funcionamento; de eleger membro para o Conselho de Administração e de convocar assembléia geral (art. 123 da “LSA”).

56 Não se pretende negar toda a evolução da ação como direito subjetivo de incoar a prestação jurisdicional e que tal direito é autônomo, pois, como ensina Ada Pellegrini Grinover e outros (*Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p. 247) “*constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material.*” Trata-se de legitimidade para esta ação, de modo que não se diz que só pode demandar o acionista se for o titular do direito lesado e isso lhe for reconhecido pelo Poder Judiciário. O que se pretende demonstrar é que a legitimidade está atrelada à titularidade do dano, ou seja, saber quem sofreu o dano e, logo, quem pode buscar a reparação, ainda que esta não lhe seja deferida pelo Poder Judiciário. Com efeito, “*a legitimidade ativa é conferida àquele que pretende solução jurisdicional a respeito de conflito que envolve direito material de sua titularidade.*” (Apelação Cível n. 460.652, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, disponível em “[http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao\\_2005/secciv2/2005\\_02/4609652.doc](http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao_2005/secciv2/2005_02/4609652.doc)”, acessado em 09.04.2005), bem como é legitimado (ativo) “*para propor a ação é aquele que socorre ao poder jurisdicional do Estado, afirmando ser titular de direito material que pretende ver satis-*

sempre afetada ao descumprimento de um dever jurídico por parte dos administradores (pressuposto), como, *v.g.*, a ausência de observância do dever de informação, já que reconhecido pelo Tribunal de Justiça Paulista<sup>57</sup>:

*“SOCIEDADE COMERCIAL. ANÔNIMA. CAPITAL ABERTO. TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO. OCORRÊNCIA NÃO COMUNICADA OPORTUNAMENTE À BOLSA DE VALORES E À IMPRENSA. INADMISSIBILIDADE. **OMISSÃO DE DEVER LEGAL. PREJUÍZO AOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS, QUE EFETUARAM VENDA POR VALOR INFERIOR AO DA OFERTA PÚBLICA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ADMINISTRADORES. APLICAÇÃO E INTELIGÊNCIA DO ART. 157 DA LEI 6.404/76. A inobservância do dever legal pelos administradores de sociedade anônima de capital aberto de divulgarem oportunamente a transferência do controle acionário da empresa gera responsabilidade solidária pelos danos causados a acionistas minoritários** que negociaram suas ações por valor inferior ao da oferta pública. Indenização devida. Responsabilidade solidária dos administradores. Aplicação e inteligência do § 4º do art. 157 da Lei n. 6.404/76. ‘A inobservância do dever pelos administradores da sociedade anônima de capital aberto de divulgarem oportunamente a transferência do controle acionário da empresa gera responsabilidade solidária pelos danos causados a acionistas minoritários que negociaram suas ações por valor inferior ao da oferta pública.’”* (Apelação Cível n. 65.531-1, Dês. Márcio Bonilha, em 25.06.1987).

Este caso (“HOWA S/A”), como dito, também foi julgado pelo Tribunal Paulista e nele se reconheceu o dano direto por lesão ao direito do acionista minoritário em receber tratamento igualitário na

---

*feito.*” (Apelação Cível n. 456.076, Rel. Des. Otávio Abreu Portes, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acessado em 09.04.2005 e disponível em “[http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao\\_2004/secciv8/2004\\_09/4566076.doc](http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao_2004/secciv8/2004_09/4566076.doc)”). Destarte, para se saber quem é o legitimado ativo, mister se faz saber quem pode pleitear como provável titular do direito material, o que faz o método proposto válido e consentâneo com a doutrina processual vigente.

57 MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula. *Sociedade por Ações. Jurisprudência. Casos e comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 464.

oferta pública de ações. Com efeito, a Corte Paulista posicionou-se no sentido de que os administradores tinham o dever legal de informar o fato relevante, do qual já tinham conhecimento desde 1º de dezembro de 1981. No entanto, só em 4 de dezembro a informação foi divulgada. Neste período, os acionistas minoritários negociaram suas ações por preço aquém do obtido na oferta pública, da qual tinham o direito individual de ter prévio e amplo conhecimento. O prejuízo causado, portanto, decorre diretamente da omissão ilegal dos administradores e da lesão ao direito individual do acionista minoritário de ser informado. Além disso, na análise da relação jurídica material, nota-se que o prejuízo não repercutiu na Companhia, mas, somente, no patrimônio dos acionistas.

Logo, a ação cabível seria a individual e não a social (derivada). Ressalte-se que referido direito foi abolido em 1997, (com a revogação pela Lei nº 9.457/97, mas revigorado pela Lei nº 10.303/2001, que instituiu o art. 254-A à LSA). O referido acórdão é de 1987, porém, ilustra bem o entendimento sustentado neste trabalho.

## **6. Barth vs. Bombril e o dano direto**

No *case* inspirador (“Barth vs Barth”), Robert Barth propôs ação de reparação contra o administrador (que também era o principal acionista) e a sociedade, alegando danos diretos, em virtude de diminuição dos valores de suas ações. A reparação dos danos foi pleiteada para a sociedade. O Tribunal do Estado de Indiana reconheceu que o dano causado a Robert Barth era indireto, já que o patrimônio da Companhia fora fulminado diretamente e, o patrimônio do acionista, apenas de forma reflexa. É certo que restrições de direitos de acionista (como acesso a livros, lesão a direito alegada por Robert Barth) pode legitimar ação individual, porque, inegavelmente, ataca direito próprio da qualidade de sócio. Entretanto, a redução de dividendos por ocasião de administração ruinosa não enseja reparação individual, pois a real prejudicada é a sociedade, vez que, subsumida (mentalmente) esta da relação jurídica material, não haverá dano ao

acionista. De mais a mais, nenhum acionista possui direito adquirido ao lucro. O direito de participar existe, mas não o direito de responsabilizar, a princípio, os administradores por inexistência de lucro. Esse prejuízo, portanto, é social e não individual.

No paradigma nacional – caso BOMBRIL S/A – o autor propôs, igualmente, ação individual, pela qual visou a reparação de danos à sociedade. O fundamento principal era de que a má administração da Companhia ocasionava sensível redução em seus dividendos. Postulou em nome próprio, alegou dano direto e requereu a indenização em benefício da Companhia. O Tribunal Paulista entendeu não estar presente o dano direto, eis que o acionista só seria prejudicado de forma indireta (os danos, na verdade, correspondiam à redução dos lucros). Desse modo, afetava-se diretamente à sociedade e não aos acionistas. O acionista, então, não tinha direito individual oponível aos administradores, por existir, apenas, expectativa de participação nos lucros (a participação é um direito individual, porém, a existência de lucro não é um direito do acionista, mas uma finalidade social).

Nesse contexto, se não estava configurado o dano direto nas hipóteses dos casos apresentados, quando se reputaria configurado o dano direto legitimador da ação individual? Ou seja, como reconhecer um dano como direto ao acionista?

O dano individual está ligado, de forma íntima, à noção de direito individual do acionista e não às finalidades institucionais da sociedade, embora não seja possível, neste momento, afirmar que só existam danos diretos correlatos ao exercício de direitos individuais de sócio, o que demandaria uma reflexão ainda mais profunda. Para reconhecê-lo, o exame da relação jurídica entre os sujeitos da relação de direito material e aqueles que poderão ser titulares da relação processual parece adequada, principalmente se não estiver presente nenhum direito individual do acionista expresso em lei ou estatutos. A subtração, em esforço mental, da sociedade dessas relações jurídicas é um instrumento eficaz para solucionar o embate do dano direto.

E seguindo a teleologia da ação derivada contra o administrador<sup>58</sup>, não há como se reconhecer nos casos estudados a presença do dano individual. Com efeito, se as reduções nos valores das ações ou dos dividendos decorrem de dano direto à sociedade e não aos próprios acionistas, não há lesão individual capaz de subsidiar ação direta do acionista.

Pondere-se, por relevante, que as soluções encontradas pelos tribunais (tanto o de Indiana, EUA, como o de São Paulo, Brasil) são válidas, pois o acionista minoritário, em ambos os casos, jamais iria conseguir convocar uma assembléia para deliberar sobre a propositura da ação e, se conseguisse, não lograria êxito em aprovar a propositura da ação. E mais: não tendo êxito, não poderia propor a ação social por substituição processual, por não possuir a parcela mínima do capital social exigida pela lei. Ausente o dano direto, a reparação, ainda que à companhia, inviabilizar-se-ia. A solução, portanto, de se interpretar, no caso brasileiro, extensivamente o art. 159 da LSA, para permitir a ação proposta como individual como social, mesmo sem prévia deliberação, amolda-se a uma necessidade prática e, por muitas vezes, necessária ao restabelecimento da justiça corporativa e do patrimônio social<sup>59</sup>.

---

58 Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 332), ao definir a *derivative suit*: “a reparação dos danos sofridos pela companhia sobre os danos indiretos sofridos pelos acionistas, por meio da restauração do valor das ações.”

59 Essa solução foi invocada pelo Min. Sálvio de Figueiredo no Recurso Especial nº 16.410-0/SP (de 1992), já citado neste trabalho, e também pelo Min. César Asfor Rocha, no Recurso Especial nº 179.008/SP (de 26.06.00, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). Ressalte-se, contudo, a posição contrária do Tribunal Paulista, no julgamento da Apelação Cível nº 82.764-4/0 (também já citado neste trabalho, mas não referido neste ponto específico da legitimidade/carência da ação), cuja ementa é a seguinte: “*SOCIEDADE ANÔNIMA. Responsabilidade civil. Ação proposta por acionista contra administradores. Necessidade de prévia deliberação em assembléia. Inteligência do art. 159 e §§ 3º e 4º da Lei 6.404/76. Ementa Oficial: Pressuposto para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores da sociedade anônima, quer pela própria sociedade, quer por acionista, é a deliberação prévia em assembléia, os termos do previsto no art. 159 e §§ 3º e 4º da Lei das Sociedades por Ações.*” (Des. Ernani de Paiva, 6ª Câmara de Direito Privado, em 12.08.99, in RT 770:235).

No caso da Corte de Indiana, EUA, também foi louvável a solução. Ao examinar a inexistência de pressupostos que fariam imprescindível o uso da ação derivada (entre estes, encontrava-se a impossibilidade de expor a sociedade a múltiplas ações, o que é um critério defendido no Brasil por Paulo C. A. Lima<sup>60</sup>, bem como a possibilidade de injusta distribuição da indenização e de lesão a direitos de credores da sociedade), reconheceu-se a legitimidade do autor (Robert Barth) para a lide proposta, ainda que ausente qualquer dano direto. A ação foi tratada como se social (derivativa) fosse.

## 7. Conclusão

Ao longo desse ensaio, surgiram determinadas conclusões, todas geradas do estudo da produção jurídica existente, bem como dos preceitos legais e do contexto histórico em que tiveram origem os institutos examinados. A rarefação da jurisprudência e, até mesmo, da doutrina, sobre a ação individual do acionista em face do administrador da sociedade anônima, fez e faz o tema instigante, mormente pelo notório fato de que, no Brasil, a grande maioria das sociedades é “governada” de forma absoluta por um único grande acionista, restando poucos remédios aos sócios minoritários.

A leitura e comparação dos casos trazidos à colação no presente ensaio contribuíram para a conclusão de que a ação direta do acionista é, sem sombra de dúvidas, um remédio para resguardo de direitos dos acionistas. A ação social também o é, porém, exige prévia deliberação da assembléia geral e um *quorum* mínimo de 5% (cinco por cento) do capital social, na hipótese da deliberação ser negativa (isto é, resolver não propor a ação, o que geralmente ocorre, vez que

---

60 Segundo o qual se poderia impedir a instauração de inúmeros procedimentos por acionistas minoritários, cujos intuitos não seriam exatamente o benefício social, mas forma de barganha ou chantagem (“*strikes suits*” no direito brasileiro) (LIMA, Paulo C. A. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1977, v. I e II, p. 244).



o acionista majoritário costuma ser o administrador ou ter indicado este último).

De tudo exposto e com adesão integral à lição de Robert Hamilton<sup>61</sup>, pela qual se entende que qualquer dano ao patrimônio da sociedade repercutirá em diminuição do valor das ações dos acionistas, é forçoso concluir que os tribunais de Indiana e São Paulo agiram corretamente, ao decretarem a inexistência de dano direto nos casos em apreço (diminuição de valor de ações ou de dividendos, em decorrência de ilícitos praticados pelos administradores) e, conseqüentemente, reconhecerem a impossibilidade de ação individual<sup>62</sup>.

Para o reconhecimento do dano direto, fica a sugestão da subsunção e abstração das relações jurídicas de direito material e processual, pautada e direcionada pelo rol de direitos individuais e garantias concedidas aos sócios, seja pela lei ou pelo estatuto social.

---

61 HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 461: “*In one sense anything that harms the corporation also harms shareholders by reducing the value of their shares.*”

62 De fato, ambos os tribunais reconheceram que não seria o caso de ação direta, não havendo legitimidade do acionista minoritário. No entanto, diante das peculiaridades de cada demanda, ambos os tribunais entenderam ser possível admitir as ações, mas com a indenização sendo revertida para a sociedade, ou seja, como ações derivativas por substituição processual (propostas em nome próprio dos acionistas, mas com direitos e benefícios pertencentes à sociedade). A disciplina instigante do dano direto está mais afeta ao dano oriundo de lesões ou restrições indevidas aos direitos essenciais e individuais dos acionistas ou, se não for, àquelas relações jurídicas nas quais a sociedade não é parte, como no caso do excesso de mandato e negativa de certidão ou acesso a livros, citados por Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 338).

**RECUPERAÇÃO DE  
EMPRESAS E FALÊNCIAS**



# **RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS**

## **A DECADÊNCIA DA AÇÃO REVOCATÓRIA AJUIZADA PELO ARTIGO 130 DA LEI 11.101/05**

### **THE STATUTE OF LIMITATION OF THE REVOCATION SUIT PURSUANT THE ARTICLE 130 OF FEDERAL LAW 11.101/05**

*J. A. Penalva Santos  
Paulo Penalva Santos*

*Resumo:* Estuda-se a ação revogatória, prevista no artigo 130 da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falências), como importante instrumento jurídico de repressão à fraude, alcançando atos praticados intencionalmente pelo devedor para prejudicar seus credores. Analisa-se a aplicação do prazo prescricional previsto no Código Civil de 2002 à ação revocatória, fazendo com que tal ação não atinja todos os atos pretéritos praticados pelo devedor, independentemente de limite de tempo.

*Palavras-Chave:* Ação Revogatória. Lei nº 11.101/05. Prazo decadencial. Limite temporal. Fraude a credores.

*Abstract:* This article studies the revocation suit, established in the article 130 of Federal Law no. 11.101/05 (Bankruptcy's Law), as an important legal instrument used in fraud's repression, reaching deceitful actions made by the debtor in order to adversely affect his creditor. Also, it is analyzed the application of the statute of limitation established by Civil Code in the revocation suit, so that such suit does not reach all the past acts made by the debtor, notwithstanding time limits.

*Keywords:* Revocation Suit. Federal Law no. 11.101/05. Statute of limitation. Temporal limit. Defraud of creditors.

## **Introdução**

A questão em exame diz respeito à impossibilidade de a ação revocatória, prevista no artigo 130 da Lei nº 11.101/05, atingir atos praticados pelo devedor *independentemente de qualquer limite temporal*, pois isso significaria admitir a existência de uma pretensão imprescritível, ou de um direito que jamais caduca.

A prescrição e a decadência são fenômenos típicos das ações referentes a direitos patrimoniais, e somente a lei pode declarar um direito, ou uma pretensão, imprescritível ou não sujeito à decadência.

Além disso, a ação revocatória do artigo 130 da Nova Lei de Falências, por sua característica essencial de reprimir a fraude, deve ser confrontada com a ação pauliana, cujo prazo decadencial é de quatro anos a partir da prática do ato. Dessa forma, é necessário justificar a aplicação do prazo decadencial do Código Civil ao caso, pois a lei especial (Lei de Falências) é omissa a respeito.

O argumento de que a norma geral (Código Civil) não pode prevalecer em relação à norma especial (Lei de Falências) é incorreto, pois, diante da omissão da Lei nº 11.101/05, o intérprete deve buscar a norma em outra fonte, que, no caso, é o prazo de decadência para o ajuizamento da ação pauliana.

Apesar dos vários aspectos que diferenciam a *actio pauliana* da revocatória falimentar (artigo 130 da Lei 11.101/05), ambas têm por escopo punir a fraude. Por isso, a doutrina é pacífica no sentido de que a índole dessa ação revocatória falimentar é idêntica à da “*actio pauliana*”.<sup>1</sup>

---

1 Na doutrina italiana ver Giovan Battista Impallomeni, p. 147 a 1129 e Ângelo de Martini, p. 158 e seguintes, ambos *Novissimo Digesto Italiano* vol II; Brunetti, p. 801, *Nuovo Digesto Ita-*

A ação revocatória tem dois tratamentos jurídicos distintos. A ineficácia do negócio jurídico ou resulta de disposição expressa em lei — nas hipóteses taxativamente enumeradas — ou de casos em que se prova a fraude.

Tal como ocorria na vigência do DL nº 7.661/45 (art. 53), o fundamento da ação revocatória do artigo 130 da Lei nº 11.101/05 é o delito (fraude), sendo que nas hipóteses do artigo 129 o fundamento não é a fraude, mas a lei.

Enquanto de um lado o art. 130 da Lei nº 11.101/05 alcança qualquer ato praticado *intencionalmente* pelo devedor para prejudicar os credores, (art. 130 = *eventus damni* (dano efetivo) + *consilium fraudis* (propósito de fraude) + *scientia damni* (ciência do dano), de outro, a ação revocatória do artigo 129 dispensa a prova da fraude, pois decorre de disposição legal expressa, nas hipóteses taxativamente enumeradas.

Como ensinava Trajano de Miranda Valverde, na vigência do DL nº 7.661/45, (*Comentários à Lei de Falências*, atualizado por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, Vol. I, p. 376, nº 387) a fraude não entra como elemento necessário na ação revocatória ajuizada com fundamento no artigo 52. Esse sistema não existe fora da falência, pois vigora o princípio pelo qual quem chega primeiro tem direito de satisfazer o seu crédito com o patrimônio do devedor. Com efeito, a revocatória do art. 129 da Lei nº 11.101/05 se dirige contra os credores que tenham conseguido, *no período suspeito ou no termo legal*, uma satisfação total ou parcial de seus créditos e são obrigados a restituir o que receberam, pondo-se em igualdade com os demais credores. Por isso, nesta estrutura jurídica, há necessidade de um

---

*liano* vol V, p. 801 e seguintes. Na doutrina pátria: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, Volume I (atualizado por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos). Rio de Janeiro: Forense, 1ª Ed., 1999, p. 372 e seguintes; MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 130 e seguintes; MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Volume VII, p. 519; CAHALLI, Youssef Said. *Fraudes Contra Credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109 e seguintes.

marco especial, para balizar os atos que a lei, independentemente da fraude, considera ineficazes.

Note-se que a Lei de Falências não cuidou do prazo decadencial da ação que visa punir a fraude, porque isso já estava previsto na Lei Civil. Por isso, faz sentido estudar a ação revocatória do artigo 130 da Lei nº 11.101/05 em confronto com a ação pauliana, conforme acentuou Sylvio Marcondes no seu conciso ensinamento:

*“Por sua proximidade conceitual com a matéria da fraude contra credores na esfera civil, há pouco examinada, parece preferível considerar em primeiro lugar o preceito do art. 53, de modo a confrontá-lo, em seus elementos, com os dos arts. 106 e 107 do Código Civil.”*  
(Ob. Cit., p. 136).

Adiante, o Professor Sylvio Marcondes — que integrou a Comissão que elaborou o Ante-Projeto de Lei que originou o DL nº 7.661/45 — destacou que é inteiramente diversa a estrutura da ineficácia prevista no artigo 52 do DL nº 7.661/45 (atual artigo 129 da Lei nº 11.101/05), onde não há qualquer resquício de fraude, pois o legislador foi categórico ao salientar que *“não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor; seja ou não intenção deste fraudar credores”*. É irrelevante a má-fé, ou a prova da fraude.

Da mesma forma como ocorria na vigência do DL nº 7.661/45, a ação revocatória do artigo 129 da Lei nº 11.101/05 não visa punir a fraude ou o dolo, mas apenas declarar a ineficácia de ato prejudicial à massa. Basta, portanto, a prática do ato no prazo determinado pela lei. Por isso, os limites indicados no artigo 129 (o termo legal e o período suspeito) não têm qualquer relação com a ação que visa reprimir a fraude (art. 130), à qual, pela sua semelhança, deve ser aplicado o mesmo sistema de um exercício de um direito potestativo, que se extingue pelo decurso do prazo decadencial previsto no artigo 178 do Código Civil.

## 1. A origem do problema.

A ausência de um prazo estabelecido no artigo 130 tem uma explicação, cujo esboço histórico é elucidativo no entendimento da questão. O artigo 53 do DL nº 7.661/45 limitava-se a dispor que também são revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, sem estabelecer expressamente qualquer limitação temporal.

No entanto, essa omissão tem origem histórica, porque as legislações anteriores ao DL 7.661/45 sempre trataram dessa ação revocatória como sujeita ao prazo de prescrição, conforme se depreende da leitura do art. 56 da Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908, cuja redação foi mantida pelo Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929:

*“Art. 56. Poderão ser revogados, também, relativamente à massa, todos e quaisquer atos, enquanto não prescritos, praticados pelo devedor, na intenção de prejudicar credores, provando-se fraude de ambos os contraentes.”* (grifo nosso)

Os autores dos Anteprojetos de 1940 e de 1945 pretenderam eliminar a controvérsia acerca da natureza do prazo – decadência ou prescrição – e resolveram suprimir a expressão “*enquanto não prescritos*”, por considerá-lo extintivo. Mas, de forma alguma, essa supressão pode significar que a ação revocatória atinge atos pretéritos, independentemente de qualquer limitação temporal.

Jayme Leonel<sup>2</sup>, na sua obra clássica *Da Ação Revocatória* analisa a questão, anotando o seguinte:

*“Pela lei antiga, como dissemos, todos os atos poderiam ser revogados “enquanto não prescritos”. Essa expressão está hoje suprimida. **Mas isto, positivamente, não significa que o legislador, fazendo a supressão tivesse o propósito de autorizar a revogação de atos prescritos, o que seria contrário a todas as normas de direito.***

---

2 LEONEL, Jayme. *Da Ação Revocatória*. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 121/122.



*A eliminação foi sugerida pela Comissão no pressuposto de que, adotada a redação do anteprojeto, não mais haveria lugar para as controvérsias que, no passado, preocupavam os juristas.*

*De fato, hoje não mais se discute se o prazo é de prescrição ou de decadência.*

*Mas se, em verdade, o fim visado foi conseguido, nem por isso outras questões intrincadas se evitaram.*

*Teria, portanto, sido preferível à Comissão adotar a fórmula do projeto do Código de Comércio Italiano: “o órgão da massa pode impugnar, por meio da ação ou exceção, todos os atos fraudulentos ou simulados praticados pelo devedor em prejuízo de seus credores, no quinquênio anterior à declaração da falência.”*

*Esse foi o que, despretensiosamente, sugerimos na edição anterior.”*  
(grifo nosso).

Com essa visão histórica, fica evidente a impossibilidade de a ação revocatória, ajuizada com fulcro no artigo 130 da Lei nº 11.101/05, atingir atos pretéritos, independentemente de qualquer limite temporal. E, mais ainda, a concepção da ação revocatória do artigo 130 está ligada a limites de tempo do Direito Civil (prescrição ou decadência) e não aos limites (termo legal e período suspeito) que se prestam a um marco legal para os casos taxativamente enumerados no artigo 129.

## **2. Prescritibilidade e imprescritibilidade da pretensão**

De acordo com a lição de Humberto Theodoro Junior<sup>3</sup>:

*“Sujeitam-se à prescrição as pretensões (faculdade ou poder de exigir prestações de outrem), provindas de quaisquer classes de direitos, sejam reais ou pessoais, nascidas de relações jurídico-familiares ou jurídico-sucessórias, digam respeito a qualquer pessoa, física ou jurídica, privada ou pública. Este o princípio geral”.*

---

3 THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 165. Vol. III, Tomo II.

A imprescritibilidade somente pode ser adotada por lei, ou seja, somente a lei tem autoridade de declarar imprescritível um direito, segundo ensinamentos de Orlando Gomes<sup>4</sup>:

*“Somente a lei tem autoridade para declarar imprescritível um direito. Um direito prescritível não pode converter-se, por contrato, em direito imprescritível. Há direitos que, por sua natureza, são imprescritíveis, dispensando declaração legal nesse sentido. Tais são os direitos facultativos ou faculdades da lei, cujo conteúdo é inesgotável, como a de testar. Também os direitos relativos ao estado e à capacidade dos indivíduos, via de regra, são, explícita ou implicitamente, imprescritíveis. Em suma: os direitos de que o titular não pode dispor.”*

A prescritibilidade é a regra, mas admite exceções, anota Humberto Theodoro<sup>5</sup>.

Entre os casos de imprescritibilidade não se encontra o referente aos prazos da ação revocatória falimentar, como todas as outras hipóteses que envolvam cunho patrimonial.

Muito claro se mostrou Humberto Theodoro ao revelar que, por pressupor a prescrição uma forma de abandono ou renúncia por parte do titular, não se sujeitam à prescrição as pretensões decorrentes de direitos indisponíveis, sobre os quais o titular não pode praticar

---

4 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 446.

5 Ob. Cit., p. 166: *“Embora sejam verdadeiras pretensões, não prescrevem as de partilhar a herança (art. 2.013), a de dividir a coisa comum (art. 1.320), a de demarcar os imóveis limítrofes (art. 1.297), e a de meação sobre muros divisórios (art. 1.297, §1º). Aliás, todas essas pretensões decorrem do direito de propriedade, direito que não se extingue pelo não-uso e que, por isso, é protegido por uma ação real imprescritível, a ação reivindicatória (art. 1.228). [...] Por pressupor a prescrição uma forma de abandono ou renúncia por parte do titular, não se sujeitam à prescrição as pretensões decorrentes de direitos indisponíveis, sobre os quais o titular não pode praticar nenhum ato de disposição, transferência ou renúncia, como se dá com os direitos da personalidade, direito de estado e, em geral, como os direitos derivados das relações de família. Submetem-se, contudo, aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis, como as de reclamar prestações alimentícias e as de exigir reparação pelo dano moral oriundo de ofensa ao direito da personalidade (embora sejam, em si, inalienáveis e imprescritíveis o direito de alimento e o direito à honra.”*

nenhum ato de disposição, transferência ou renúncia, como se dá com os direitos da personalidade, direito de estado, e, em geral, com os direitos derivados das relações de família.

Evidentemente, não é apenas com a prescrição que os direitos se extinguem pela inércia durante um determinado período de tempo. O mesmo raciocínio aplica-se à decadência, pois outros direitos também devem ser exercidos em certo prazo, sob pena de caducidade. Todo direito patrimonial caduca ou prescreve.

### **3. A prescrição e a decadência**

O tempo produz efeitos importantes em relação aos direitos, ora levando-os à extinção ora à sua aquisição. O decurso de certos prazos pode extinguir direitos que se adquiriram com a prática de todos os requisitos previstos em lei.

A justificativa para essa sanção jurídica é a necessidade de punir a inércia de um titular de direito. Isto decorre de um princípio de ordem pública, cuja finalidade é preservar a segurança das relações jurídicas. A influência do tempo sobre os direitos é que constitui o cerne da questão referente à prescrição e à decadência.

No aspecto doutrinário, a decadência, segundo Gustavo Tepedino<sup>6</sup>, encontra-se vinculada a um direito potestativo, que deveria ter sido concretizado normalmente pelo seu titular, ou por meio de uma ação de natureza constitutiva no decorrer de determinado prazo definido em lei (cf. Agnelo Amorim Filho. *Critério Científico*, p. 728).

A característica dos direitos potestativos é, precipuamente, a de independêrem de notificação prévia da outra parte ou de se sujeitarem a uma ação ou omissão alheia, pois conferem ao seu titular o poder de intervir na esfera jurídica de outrem, de modo que o sujeito

---

6 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 418.

passivo encontra-se em estado de **sujeição** perante o exercício do direito por parte de seu titular.

Conforme lição de San Tiago Dantas<sup>7</sup>, a prescrição apresenta íntima relação com a lesão de direito, definida como: “*a convallescência da lesão do direito pelo não exercício da ação ... a lesão do direito se cura, convalesce, a situação que era antijurídica torna-se jurídica, o direito anistia a lesão anterior e já não se pode mais pretender que se faça valer nenhuma ação*”.

Como corolário, San Tiago Dantas aduziu a respeito dos direitos facultativos: não existindo possibilidade de lesão ao direito de um condômino em propor a divisão de coisa comum, não há prescrição para o exercício para aquele direito.

Concluiu San Tiago Dantas, como segundo corolário: “*onde não se tiver um direito subjetivo, onde não se vier uma mera faculdade, à qual não corresponda um dever de outrem, não se pode ter lesão de direito e não se pode ter prescrição. Aí só se pode ter uma coisa: decadência.*” (ob. cit., p. 399).

Prosegue o grande civilista: prazos fatais que a lei assina, para que dentro deles se exercite a faculdade, e quem não exercitar a faculdade dentro daquele tempo, não a poderá exercitar mais, pois se trata de prazo de decadência.

Por isso, os prazos decadenciais não se sujeitam a impedimento, interrupção ou suspensão, salvo exceções previstas na lei, como dispõe a norma geral no Código Civil. No exercício do direito potestativo, a satisfação não se associa a dever jurídico de outrem, dependendo, exclusivamente, do comportamento do próprio titular.

Na mesma linha de raciocínio, Chiovenda desenvolveu a teoria dos direitos potestativos, nos *Princípios* e nas *Instituições*, ao dividir os direitos subjetivos em os que têm por finalidade um bem da

---

7 DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2ª tiragem, Parte Geral. Ed. Rio, p. 399.

vida, obtido através da prestação de outrem (direitos a uma prestação); e a dos direitos configurados nos poderes que a lei confere ao titular de influir com uma declaração de vontade sobre situações jurídicas de outrem (direitos potestativos).

Orlando Gomes completa a afirmação de Chiovenda, ao dizer que, a todo direito corresponde, em tese, uma obrigação, mas reconhece que há direitos nos quais a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem. São direitos sem pretensão, denominados direitos potestativos<sup>8</sup>.

No mesmo diapasão, Francisco Amaral<sup>9</sup> conceitua direitos potestativos como: o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante a declaração unilateral de vontade do titular, da decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.

Amaral faz a distinção entre direito potestativo e faculdade jurídica, tal como o direito de vender um bem, de construir, desde que respeitados os direitos de vizinhança e as posturas, de locar, etc., cuja falta de exercício em nada prejudica a existência do direito. Em resumo: o exercício de direito potestativo impõe uma sujeição a outrem, enseja a oportunidade de uma ação constitutiva.

Na prescrição há uma vinculação do direito de ação de uma parte à obrigação de uma prestação da outra parte, e de uma lesão à primeira parte.

De outro lado, no dizer de Orlando Gomes<sup>10</sup> “*a decadência*

---

8 Ob. Cit., p. 454.

9 AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 191 e 550.

10 Ob. Cit., p. 507.

*verifica-se pelo esgotamento do prazo extintivo que flui ininterruptamente contra todos”.*

No parecer do Min. Cláudio Santos<sup>11</sup> acerca do tema, S. Exa. analisou a diferença entre prazo extintivo e prescrição liberatória, revelando que o primeiro aniquila direitos ou faculdades (*facultas agendi*, isto é, direitos no sentido subjetivo), ao passo que a prescrição liberatória aniquila ações.

Quando a decadência é reconhecida por lei, é um dever do juiz conhecê-la de ofício (Renan Lotufo. *Código Civil*, p. 559), constituindo matéria de ordem pública, podendo ser decretada a qualquer tempo.

O momento em que nasce o direito de ação é importante para distinguir a prescrição da decadência. Quando o direito nasce no mesmo momento da ação, o prazo para exercê-lo é de decadência. Quando o direito de ação é posterior ao nascimento do próprio direito, ou seja, o direito já existia e é posteriormente violado, criando obstáculo ao seu exercício, o prazo será de prescrição. No caso da ação pauliana, o direito de anular a fraude surge no mesmo momento em que surge o direito de ação, sendo, portanto, prazo decadencial.

Explica Humberto Theodoro<sup>12</sup> que os fundamentos da decadência “*são a necessidade de certeza jurídica que determina a subordinação de certos direitos facultativos ao exercício obrigatório dentro de determinado prazo, para que o seu término se tenha como firme e inalteravelmente definida a situação jurídica das partes*”.

A fixação do prazo decadencial é de interesse público, com respeito a determinadas situações jurídicas que sejam submetidas e fiquem definidas no seu transcurso. A decadência, como visto, alcança os chamados direitos potestativos, expressão acolhida por Giusep-

---

11 SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A ação revocatória e o prazo para sua propositura. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* nº 10, p. 179.

12 Ob. Cit., p. 355.

pe Chiovenda, correspondentes àqueles que independem de qualquer manifestação da parte contrária, e da invocação do próprio interessado, tendo como consequência o fato de o juiz poder decretá-la de ofício.

A decadência não se suspende nem se interrompe, pois o seu prazo flui automaticamente, sem intervenção de quem quer que seja. O direito potestativo é ínsito à própria pretensão do interessado, vale dizer, não decorre da correlação entre direito e obrigação entre as partes como, de regra, acontece nos contratos bilaterais, nem depende da violação de uma obrigação pela outra parte.

Como leciona Humberto Theodoro<sup>13</sup>, o transcurso do prazo prescricional faz extinguir a pretensão, sem desconstituir o direito do credor, enquanto o transcurso do prazo de caducidade aniquila o próprio direito. No que tange ao direito intertemporal, a nova lei não atinge os prazos em curso, os quais continuam a ser regidos pela lei ao tempo de sua constituição, ainda que esse prazo só venha a se consumir sob o império da lei nova<sup>14</sup>.

Na vigência do Código Civil de 1916, a confusão entre decadência e prescrição decorria da ausência de critérios objetivos para diferenciá-los. Com o Código Civil de 2002 esse problema foi solucionado, conforme salientou o Professor Miguel Reale, na magnífica Exposição de Motivos :

*“Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser apenas, e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos em cada*

---

13 Ob. Cit., p. 179.

14 Ob. Cit., p. 357. Também Carlos Maximiliano. *Direito Intertemporal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, nº 221, p. 259; e José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 219.

*caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na parte geral quanto na especial”.*

Aliás, a Comissão do Código Civil, na referida Exposição de Motivos, optou pelo uso da terminologia referente à prescrição, ao adotar a regra de que a prescrição é da *pretensão* e não da *ação*, na linha da corrente do Direito Processual “*de que há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos*”.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 definiu o instituto da prescrição no art. 189, instituindo uma disciplina específica para a decadência nos arts. 207 a 211, ao agrupar em capítulos separados os preceitos reguladores de cada uma dessas figuras jurídicas<sup>15</sup>.

No caso específico da ação pauliana, o Código Civil de 2002 foi taxativo, ao referir-se expressamente à caducidade, senão vejamos:

*“art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:*

*I— ...*

*II— no de erro, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio Jurídico;*

*III— ...” (grifo nosso)*

Dessa forma, é evidente que o direito de ajuizar a ação pauliana decai no prazo de quatro anos, contado da prática do ato.

#### **4. Lei especial e lei geral**

Também descabida é a afirmação de que o Código Civil não se aplica ao caso, pois, sendo lei geral, não pode prevalecer em relação à lei especial (Lei de Falências). Dessa forma, teria o intérprete de

---

15 Cf. Humberto Theodoro Junior. Ob. Cit., p. 347.



buscar a regra sobre prescrição ou decadência na própria Lei de Falências.

Conforme a doutrina, assim se define a especialização legal:

*“Entre a lex specialis e a lex generalis há um quid specie ou uma genus au speci. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes ... A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica.”<sup>16</sup>*

A Lei de Falências contém apenas dois marcos, que são os limites que permitem alcançar atos pretéritos praticados pelo devedor: *o termo legal e o período suspeito. O que se demonstrou acima, é que esses dois marcos – termo legal e período suspeito – servem como parâmetro apenas para os casos taxativos do artigo 129 da Lei de Falências, sendo que a ação revocatória do artigo 130, por sua característica essencial de reprimir a fraude, deve ser confrontada, em seus elementos, com os artigos 106 e 107 do Código Civil de 1916.*

Em outras palavras, a aplicação do prazo decadencial da pauliana à ação revocatória do artigo 106 e 107 do CC não significa, como concluiu o Professor Cahali (ob.cit., p. 819), que elas se confundem, mas apenas, como disse Sylvio Marcondes (ob. cit.p. 136) faz todo sentido que sejam regidas pela regra geral da decadência do Direito Civil.

Analisando a regra do inciso VI do artigo 129 da Lei nº 11.101/05 (cessão de estabelecimento, que se assemelha à regra do inciso VIII do artigo 52 do DL nº 7.661/45), o Ministro Cláudio Santos esclarece:

---

16 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 74.

“*caso se compreenda que a venda ou transferência de estabelecimento não tem relação com o “termo legal” da falência, consoante entende a maioria da doutrina, estará o negócio sujeito à ação do tempo, cessando qualquer possibilidade, passados mais de 4 ( quatro) anos, de sua anulação nos termos da Lei Civil, por decurso do prazo decadencial estabelecido no estatuto civil, ou de sua declaração de ineficácia nos termos da Lei Especial.*” (A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas, obra coletiva Coordenada por Paulo Penalva Santos, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 345).

## **5. A aplicação do Código Civil diante da omissão da Lei de Falências**

No estudo do conflito normativo, tem-se que a lei geral cede terreno à lei especial; assim no caso do Código Civil e da Lei de Falências, cujos preceitos, de regra, prevalecem sobre os da Lei Civil. Caso a lei falimentar seja omissa, cabe aplicar-se a norma correspondente do Código Civil.

Assim, na omissão do dispositivo relativo à ação revocatória, nada impede ao intérprete aplicar o instituto da ação pauliana, de natureza pessoal, preceito de ordem geral, ínsito ao Direito Civil. A ação pauliana (originada da *actio arbitraria*) e a ação revocatória, no fundo, buscam as mesmas conseqüências, ou seja, a restauração ao estado patrimonial anterior, ao *status quo ante*, no sentido da recomposição do patrimônio do devedor. Visa-se a assegurar a solvabilidade do credor, tornando-o em condições de pagar ou, pagando efetivamente a dívida, fazendo desaparecer com isto o interesse que legitima a ação revocatória<sup>17</sup>.

Em resumo, diante da omissão do dispositivo específico pertinente à ação revocatória falimentar, não há motivo para não se aplicar os preceitos relativos à ação pauliana, instituto próprio ao Código

---

17 CAHALI. Ob. Cit., p. 326 e ss.

Civil. Com igual fundamento, aplicam-se os preceitos próprios da decadência à ação pauliana.

O art. 130 da Nova Lei de Falências, como ocorreu no DL nº 7.661/45, omitiu a existência de um limite temporal na realização dos atos considerados fraudulentos. Quanto à questão temporal a lei não fixou qualquer prazo para limitar-se ao passado a sua prática, segundo a lição do Ministro Cláudio Santos, *in verbis*: “*Mas também não é de tolerar-se que tais atos, em qualquer tempo realizados, ensejem sua ineficácia diante dos pressupostos legais. Afirmação desse tipo levaria à conclusão de ter a lei falencial criado um direito imprescritível, o que não é exato.*”

O espírito da interpretação do citado art. 130 da Lei nº 11.101/05, no que concerne à questão do prazo, leva à conclusão de não se admitir que se possa tornar ineficaz ato longinquamente cometido ou mesmo apartado do período em que os desatinos do falido se revelam, porquanto ficaria comprometida a firmeza dos negócios e abalada a confiança do próprio sistema jurídico, daí a possibilidade de se admitir a interpretação analógica, pela aplicação de outro prazo previsto na lei falimentar, pelos usos mercantis e pelos princípios gerais de direito (art. 4, § 5º, LICC), e pela aplicação dos princípios que regem os prazos decadenciais, insuscetíveis de interrupção e suspensão, inaplicável, destarte, a disposição do art. 47 da Lei de Falências revogada, conforme já demonstrado na obra *Obrigações e Contratos na Falência*<sup>18</sup>.

## **6. O direito falimentar italiano**

Há consenso na doutrina pátria acerca da influência do Direito Italiano, principalmente em matéria de falências, sendo comum as críticas que consideram estrangeirismo o vocábulo falimentar, a pon-

---

18 SANTOS, J. A. Penalva. *Obrigações e Contratos na Falência*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 55.

to de Pontes de Miranda chegar a denominá-la de “irritante italianismo”, tão intensa é a sua influência no nosso sistema concursal.

Na Itália a doutrina e a jurisprudência, da Corte Suprema, são majoritárias no sentido de que a ação revocatória falimentar prescreve no prazo de cinco anos, contado da prática do ato.

Assim, como também ocorre no nosso ordenamento, a ação revocatória italiana, que visa punir a fraude, também tem um limite temporal retroativo, tendo em vista que não pode atingir atos pretéritos, praticados há mais de cinco anos. Dessa forma, aplica-se ao Direito Falimentar a regra geral do Código Civil Italiano, especialmente o disposto no artigo 2.903:

*“Art. 2.903. Prescrizione dell’azione. – L’azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell’atto.”*

Note-se que esse artigo do Código Civil Italiano aplica-se ao Codice del Fallimento por força do disposto no seu artigo 66, senão vejamos:

*“Art. 66. **Azione revocatoria ordinaria**. Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile (2901 c.c.).”*

Comentando esse artigo da Lei Falimentar Italiana, Piero Pajardi é categórico ao afirmar o seguinte:

*“Secondo l’interpretazione **consolidata della Suprema Corte e della dottrina**, l’azione revocatoria fallimentare **si prescrive nel termine di cinque anni** previsto dall’art. 2903 c.c. per la revocatoria ordinaria (CC3 ago).”* (Terceira Edição, atualizada por Vittorio Colestanti; Giuffrè Editore, 1997).

Com efeito, à semelhança do que ocorre na Lei nº 11.101/05, também o Direito Italiano estabelece — aplicando subsidiariamente o Código Civil Italiano — um limite retroativo, que é de cinco anos, a partir da prática do ato. A única diferença, entre os dois sistemas, é

que na Itália esse prazo é de prescrição, sendo que no nosso direito cuida-se de prazo decadencial.

Finalmente, cumpre frisar que a ação revocatória, prevista no art. 130, deve ser ajuizada no prazo de três anos, contado da decretação da quebra.

Evidentemente, esse outro prazo decadencial não se confunde com o previsto no artigo 178 do Código Civil. As duas normas são distintas, e devem ser compatibilizadas em harmônica interpretação. São, portanto, dois prazos de caducidade: um, que limita os efeitos retroativos da revocatória (quatro anos) e o outro, que impõe o ajuizamento da ação no prazo de três anos, contado da decretação da falência.

## **Conclusão**

Em síntese, concluímos que a ação revocatória, prevista no artigo 130 da Lei nº 11.101/05, não pode atingir todos os atos pretéritos, independentemente de qualquer limite temporal. É inconcebível a revogação de ato jurídico sem qualquer limite de tempo, sendo certo que o transcurso dos prazos peremptórios na falência, no que concerne à ação revocatória, obedece às regras da decadência. Como norma jurídica geral, subsidiária à Lei de Falências (norma especial), a disposição do art. 178, § 9º, V, letra *b* do Código Civil de 1916, atual art. 178, II do Código Civil de 2002, tem aplicação à hipótese. Com efeito, a ação revocatória, ajuizada com fulcro no artigo 130 da Lei nº 11.101/05, não pode ir além do prazo de quatro anos previsto no art. 178, do Código Civil de 2002.

## **Referências**

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAHALLI, Youssef Said. *Fraudes Contra Credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2ª tiragem, Parte Geral. Ed. Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEONEL, Jayme. *Da Ação Revocatória*. São Paulo: Saraiva, 1951.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Volume VII.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A ação revocatória e o prazo para sua propositura. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* nº 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, J.A. Penalva. *Obrigações e Contratos na Falência*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. (atualizado por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos), Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed. 1999, Volume I.

# **OS EFEITOS TRABALHISTAS DA TRANSFERÊNCIA DO NEGÓCIO OU DO ESTABELECIMENTO NA FALÊNCIA E NAS REPUPERAÇÕES JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**

## **THE EFFECTS ON LABOR RELATIONS, INVOLVING TRANSFERRING COMPANIES IN RECOVERY (COMPOSITION) OR BANKRUPTCY CONDITIONS**

*Alexandre Agra Belmonte*

*Resumo:* O artigo investiga os efeitos trabalhistas da transferência do negócio ou do estabelecimento na falência e nas recuperações judicial e extrajudicial.

*Palavras-chave:* Sucessão trabalhista. Falência e Recuperação Judicial de Empresas. Efeitos da Lei nº 11.105/05 nas relações de trabalho.

*Abstract:* The article intends to investigate the effects on labor relations, involving transferring companies in recovery (composition) or bankruptcy conditions.

*Keywords:* Transfers of companies and its labor effects. Recovery (composition) and bankruptcy of companies. Brazilian law of recovery (composition) and bankruptcy of companies (number 11.105/05) and its effects on labor relations.

*SUMÁRIO:* 1. Noção de sucessão; 2. Sucessão trabalhista: conceito; 3. Natureza jurídica da sucessão trabalhista; 4. Classificação: causas e tipos de sucessão trabalhista; 5. Requisitos de caracterização; 5.1.

*Transferência, parcial ou total, da empresa ou do estabelecimento; 5.2. Continuidade do negócio; 5.3. Continuação da prestação do trabalho; 6. Efeitos da sucessão trabalhista; 6.1. Responsabilidade não se confunde com obrigação; 6.2. A sucessão trabalhista quanto ao aspecto objetivo: os direitos que devem ser respeitados na sucessão; 7. Exceções à caracterização da sucessão trabalhista; 7.1. A nova lei de falências e recuperações judicial e extrajudicial; 7.1.1. Recuperação judicial; 7.1.2. Recuperação extrajudicial; 7.1.3. Falência; 7.1.4. Reflexos da nova lei nas relações materiais e processuais de trabalho; 7.1.5. A nova lei e a sucessão trabalhista; 8. Conclusões; 9. Bibliografia consultada.*

## **1. Noção de sucessão**

Sucessão significa a substituição definitiva de um sujeito por outro, que assume os direitos e deveres do sucedido. Pode dar-se *inter vivos*, mediante ato ou negócio jurídico e *mortis causa*, em virtude de falecimento.

A sucessão *inter vivos* é regulada pelo Direito das Obrigações, enquanto o Direito das Sucessões se ocupa do tratamento legal decorrente da sucessão *mortis causa*.

Este artigo tem por fim investigar os efeitos obrigacionais que a transferência do negócio e/ou de sua unidade produtiva produz em relação aos contratos de trabalho, notadamente nas hipóteses em que a passagem da titularidade do negócio decorre de alienação realizada em procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, em processo judicial de recuperação de empresa e em processo de falência.

## **2. Sucessão trabalhista: conceito**

Por meio da sucessão de empregadores ou sucessão trabalhista opera-se, por força de lei, a assunção das obrigações decorrentes



dos contratos de trabalho vinculados a determinado empreendimento ou estabelecimento transferido do cedente para o cessionário.

Para MAURICIO GODINHO DELGADO, sucessão de empregadores consiste na “*transferência da titularidade da empresa ou do estabelecimento*”, operando-se, por meio dela, uma “*completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente*”<sup>1</sup>.

### **3. Natureza jurídica da sucessão trabalhista**

Relativamente à sua natureza jurídica, verifica-se que na sucessão ocorre a transferência dos créditos, mas também das dívidas, entre elas os direitos adquiridos pelos trabalhadores nos contratos de trabalho advindos da relação com o sucedido. Não se cuida apenas cessão de crédito, como também não se restringe à assunção de dívida.

Por outro lado, como, nos termos do art. 1.146, do Código Civil, subsidiariamente aplicável à CLT por força do parágrafo único do art. 8º, a sucessão não extingue a obrigação em relação ao sucedido e os arts.10 e 448, da CLT, não deixam dúvidas de que não se verifica a criação de dívida nova, substitutiva da anterior, de novação não se cuida.

A sucessão, não necessariamente, decorre do pagamento e também não depende da manifestação da vontade das partes, resultando de determinação legal inafastável, pelo que não é caso de sub-rogação.

Conclui-se que a transferência do estabelecimento ou unidade produtiva tem, para os efeitos trabalhistas, natureza jurídica peculiar, que não se confunde com nenhum dos tipos civilistas de transferência de obrigação.

---

1 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 4ª edição, São Paulo: LTr, p. 405.

#### **4. Classificação: causas e tipos de sucessão trabalhista**

Quanto ao tempo de vigência, a sucessão pode dar-se em caráter definitivo, ou seja, de modo permanente, como ocorre na venda do estabelecimento, ou por tempo determinado, com responsabilidade adstrita ao período de vigência, caso do arrendamento.

Quanto à sua natureza, a sucessão pode ser direta, quando decorrente da transferência de titularidade da empresa ou do estabelecimento por meio do qual é desenvolvido o empreendimento, como ocorre na venda, permuta, doação, arrendamento, desapropriação com continuidade do negócio, cessão de clientela ou de ativos. É indireta quando resulta de alteração na estrutura formal da pessoa jurídica que titulariza a empresa em virtude de privatização, transformação, incorporação e fusão de sociedades (arts. 1.113 e seguintes, do Código Civil). Também assim na cisão, em relação à sociedade que vier a absorver os serviços do empregado.

Ainda quanto à sua natureza, diz-se ainda que a sucessão é própria, quando há efetiva transferência de titularidade na continuação de um negócio (venda, permuta, arrendamento) e que é imprópria quando decorre de fatores como mudança apenas de nome e de tipo societário. É, por exemplo, o caso da transformação, que consiste em operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução, de um tipo para outro (arts. 220, da Lei nº 6.404/76 e 1.113, do Código Civil), caracterizando assim mera alteração de tipo ou qualificação jurídica de sua estrutura.

Quanto à eficácia, a sucessão trabalhista é denominada real quando importa na real transferência, para o cessionário, das obrigações mantidas com o cedente; é considerada simulada, quando destinada a simular a existência de uma sucessão inexistente. A sucessão simulada é ilegal, pelo que além de ineficaz quanto à transferência de obrigações trabalhistas, implica em responsabilidade solidária entre os envolvidos na fraude (art. 927, do Código Civil).

Finalmente, quanto ao alcance, a sucessão trabalhista pode ser enfocada sob o aspecto subjetivo, quando se quer referir à trans-

ferência *de titularidade*, para o cessionário, das obrigações trabalhistas do cedente. Já o aspecto objetivo da sucessão trabalhista diz respeito à *definição dos contratos e direitos decorrentes*, sobre os quais recairá a responsabilidade do sucessor e/ou do sucedido.

## **5. Requisitos de caracterização**

Sucessão trabalhista, como visto, é a transferência das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho de responsabilidade do cedente, ao adquirente de um empreendimento ou estabelecimento.

Para a doutrina clássica, são requisitos da sucessão a transferência, parcial ou total, da empresa ou do estabelecimento, a respectiva continuação do negócio pelo sucessor, a modificação na estrutura jurídica da empresa, quer em virtude de mudança de titularidade (sucessão própria), quer em virtude de outros fatores (sucessão imprópria) e a continuação da prestação do trabalho.

A doutrina contemporânea flexibiliza a necessidade da continuidade da prestação de serviços como pressuposto de caracterização da sucessão trabalhista.

### **5.1. Transferência, parcial ou total, da empresa ou do estabelecimento**

Quanto ao primeiro requisito, não importa a forma adotada para a operação da transferência de titularidade do empreendimento ou do estabelecimento em que é desenvolvido o negócio. Ocorrendo, estará caracterizada a sucessão para os efeitos do contrato de trabalho. Daí estabelecer o art. 10, da CLT que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” e o art. 448, do mesmo diploma legal, que “a mudança da propriedade (da titularidade, em virtude de venda, permuta, doação, arrendamento, cessão de clientela ou de ativos) ou na estru-

tura jurídica da empresa (por exemplo, na transformação do tipo jurídico ou então na privatização, incorporação, fusão e cisão de sociedades) não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

A cessão de contrato de locação mercantil referente ao local de funcionamento de certo estabelecimento importará em sucessão, se houver continuidade do desenvolvimento da atividade negocial anterior.

Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 1.116, do Código Civil).

Assim, se um banco é absorvido por outro, ocorre a sucessão, com os efeitos pertinentes. É, aliás, a interpretação preconizada pela OJ nº 261, da SDI 1, do TST, verbis:

*“As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista”.*

Ocorre a fusão quando sociedades se unem para, extinguindo as anteriores, formar uma nova, que as sucederá nos direitos e obrigações (art. 1.120, do Código Civil).

Cisão é a operação pela qual a sociedade transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes (art. 229, *caput*, da Lei 6.404/76).

Transformação é a operação que consiste na passagem da sociedade, independentemente de dissolução, de um tipo para outro (arts. 220, da Lei 6.404/76 e 1.113, do Código Civil), caracterizando assim mera alteração de tipo ou de qualificação jurídica de sua estrutura.

O arrendamento caracterizador da sucessão é aquele em que o arrendatário adquire o direito de explorar certo negócio, durante o

prazo avençado pelas partes, com aproveitamento, parcial ou total, das instalações e equipamentos. Neste sentido, há julgados do TST, a exemplo da decisão da 1ª Turma do TST, no processo nº RR 610641-99, publicada no DJ de 04/03/2005, em que foi Relator o Ministro Lélcio Bentes. Apreciando hipótese de arrendamento com aproveitamento das instalações e equipamentos, a Corte decidiu pela ocorrência de sucessão em contrato de concessão cumulado com arrendamento entre a RRFSA e a Ferrovia Centro Atlântica.

Em outro caso de arrendamento apreciado pelo TST (processo nº 803999-2001, publicada no DJ de 30/06/2008, 8ª Turma, em que foi Relatora a Ministra Maria Cristina Peduzzi), decidiu a Corte Trabalhista que a Belgo Mineira, mediante contrato de arrendamento, substituiu a empresa Mendes Junior S/A na exploração das atividades, com o intuito de revitalizar o estabelecimento fabril desta, fazendo incidir os efeitos da sucessão trabalhista.

## **5.2. Continuidade do negócio**

O segundo requisito diz respeito à continuidade do negócio pelo sucessor.

Assim, não basta a aquisição do estabelecimento. É preciso que a transferência se dê com continuidade do desenvolvimento da atividade negocial anterior. Daí decorre que se não houver aproveitamento do acervo empresarial, estará descaracterizada a sucessão. Por exemplo, quando se adquire as instalações para no local ser estabelecido um outro negócio, diferente do anterior. Neste caso, a responsabilidade será exclusiva do cedente.

Nem sempre, no entanto, a descontinuidade do negócio eliminará a sucessão. Assim não ocorrerá, por exemplo, na hipótese de eliminação da concorrência. A aquisição de um negócio concorrente, com o simples intuito de descontinuá-lo, não é capaz de descaracterizar a sucessão trabalhista.

Hipótese interessante de investigação da sucessão é a cessão de clientela. Por meio dela dá-se a transferência de um dos componentes inerentes ao estabelecimento, o que evidencia a passagem, parcial ou total, da fonte de receita viabilizadora do negócio.

Por tais razões, vem entendendo a jurisprudência trabalhista que a cessão de cadastro de usuários de empresa provedora de *internet* é hipótese de sucessão trabalhista, ainda que a empresa originária continue a existir.<sup>2</sup>

### **5.3. Continuação da prestação do trabalho**

Quanto ao terceiro requisito, ensina DÉLIO MARANHÃO que a despersonalização do empregador importa em que a ligação do empregado ocorre em relação ao estabelecimento em que é desenvolvida a atividade econômica, pelo que a continuação da prestação do trabalho para o adquirente é pressuposto da sucessão, não respondendo o sucessor pelos contratos extintos anteriormente à alteração, aos quais não deu causa<sup>3</sup>.

Para a doutrina contemporânea, a continuidade da prestação laborativa não é, todavia, requisito essencial à caracterização da sucessão, posto que o objetivo de assegurar a solvabilidade dos créditos do trabalhador, que contribui para o desenvolvimento do negócio, não pode ser descartado. A respeito, salienta MAURÍCIO GODINHO DELGADO que a continuidade da prestação do trabalho para o sucessor torna inquestionável a sucessão, mas a falta de continuidade, por si só, não leva à sua descaracterização, quer quando a transferência

---

2 TST-AIRR-75304/2003-900-02-00, 3ª Turma, pub. DJ de 25/06/2004, Relatora Ministra Dora Maria da Costa; TST-AIRR-34888/2002-902-02-40.4, 3ª Turma, pub. DJ 09/02/2007, Rel. Ministro Alberto Bressiani; TST-AIRR-50166/2002-902-02-40, 3ª Turma, pub. DJ 09/02/2007, Rel. Ministro Alberto Bressiani; TST-RR-39775/2002-902-02-40, pub. DJ 15/02/2008, Rel. Ministro Caputo Bastos.

3 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 74.

afeta, de modo significativo, as garantias anteriores do contrato de emprego, quer quando nova empresa, decorrente de aquisição de controle, encampação ou fusão com outra entidade, meses ou anos após a ruptura assume as velhas obrigações trabalhistas da empresa desaparecida, por sucessão civil/empresarial<sup>4</sup>.

O fato é que além do princípio da continuidade do contrato, que informa o Direito do Trabalho, as dívidas trabalhistas contraídas anteriormente acompanham o titular do momento. Afinal, foi para o desenvolvimento desse negócio que o trabalho do empregado ou ex-empregado contribuiu. Responde então o sucessor, independentemente de cláusula particular firmada com o sucedido, de exclusão de responsabilidade, pelos contratos de trabalho anteriores à transferência, tendo, no entanto, ação regressiva em relação ao cedente.

Enfim, quem adquire uma empresa, mesmo que apenas sua parte orgânico-funcional, e continua exercendo o mesmo ramo de negócio do sucedido, assume todas as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho em vigor e/ou extintos, firmados pelo anterior empregador.

## **6. Efeitos da sucessão trabalhista**

Nos termos do art.10, da CLT, “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”.

Logo, as alterações não afetarão o tempo de serviço, eventual estabilidade adquirida, a posição no quadro de carreira, o patamar salarial, os adicionais obtidos, os direitos coletivos da categoria em que insere o trabalhador e os demais direitos adquiridos no curso do contrato.

---

<sup>4</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª edição, São Paulo: LTR, pp. 416-417.

De modo mais específico, estabelece o art. 448, da CLT, que “a mudança da propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

Em síntese, a mudança da propriedade (passagem do acervo empresarial) ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho e os direitos por meio deles adquiridos pelos empregados.

Como visto, por meio da sucessão de empregadores ou sucessão trabalhista opera-se a transferência do negócio ou atividade econômica, com a conseqüente transferência, ao cessionário, das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho de responsabilidade do cedente.

Vê-se, portanto, que o adquirente responde pelos contratos em curso e direitos deles decorrentes.

Ocorre que a lei trabalhista não fornece respostas às seguintes indagações: o adquirente responde sozinho? — E quanto à responsabilidade trabalhista pelos contratos extintos anteriormente à sucessão? — É do sucessor, do sucedido ou de ambos?

A lei civil, subsidiariamente aplicável à CLT, por força do art. 8º, par. único, fornece as respostas pretendidas.

Com efeito, estabelece a lei civil, no art. 1.146, do Código Civil:

*“O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado por 1 ano.”*

Por outro lado, no tocante à transferência de cotas sociais nas empresas, estabelece o art. 1.003, do referido código:

*“Nas transferências de cotas sociais (e não do negócio), o sócio cedente fica solidariamente responsável perante a sociedade e terceiros até dois anos da modificação contratual.”* (g.n.)



Logo, nos termos da lei civil opera-se entre cedente e adquirente a assunção dos contratos em curso e das dívidas trabalhistas, mas com responsabilidade temporária e solidária do sucedido.

Aplicadas essas noções ao contrato de trabalho e diretrizes estabelecidas nos arts. 10 e 448, da CLT, tem-se que para o trabalhador que manteve contrato de trabalho com o alienante, a sucessão importa na responsabilidade do adquirente pelas obrigações derivadas desse contrato, mas não sem extinção da obrigação em relação ao sucedido, que responde, solidariamente, pelo implemento das obrigações transferidas ao sucessor.

Essa solução, aliás, ajusta-se plenamente ao princípio da proteção econômica do empregado, que consubstancia, por exemplo, a responsabilidade do tomador final de serviços na terceirização trabalhista.

A eventual satisfação das obrigações, pelo sucedido, com base na referida responsabilização solidária, poderá ser depois resolvida entre cedente e cessionário por meio de ação regressiva na justiça comum, visando o ressarcimento de eventual dispêndio havido em relação ao empregado.

## **6.1. Responsabilidade não se confunde com obrigação**

Obrigação é o vínculo jurídico entre credor e devedor em torno de uma prestação de dar, restituir, fazer ou não-fazer. Difere da responsabilidade, que consiste em relação jurídica objetivando a reparação de dano.

Normalmente, a responsabilidade advém do descumprimento da obrigação, mas como o responsável pode não ser o devedor, há casos de responsabilidade sem obrigação, assim como pode haver hipóteses de obrigação sem responsabilidade, haja vista a dívida prescrita.

Ora, se a responsabilidade do tomador final de serviços na terceirização trabalhista sequer decorre de obrigação estabelecida entre

o trabalhador e a empresa cliente, que se torna responsável por um débito que não era originariamente seu, com mais razão deve o sucedido, na qualidade de devedor originário que transfere a obrigação a outrem, ficar subsidiariamente responsável. Essa responsabilidade resulta: a) do dever de garantir a solvabilidade do crédito a quem utilizou no desenvolvimento do negócio; e, b) do dever de garantir a solvabilidade da pessoa que escolheu, sem consultar o credor (o trabalhador) para substituí-la na condução do negócio no qual o trabalhador foi utilizado para o desenvolvimento, quanto ao cumprimento e quanto ao descumprimento.

## **6.2. A sucessão trabalhista quanto ao aspecto objetivo: os direitos que devem ser respeitados na sucessão**

Se a sucessão importa da assunção subjetiva de obrigações, é de se indagar, ainda, a sua extensão objetiva.

Quanto ao tempo de serviço, patamar salarial e vantagens adquiridas, não há dúvida: o empregado os conserva. Mas e se no sucessor não há previsão de adicional por tempo de serviço? O empregado conserva os anteriores e terá direito a novos, ou em relação aos seguintes haverá de se acompanhar o mesmo regime jurídico dos empregados do sucessor?

Imagine-se ainda a hipótese do empregado da sucedida, vinculado a determinado quadro de carreira, inexistindo, no sucessor, quadro de carreira com iguais vantagens. Qual quadro deverá ser observado dali para a frente?

Por outro lado, existindo plano de aposentadoria prevendo determinadas condições na sucedida, o plano a ser observado na sucessora é o do sucedido ou o do sucessor, mais gravoso?

Finalmente, se admitida a aplicação, no sucessor, da normatividade vigente no sucedido, quando mais benéfica, servirá ela de paradigma também para os trabalhadores do sucessor?

O problema da extensão objetiva da sucessão envolve dois as-

pectos, a saber: a) o respeito, pelo sucessor, dos direitos adquiridos no sucedido; b) existindo normatividade distinta no sucedido e no sucessor, a escolha da norma jurídica aplicável.

O TST, no RR 513/2004-462-05-00, em que foi Relatora a Ministra Maria Cristina Peduzzi, afastou a limitação da aplicação do PCS do sucedido até a data da privatização que caracterizou a sucessão trabalhista, entendendo cabíveis as promoções nele previstas, com as vantagens decorrentes, que devem ser cumpridas pelo sucessor com base na OJ 261 da SDI 1.

O mesmo TST, no RR 94075/2003-900-01-00, em que foi Relator o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, decidiu que a FLUMITRENS é sucessora da CBTU, pois, tendo havido contrato de cisão, ela caracterizou a sucessão trabalhista, cabendo ao novo empregador a manutenção do PCS da sucedida, com as diferenças salariais correspondentes, tudo com fundamento nos artigos 10 e 448, da CLT e Súmula 51, do TST.

Finalmente, no AIRR 66443/202-900-04.5, em que foi Relator o Ministro Vieira de Mello Filho, decidiu o TST que a pretensão ao recebimento de verbas garantidas pelo órgão público sucedido após a sua transferência para o órgão sucessor, importaria em admissão da co-existência de dois regulamentos distintos, o que é inadmissível em virtude da opção de transferência, com as normas regulamentares decorrentes, exercida pelo Reclamante, que assim conservou os triênios adquiridos na sucedida, submetendo-se, a partir da transferência, ao tratamento jurídico dado pela sucessora para a remuneração do tempo de serviço de seus empregados.

Portanto, apesar de se verificar no TST uma tendência a interpretar de forma ampla os efeitos objetivos da sucessão, de modo a assegurar a condição mais benéfica ao trabalhador, em casos específicos a própria Corte limita a responsabilidade garantidora dos créditos. A respeito, verifique-se a OJ 225, da SDI 1, do TST, relativamente aos contratos de concessão de serviço público. Quando uma empresa concessionária outorga a outra, no todo ou em parte, mediante arren-

damento ou outro expediente, a título transitório, bens de sua propriedade, no item I da referida OJ adota a responsabilidade da sucessora e subsidiária da sucedida e no item II, quanto aos contratos extintos antes da vigência da concessão, adota a responsabilidade exclusiva da sucedida, ou seja, a concepção clássica da sucessão.

## **7. Exceções à caracterização da sucessão trabalhista**

A sucessão trabalhista está relacionada à pessoa do empregador, pelo que a transferência do negócio não extingue o contrato. Já em relação ao empregado, inadmite-se a substituição na prestação dos serviços, por se cuidar de contrato de atividade e de natureza personalíssima. Conseqüentemente, também no caso de morte do trabalhador o contrato se extingue, não prosseguindo com o sucessor.

Em ocorrendo a morte do empregador-pessoa física, é facultado ao empregado continuar ou rescindir o contrato com o sucessor (art.483, §3º, CLT). O mesmo ocorre nas relações de emprego domésticas, salvo se o doméstico estiver vinculado à família, prosseguindo o contrato em relação aos demais membros.

Também não é hipótese de sucessão ou mesmo de novação subjetiva ou objetiva a contratação, pelo condomínio, do trabalhador que, como pedreiro, antes estava a prestar serviços para a construtora: são duas relações totalmente independentes, uma não causando a outra e inexistindo, no caso, *animus novandi*.

A transferência do estabelecimento ou unidade produtiva importa, para o cessionário, na assunção das obrigações em relação aos empregados que permanecerem no negócio ao qual o cessionário der continuidade na exploração (art. 448, CLT).

Como decorrência, a transferência de coisas singulares pertencentes à empresa ou estabelecimento não caracteriza sucessão.

A separação de bens, obrigações e relações jurídicas como coisa coletiva vem a caracterizá-la (transferência parcial de unidade produtiva), exceto nas hipóteses em que a própria lei ou as circunstâncias a afastam (por exemplo, nas hipóteses de exploração do negócio em decorrência de licitação, na transferência de titularidade de cartórios e serviços notariais, em caso de desmembramento de município, e nos casos dos arts. 60 e 141, da Lei nº 11.101/05), a seguir apreciadas.

Com efeito, a exploração do negócio em virtude de licitação não caracteriza sucessão, pelo que nos contratos de prestação de serviços o novo contratado não responde pelos contratos mantidos pelo anterior, cujas pendências devem ser buscadas junto ao antigo, com responsabilização subsidiária do terceirizante.

Assim é que entendemos que o novo titular de cartório extrajudicial, que desempenha atividade delegada do Poder Público, em princípio não pode responder pelos contratos de trabalho anteriores, quer em virtude da pessoalidade do vínculo com o notário ou tabelião anterior, quer em virtude da assunção da titularidade por licitação (concurso público). Seja no tocante aos trabalhadores que permanecem, seja quanto aos antigos, pensamos que incorre a sucessão; quanto àqueles, configuram-se novos contratos de trabalho.

Não ocorre a sucessão em caso de desmembramento de município. A nova entidade não absorve as obrigações mantidas com os celetistas. Não se justifica que um novo município, que, por força de norma constitucional tem autonomia político-administrativa e necessidade de aparelhamento, inicie a sua existência com ônus contraído por outrem. Nestes termos, verifique-se a OJ nº 92, da SDI 1, do TST.

A aquisição, mediante regular licitação, do direito de exploração de canal de televisão ou rádio e do direito de exploração de linhas de ônibus, sem assunção da unidade produtiva não importará em sucessão. De igual sorte, no caso de contrato de prestação de serviços, obtido mediante licitação, sem aproveitamento da unidade produtiva.

Todavia, nos contratos de concessão de serviço público, em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento ou qualquer outra forma contratual, a título transitório, bens de sua propriedade, entende o TST, conforme OJ 225, da SDI I, que:

I — em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão;

II — no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora.

Como franquia é o contrato por meio do qual uma pessoa, o franqueador, mediante pagamento, permite a outra, o franqueado, a exploração da sua marca ou patente, mediante parâmetros de produção e ou comercialização e prestação de contínuo auxílio técnico, inexistente grupo econômico, sucessão trabalhista ou responsabilidade solidária ou subsidiária do franqueador por créditos trabalhistas do franqueado. Isto porque os empregados são contratados, subordinados e assalariados diretamente pelo franqueado e sem a passagem do negócio ou do estabelecimento de um para outro.

### **7.1. A nova lei de falências e recuperações judicial e extrajudicial**

Seguindo o princípio do estímulo à atividade econômica e de sua função social, a nova lei de falência e recuperação de empresas teve por finalidade compatibilizar os riscos da insolvência com o perfil empresarial e as características da economia globalizada.

As atividades empresariais geram empregos e recolhimento de tributos, além de contribuírem para o desenvolvimento das relações

de mercado. Não se justificava assim que o regime regulador dos riscos da insolvência continuasse passivo e concentrado unicamente na pessoa do empresário e no ajuste das relações entre credores e ativo do devedor. Os efeitos da insolvência se refletem no mercado, impondo-se a reunião de esforços efetivos para a recuperação do negócio e melhor aproveitamento geral no pagamento dos credores.

Enquanto a recuperação tem por finalidade sanear as dívidas da empresa e a continuidade dos negócios, a falência tem por escopo, através da administração da quebra, a liquidação destinada à satisfação dos créditos. Em ambas, o regramento para a verificação dos créditos é o mesmo em ambas: formação do quadro dos credores concorrentes e habilitação.

Quanto ao tipo de intervenção, a recuperação pode dar-se através de negociação extrajudicial, em que o devedor e credores buscam homologação judicial, ou então por meio de supervisão judicial, em que o juiz é instado a chamar os credores à concordância com a proposta do devedor.

Quanto ao porte da empresa, a recuperação judicial pode se referir a empresas de médio e grande portes e a microempresas e empresas de pequeno porte, estas submetidas a normatividade própria (arts. 70 a 72): poderão apresentar plano especial de recuperação, limitado a determinadas condições (especificadas no art. 71), entre elas a exclusão dos créditos trabalhistas dessa modalidade, eis que abrangerão somente os créditos quirografários.

### **7.1.1. Recuperação judicial**

É o procedimento judicial destinado à obtenção, entre os credores e devedor, de plano destinado à superação da situação de crise econômico-financeira do devedor (art. 47). É, enfim, o procedimento judicial destinado à obtenção negociada de plano que permita a continuidade do negócio, a manutenção dos empregos e os pagamentos aos credores (art. 47-74, da LRE).

A lei exemplifica meios de recuperação judicial: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; reestruturação jurídica das empresas economicamente viáveis, por meio de alteração do controle societário, cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações; substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto; aumento do capital social; trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; redução salarial, compensação de horários e redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva; constituição de sociedade de credores; venda parcial dos bens, incluindo a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor; equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural; usufruto da empresa; administração compartilhada; emissão de valores mobiliários e constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (art. 50, da LRE).

O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processo, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

O plano de recuperação não poderá prever prazo superior a 1 (hum) ano para pagamento dos créditos trabalhistas, incluindo os decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação, muito menos prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial (art. 54, *caput* e par. único).

Durante o processo de Recuperação Judicial, o juiz poderá de-



cretar a falência: por deliberação da assembléia-geral de credores; pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação; quando houver sido rejeitado o plano de recuperação e por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano.

A assembléia geral de credores, obrigatória nos processos de recuperação judicial e facultativa na falência, tem por fim deliberar sobre qualquer matéria de interesse dos credores, inclusive sobre a substituição do administrador judicial.

A convocação ocorre mediante edital, pelo juiz ou por credores que representem no mínimo 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe. A assembléia é presidida pelo administrador judicial e o voto do credor é proporcional ao valor do seu crédito.

Os sindicatos de trabalhadores poderão representar, na assembléia, os seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador (§ 5º, do art. 37, da LRE).

Conforme art. 41, da LRE, a AG, com atribuições deliberativas sobre a recuperação judicial e a falência, será composta pelas seguintes classes de credores: a) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; b) titulares de créditos com garantia real; c) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com o total de seu crédito, independentemente de valor, ao passo que os credores com garantia real votam com a sua classe até o limite do valor do bem gravado e com a classe dos credores quirografários pelo restante do valor de seu crédito (§§ 1º e 2º, do art. 41, da LRE).

A proposta será considerada aprovada se obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial (art. 42).

O deferimento do processamento da recuperação judicial suspende por 180 (cento e oitenta) dias o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário (art. 6º, *caput* e § 4º, da LRE).

Os credores conservam os seus direitos em relação aos coobrigados, fiadores, avalistas e endossantes, contra quem podem promover a execução de seus créditos (art. 49, §1º, da LRE).

### **7.1.2. Recuperação extrajudicial**

Recuperação extrajudicial é o procedimento extrajudicial destinado à obtenção, entre os credores e devedor, de plano destinado à superação da situação de crise econômico-financeira do devedor.

O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação judicial há menos de 2 (dois) anos (§ 3º, do art. 161, da LRE).

Após a distribuição do plano de recuperação extrajudicial, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, exceto com a anuência expressa dos demais credores.

A sentença de homologação constituirá título executivo judicial (§ 6º do art. 161, da LRE).

O pedido de homologação do plano extrajudicial não leva à suspensão de direitos, ações ou execuções de credores alheios a ele, muito menos a possibilidade do pedido de decretação da falência pelos credores não sujeitos ao referido plano (art. 161, § 4º, da LRE).

### **7.1.3. Falência**

Falência é o procedimento judicial destinado a administrar a quebra, ou seja, à administração do patrimônio da empresa em insol-

vência, de forma a satisfazer, da melhor forma possível, o pagamento dos credores (arts. 75-160, da LRE). Pode dar-se de forma direta (voluntária ou então forçada) e através da conversão do processo de recuperação no de falência.

Na falência, o juízo concursal observa os princípios da unidade, indivisibilidade e universalidade. O processamento deve ocorrer perante um único juízo (unidade), onde, por força da *vis attractiva*, tramitarão todas as pretensões decorrentes dos negócios do insolvente (indivisibilidade), de forma a possibilitar o concurso entre os credores do devedor comum e a conseqüente liquidação, com observância da paridade (universalidade).

Uma das exceções ao princípio da universalidade concerne aos créditos trabalhistas que, para efeito de avaliação da liquidez e certeza, exigem apuração prévia perante a Justiça do Trabalho, prosseguindo em face do administrador judicial. Apurado o crédito, segue-se a habilitação, sem prejuízo da determinação de reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial, para inclusão na classe própria (§ 2º do art. 6º).

Outra exceção, desta feita ao princípio da indivisibilidade, pertine aos créditos tributários, que não são atraídos pelo juízo da quebra, assim não estando sujeitos à execução concursal. E nas ações em que a União, suas autarquias e empresas públicas forem autoras, rés, oponente e assistentes, a competência será da Justiça Federal (art. 109, I, da CRFB).

O pedido de falência pode ter por causas a impontualidade, a execução frustrada ou sintomas legais de insolvência.

No primeiro caso, a petição inicial deverá ser instruída com o título executivo com valor superior a quarenta salários mínimos e a certidão de protesto (art. 94, I); no segundo, com certidão do cartório onde a execução frustrada se processa (art. 94, II); no terceiro, com a comprovação das condutas referidas nas alíneas do art. 94, III.

Citado, poderá o devedor, nos casos referidos nos incisos I e

II, depositar o *quantum* reclamado e apresentar defesa; apenas apresentar contestação; permanecer omissivo; simplesmente efetivar o depósito. A falta de contestação ou de depósito em 10 dias, acarretará o provimento da quebra, de natureza constitutiva.

Na sentença falencial, o juiz nomeará administrador judicial, podendo o juiz convocar assembléia de credores ou esta se instalar mediante provocação de credores que representem no mínimo 25% do valor total dos créditos de determinada classe. A assembléia, presidida pelo administrador judicial, com voto do credor proporcional ao valor do seu crédito, deverá constituir o Comitê de Credores.

O Comitê de Credores é órgão fiscalizatório composto por: a) um representante da classe dos credores trabalhistas, com dois suplentes; b) um representante da classe dos credores garantidos ou com privilégios especiais, com dois suplentes; c) um representante indicado pela classe dos credores quirografários ou com privilégios gerais, com dois suplentes.

A nova lei altera a classificação dos créditos na falência. Estabelece o art. 83, da LRE, que obedecerão à seguinte ordem: a) créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes do trabalho; b) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; c) créditos tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; d) créditos com privilégio especial; e) créditos com privilégio geral; f) créditos quirografários, incluindo os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de 150 salários-mínimos; g) multas contratuais e penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias.

Com precedência serão pagos os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência (extraconcursais);

Serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa, os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três me-

ses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador (art. 151).

A assembléia geral de credores é facultativa na falência, tendo por fim deliberar sobre qualquer matéria de interesse dos credores, inclusive sobre a substituição do administrador judicial.

A convocação ocorre mediante edital, pelo juiz ou por credores que representem no mínimo 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe. A assembléia é presidida pelo administrador judicial e o voto do credor é proporcional ao valor do seu crédito.

Os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência serão considerados extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os anteriormente referidos.

Serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa, os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador.

A decretação da falência tem como efeitos: formação da massa; suspensão da prescrição e das ações e execuções individuais, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário; suspensão condicional da fluência dos juros; exigibilidade antecipada dos créditos; arrecadação dos bens do devedor.

O devedor falido, que fica inabilitado para o exercício de qualquer atividade empresarial no período entre a decretação da falência e a sentença que extingue as obrigações do devedor, não pode obter recuperação judicial num período de carência de 5 (cinco) anos.

Nos termos do art. 141, II, da LRE, na falência o objeto da alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive nas obrigações de-

rivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

#### **7.1.4. Reflexos da nova lei nas relações materiais e processuais de trabalho**

Do exposto, verifica-se que o DL nº 7.661/45 repercutia somente no processo do trabalho, enquanto a Lei nº 11.101/05 impõe reflexos no direito e no processo do trabalho.

A nova lei: a) envolve os trabalhadores tanto na falência como na recuperação judicial; b) provoca alterações no regime de preferência; c) provoca alterações no contrato de trabalho; d) provoca alterações no processo de conhecimento e na execução trabalhista; e) provoca alterações na sucessão de empregadores.

#### **7.1.5. A nova lei e a sucessão trabalhista**

A pergunta que se faz é se a transferência do negócio ou de unidade produtiva, realizada em meio a processo de falência ou de recuperação de empresas ou ainda de procedimento extrajudicial de recuperação, leva à sucessão trabalhista ou se, ao contrário, seria mais uma exceção à sua caracterização.

Em se tratando de recuperação extrajudicial, os créditos trabalhistas ficam, por força de lei, fora do plano de negociação entre credores e devedor, pelo que a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (art. 166, da LRE) importarão em sucessão para o adquirente (art. 161, § 1º, da LRE). As ações trabalhistas seguem o curso normal, assim como as execuções, com penhora e expropriação.

Na recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte, ficam excluídos os créditos trabalhistas, eis que o plano especial somente poderá abranger os créditos quirografários.

Relativamente à falência, o art. 141, II, da Lei nº 11.105/05 estabelece, em seu § 2º, que os empregados do devedor falido, contratados pelo arrematante, serão admitidos mediante novos contratos e que o arrematante não responderá por obrigações do contrato anterior.

Por outro lado, estabelece o parágrafo único do art. 60, da referida lei, que na recuperação judicial o objeto da alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor.

Tais dispositivos legais têm sido objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial. Argüi-se que ferem os arts. 10 e 448, da CLT, que estatuem que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa ou mudanças em sua propriedade não afetarão os direitos adquiridos ou os contratos de trabalho dos empregados, além do fato de que o art. 449, da CLT, estabelece que os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência.

Mais ainda, que a norma contida no art. 60, par. único, não vedaria, expressamente, como o faz o art. 141, II, a sucessão trabalhista, reportando-se tão somente às obrigações do devedor de natureza tributária. E que, ainda que o fizesse, seria inconstitucional, por ferir o princípio da proteção do trabalhador e ainda quebrar, no plano legal, por lei inespecífica, a continuidade do contrato de trabalho, consubstanciado nos arts. 10 e 448, da CLT. Tais dispositivos estabelecem que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa ou mudanças em sua propriedade não afetarão os direitos adquiridos ou os contratos de trabalho dos empregados e que, independentemente da forma de arrematação da empresa em recuperação judicial, o arrematante assumirá o passivo declarado na ação de recuperação e o passivo oriundo dos contratos de trabalho que absorver<sup>5</sup>.

---

5 BEHAME, Maria Lucia. *Revista Consultor Jurídico*, in “<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45500.1>”, consulta feita em 23.07.2007.

Ora, se a Consolidação das Leis do Trabalho tem a natureza de lei especial, a nova lei de Falências e Recuperação de Empresas, posterior à CLT também o tem, devendo-se entender, portanto, que a CLT estabelece, como regra, o princípio jurídico da sucessão nas transferências de negócios ou estabelecimentos. Mas que, por exceção, nos casos de alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, destinadas à satisfação dos credores da massa ou das empresas de médio e grande portes em recuperação judicial, entre eles o trabalhista, ela não ocorrerá. E a nova lei assim o faz para permitir que a venda, sem ônus, possa alcançar bom preço no mercado e satisfazer os credores ou permitir da entrada de recursos que possibilitem o saneamento e a conservação dos empregos.

Por outro lado, no tocante à diferença existente entre a redação da norma contida no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.105/05 e da expressa no art. 141, II, a falta de referência às obrigações tributárias reside no fato de que elas ficam de fora do plano de recuperação.

Logo, em se tratando de arrematação de ativo adquirido em venda feita após a decretação da falência, inexistente dúvida de que incorre a sucessão. O que não significa, no nosso entender, que não possa ocorrer a responsabilidade subsidiária do garante, nas hipóteses previstas em lei.

Após analisar as técnicas de resolução de conflitos entre princípios e normas, a reserva legal dos direitos fundamentais segundo o princípio da proporcionalidade e a flexibilização constitucional dos direitos trabalhistas, MARCELO PAPALÉO DE SOUZA conclui que a regra é a sucessão nas transferências de negócios, mas que a lei pode excepcionar essa regra, como o fez em se tratando de transferências na recuperação judicial. E acrescenta que na aquisição de qualquer bem o interessado avalia os fatores que possam diminuir o valor do negócio, chegando às seguintes conclusões: a) a restrição à sucessão pode importar em benefícios a todos os envolvidos, como o pagamento de maior número de credores, a geração de impostos e a conservação da unidade produtiva; b) no caso da recuperação judicial o



devedor continuará a existir, tendo, com o produto da alienação, responsabilidade pelo pagamento de todos os direitos dos seus empregados.<sup>6</sup>

É, exatamente, o nosso entendimento. Ressalvamos apenas a hipótese de transferência fraudulenta, que importará, ao nosso ver, na sucessão que se pretendeu excluir e na solidariedade entre o alienante e o arrematante em torno das obrigações dos trabalhadores com contratos anteriores ao negócio.

## **8. Conclusões**

A despersonalização do empregador visa ligar o trabalhador *ao negócio* para o qual ele contribui com o seu trabalho

A sucessão está inserta no Direito Empresarial. Tem limitações destinadas a atender a função social da empresa, da propriedade e do contrato. Se concretizam na continuidade dos contratos, com respeito aos direitos adquiridos

As normas referentes à sucessão são cogentes. São nulos os atos destinados a afastar a proteção legal (continuidade dos contratos, com respeito aos direitos adquiridos)

A dinâmica da vida impõe interpretações condizentes com a evolução social. A doutrina clássica já não fornece respostas às novas formas de transferência de uma organização produtiva. Assim, o aproveitamento parcial ou total de uma organização produtiva vincula o sucessor mesmo sem continuidade da prestação de serviços, de modo a ampliar a solvabilidade dos créditos de quem contribuiu para o desenvolvimento do negócio, o trabalhador, concretizando os princípios constitucionais de valorização do trabalho e função social da propriedade, com as suas limitações.

---

6 SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas Conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2007.

A lei trabalhista estabelece apenas que a mudança da propriedade (passagem do acervo empresarial) ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho e os direitos por meio deles adquiridos pelos empregados, não fornecendo resposta às indagações se o sucessor responde pelos contratos extintos anteriormente à sucessão e se o sucedido responde, solidariamente com o sucessor, pela satisfação das obrigações.

A lei civil é, portanto, aplicável de forma subsidiária. Deste modo, a proteção do crédito do trabalhador enseja a responsabilização solidária do sucedido, nos termos do art. 1146, do Código Civil, subsidiariamente aplicável à CLT, por força do art. 8º, parágrafo único, sem prejuízo de ação regressiva entre o sucedido e o sucessor, para eventual ressarcimento de dispêndio havido em relação ao empregado, em cumprimento aos termos do negócio firmado entre cedente e cessionário.

A sucessão trabalhista pode ser enfocada sob o aspecto subjetivo, quando se quer referir à transferência *de titularidade*, para o cessionário, das obrigações trabalhistas do cedente, mas também sob o aspecto objetivo, que diz respeito à *definição dos contratos e direitos decorrentes*, sobre os quais recairá a responsabilidade do sucessor e/ou do sucedido.

Em que pese o princípio da assunção das obrigações pelo novo titular em decorrência da transferência do negócio ou do estabelecimento em que ele se desenvolve, determinadas situações excluem a sucessão, entre elas a alienação judicial de de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, realizada em processo de recuperação judicial de empresas de médio e grande portes, ou de falência. A Lei nº 11.105/05 assim o determina para permitir que a venda, sem ônus, possa alcançar bom preço no mercado e satisfazer os credores ou permitir da entrada de recursos que possibilitem o saneamento e a conservação dos empregos. E essa determinação tem por fim proteger o crédito dos trabalhadores, realizando o princípio protetivo inserto na Constituição e na Consolidação das Leis do Trabalho.

## 9. Bibliografia consultada

BEHAME, Maria Lucia. *Revista Consultor Jurídico*, in <http://conjur.estadao.com.br/static/text/45500.1>, consulta feita em 23.07.2007.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista*, São Paulo: LTr, 2008.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*, vol.I, Saraiva, 1982.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

JORGE Neto, Francisco Ferreira. *Sucessão Trabalhista*, São Paulo: LTR, 2001.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

SENA, Adriana Goulart. *A Nova Caracterização da Sucessão Trabalhista*, São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas Conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho*, 2ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

**NEGÓCIOS  
EMPRESARIAIS**



**O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE  
CONDUTA NO DANO AMBIENTAL**

**THE COMMITMENT TO ADJUSTMENT OF CONDUCT IN THE  
SCOPE OF ENVIRONMENTAL DAMAGES**

*Jeanne da Silva Machado*

*Resumo:* Este artigo traz tão somente uma reflexão sobre o emprego do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.078/90, que conferiu aos órgãos públicos o poder de obter um “compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” no âmbito da defesa do meio ambiente, tendo em vista a necessidade premente de buscar medidas efetivas de proteção ambiental ao mesmo tempo em que se fomenta a atividade econômica em benefício da sociedade. Busca, ainda, analisar a aplicação do remédio jurídico à atividade empresarial, tendo em vista a necessidade do desenvolvimento do negócio bem como da proteção do meio ambiente na utilização indispensável dos recursos naturais. Ao mesmo tempo, traz à baila indagações quanto aos conceitos atualmente utilizados no deslinde de tais controvérsias tendo como base institutos cristalizados no comportamento do passado, uma vez que a tecnologia voltada ao consumo de massa criou situações na sociedade moderna completamente fora dos padrões conhecidos e utilizados até hoje. Finalmente, toca no aspecto relacionado à segurança jurídica precária trazida pelo instituto, a qual poderia ser de fundamental importância para abrigar as soluções ambientais mais eficazes e céleres, fomentando, ao tornar

claro e previsível o custo envolvido, o interesse do agente econômico na reparação.

*Palavras-chave:* Atividade empresarial; dano ambiental; termo de ajustamento de conduta.

*Abstract:* The purpose of this article is to raise some thoughts on the “Commitment to Adjustment of Conduct” as provided in § 6º, article 5º, Law nº 7.347/85, modified by Law nº 8.078/90, that granted the public bodies the power to obtain a “commitment to adjustment of conduct to the legal requirements” in the scope of the environment protection, while at the same time there is the need to protect the environment and also to develop the economy both to the benefit of society. Also, it is an attempt to analyze how the rule may be applied to the entrepreneurial activity, considering the growth of the business and the environment protection in the use of natural resources. It raises, as well, some queries about the application of some concepts built in the past to solve present controversies, for the mass consumption has created many situations in the modern society out of the known pattern. Finally, it refers to how uncertain this rule of law may become when applied, while it should encompass quicker and effective solutions to environmental problems, if the costs could be clear and predictable, capturing the interest of the companies involved.

*Keywords:* Enterprise activity; environmental damages; commitment to adjustment of conduct.

*SUMÁRIO:* 1. Introdução; 2. Natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta; 3. O Ministério Público na defesa do meio ambiente; 4. O emprego do ajustamento de conduta nas questões ambientais; 5. Conclusão.

## **1. Introdução**

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado pelo Ministério Público ou outros órgãos da Administração Pública legiti-

mados com a outra parte, tem como principal virtude a solução extrajudicial dos conflitos oriundos de interesses difusos. O instituto, no tocante ao direito ambiental, pressupõe que “alguém – pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público – não está no presente, ou não estará no futuro, integralmente cumprindo a legislação ambiental”<sup>1</sup>. Tal finalidade, posto que essencial, deixa escapar a possibilidade de empregá-lo de maneira eficaz e segura na solução de danos ambientais decorrentes de atividades legais e licenciadas (e até incentivadas) no curso do inquérito civil ou mediante ação espontânea do responsável pelo dano.

Essa assertiva se funda na apreciação dos casos concretos nos quais não se consegue, através dos instrumentos jurídicos conhecidos ou da legislação presente, encontrar alternativas viáveis e soluções adequadas. Motauri Ciocchetti de Souza, ao ilustrar o choque existente entre os interesses sociais, menciona:

“Tornemos ao exemplo citado, do Vale do Ribeira: se, de um lado, há o interesse na preservação dos recursos ambientais, de outro, há o interesse em sua exploração – o qual não se restringe a aspectos meramente econômicos, mas de própria subsistência da comunidade daquela região. Se a Constituição Federal assegura a todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também garante o direito à vida, à saúde e ao trabalho, dizendo ser objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>2</sup>.

Some-se a isso a dificuldade encontrada na própria definição do bem jurídico — meio-ambiente – tutelado, tendo em vista a sua abrangência. O conceito legal de meio ambiente no Direito Brasileiro está previsto na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu artigo

---

1 Machado, Paulo Afonso Leme, *in Funções Institucionais do Ministério Público*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 376.

2 Ciocchetti de Souza, Motauri, *Ação Civil Pública, Competência e Efeitos da Coisa Julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.



3º, inciso I, como “o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Tal dificuldade nasce, aparentemente, da percepção do ambiente que o cerca em relação a si mesmo. O pensamento Kantiano sugere a existência de um mecanismo no interior dos seres humanos que os permite compreenderem o mundo empírico a sua volta, mediante um processo intuitivo baseado na sensibilidade para certas categorias, inclusive espaço e tempo. Esse entendimento básico que ele denominou de Razão Pura, se desdobra em pensamentos e idéias mais complexas. Ele concebia o processo em virtude do qual reconhecemos instintivamente as coisas ao nosso redor, como uma função analítica transcendental<sup>3</sup>. No exercício dessa análise, têm sido concebidos conceitos sobre o ambiente que norteiam a conduta humana e, por conseguinte a forma como o homem estabelece as regras que a regem. A alternância entre a percepção do homem integrado à natureza e a observação da natureza através do estudo dos seus fenômenos, evidenciou a dicotomia indivíduo versus coletivo, e a adoção do conceito cartesiano dos objetos inertes e do universo sem vida estabeleceu o conceito de direito real “erga omnis” sobre todas as coisas apropriáveis.

Ora, tanto a percepção antropocêntrica que levou à dominação e exploração da natureza como objeto inerte e apropriável quanto a percepção ecocêntrica daqueles que advogam os direitos da natureza em oposição aos dos homens<sup>4</sup>, poderiam ser sintetizadas na interdependência constante, na qual o homem observa, interfere e transforma o ambiente e, ao mesmo tempo, sofre os seus efeitos, cujo fenômeno se origina na sua própria mente e ação. Essa é teoria de causa e efeito constante.

---

3 Ikeda, Daisaku, *Vida — Um Enigma, uma Jóia Preciosa*, Record, São Paulo, 1999, p. 40.

4 Antunes, Paulo de Bessa, *Dano Ambiental, uma Abordagem Conceitual*, Lumen Juris Rio de Janeiro, 2000, p. 30.

Além disso, a própria ação para proteger os titulares do direito difuso não ampara plenamente esse direito, uma vez que os prejudicados poderão não encontrar conexão entre o dano sofrido e as suas fontes, seja pela demora em perceber o resultado de algumas atividades ou ainda pela pluralidade de fontes que ensejam a sua causação.

Considerado no âmbito do meio ambiente, o ajustamento de conduta pode ser apreciado à luz dos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica e democrática.

A primeira questão que se coloca é buscar compreender o que se espera da tutela do meio ambiente. O que o direito, através dos seus institutos, pode fazer em relação à proteção de um bem a cuja fruição todos os seres vivos têm direito e se serão eficazes os meios jurídicos de que dispomos. Poderá a reparação de danos ao meio ambiente ser tratada através dos institutos de responsabilidade civil destinada a indenizar danos causados a terceiros, individualmente ou coletivamente considerados, quando ainda não existirem os titulares de tais direitos reclamando tal remédio, como é o caso das gerações futuras que encontrarão o meio ambiente degradado pela atual, que agiu na busca de atender às suas necessidades, reais ou criadas, em prejuízo da sanidade e do bem estar de toda uma civilização.

Bobbio defende que:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, surgidos a partir de certos eventos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. E, exemplificando, diz, “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião, as liberdades civis, das lutas dos parlamentos contra os soberanos absolutos...”.

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira ge-

ração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”

Citando Kant, menciona a existência do direito cosmopolita, ao representar a Terra como uma potencial cidade do mundo, precisamente como uma *Cosmópolis*, do qual deriva, nas palavras do filósofo alemão:

“O direito de visita que cabe a todos os homens, ou seja, de passar a fazer parte da sociedade universal, em virtude do direito comum à posse da superfície da Terra, sobre a qual, sendo ela esférica, os homens não podem se dispersar isolando-se no infinito, mas devem finalmente se encontrar e coexistir”. ...Concebido como a última fase de um processo, o direito cosmopolita não é, para Kant, “uma representação de mentes exaltadas, já que, num mundo aonde se chegou progressivamente, no que se refere à associação dos povos da Terra (...), a tal nível que a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos”.<sup>5</sup>

O princípio do acesso à justiça traduz a necessidade de evitar os formalismos absolutos da ciência jurídica a fim de obter os resultados necessários à solução dos problemas oriundos das atividades sociais.

Os remédios legais devem ser dirigidos ao mal que aflige a sociedade, como o dano ambiental. A solução para o dano, caracterizado por uma pluralidade de fontes e pela indeterminação dos prejudicados, necessita de meios alternativos que sejam mais rápidos e menos custosos, uma vez que a lentidão na resolução de determina-

---

5 Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5, 131, 138, 139.

das questões ambientais pode significar um prejuízo irreparável e o alto custo de uma medida judicial pode inviabilizar a sua concretização. A medida do resultado da sua aplicação é a proteção que se mostre mais efetiva ou similar àquela que se obteria na justiça. Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, o dano ambiental é social e sua recuperação também deverá sê-lo<sup>6</sup>. Afinal, não só existem danos injustamente causados, como também os que, não tendo sido causados injustamente, são injustamente sofridos. A Terra, abrigo compartilhado por todos os seres que nela habitam cujos recursos são finitos, é o patrimônio também das gerações futuras<sup>7</sup>.

O princípio da tutela preventiva nesse caso se evidencia quando o compromisso de ajustamento de conduta prevê a cessação da conduta lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente, ainda que não tenha sido configurado o dano. A sua importância reside na tutela preventiva do interesse, pois ultrapassa o foco patrimonial do remédio, o qual quase sempre chega para mitigar debilmente os efeitos da sua ocorrência.

O princípio da tutela específica atende à necessidade de proteção dos direitos que dependem do adimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, mediante a sua eficácia de título executivo extrajudicial. Adequado para os casos de dano ambiental, o ajustamento de conduta deve buscar o meio eficaz de tutelar preventivamente tal direito.

O princípio democrático presente no direito ambiental, nascido da própria natureza dos interesses difusos ou coletivos, é materializado pelo direito à informação e à participação. O acesso à informa-

---

6 Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental, Uma Abordagem Conceitual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 272.

7 Machado, Jeanne da Silva. *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 62

ção “de interesse coletivo ou geral” é assegurado pela Constituição Federal e, especificamente quanto às questões ambientais, pela Lei nº 6.938/81. A participação popular assegurada na Constituição Federal se dá, por exemplo, através da realização de audiências públicas<sup>8</sup>, para apreciação dos Estudos de Impacto Ambiental, bem como do acesso ao Judiciário, por meio das ações populares e das ações civis públicas, onde a população pode ser representada por associações e pelo Ministério Público. Em relação ao compromisso de ajustamento de conduta, o princípio democrático está relacionado também à necessidade de transparência e participação social na formação e no controle da decisão do órgão legitimado na celebração do compromisso.

No âmbito do direito da empresa, tais princípios relacionados a esse instrumento jurídico poderiam fundamentar a adequação da sociedade empresária, na qualidade de ente social, às exigências do ente coletivo, trazendo para o campo dos negócios ou da própria operação mais uma oportunidade de desenvolvimento de seus interesses comerciais.

## **2. Natureza Jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Geisa de Assis Rodrigues agrupa as posições doutrinárias que tratam do Compromisso de Ajustamento de Conduta em duas correntes<sup>9</sup> que classificam a sua natureza jurídica em transação e ato jurídico

---

8 A Declaração do Rio de Janeiro de 1992 diz no seu art. 10: “O melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”

9 Rodrigues, Geisa de Assis, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

diverso. Aqueles que o definem como transação, que estará apreciada nessa discussão, esclarecem tratar-se de uma transação especial, uma vez que os direitos difusos transacionados são indisponíveis, e, portanto firmada entre legitimados que não são os titulares de tal direito. Mazzilli adverte que:

“a transação extrajudicial na área de interesses metaindividuais ficou denominada como compromisso de ajustamento de conduta (...) o seu objeto o distingue de uma vera e própria transação do direito civil: enquanto esta versa interesses disponíveis de partes maiores e capazes, o compromisso de ajustamento versa adequação de conduta do compromitente, em matéria que diga respeito a interesses de lesados metaindividualmente considerados”.<sup>10</sup>

Entretanto, ainda que especial, o termo de ajustamento de conduta mantém a eficácia de prevenir ou encerrar o conflito, típico da transação, uma vez que contempla<sup>11</sup>:

- Acordo, isto é, a transação não se dá por força de lei, ela se opera por meio de um negócio jurídico bilateral.
- Extinção ou prevenção do litígio, sem a qual não existe transação, mas um mero ato constitutivo de direitos ou um pagamento.
- A reciprocidade das concessões, cuja falta importa em configurar-se em doação, dação em pagamento ou remissão de dívida.
- Incerteza, que encontra caracterização na existência das pretensões das partes, qualquer que seja o conhecimento da situação real pelos interessados.

---

10 Mazzilli, Hugo Nigro *apud* Rodrigues, Geisa de Assis, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 140.

11 Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 6ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 220.

Nesse ponto, talvez seja útil considerar que não há transação quanto aos direitos em discussão no compromisso de ajustamento de conduta, posto que são indisponíveis, mas há quanto aos efeitos patrimoniais de tais direitos, devendo considerar também que os agentes legitimados a firmar o compromisso com a parte que viola ou ameaça violar o direito de uma coletividade o fazem no seu estrito interesse, uma vez que não é possível a todos fazê-lo.

Ademais, o direito fundamental a um ambiente sadio protegido constitucionalmente é conexo a um dever de protegê-lo<sup>12</sup>, uma vez que é mais do que bem de uso comum do povo. Os direitos de natureza ambiental “ensejam limitações administrativas e intervenções na propriedade precisamente quando sua preservação venha associada à utilização de bens que se encontrem no domínio privado. O meio ambiente constitui um bem jurídico próprio, distinto daquele sobre o qual se exerce o direito de propriedade”<sup>13</sup>.

Quando um agente econômico firma um compromisso de ajustamento de conduta está, na verdade, renunciando a direitos, sendo certo que esta renúncia trará o benefício ou da prevenção ou da celeridade na reparação do dano. Qual seria a contrapartida dessa renúncia?

Examinando a previsão legal relativa ao ajustamento de conduta contida no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, *verbis*:

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

---

12 Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 527.

13 Barroso, Luis Roberto, A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p.124.

Verifica-se que o termo “compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” se refere à ação praticada entre o poder público e aqueles que estejam ou possam estar agindo em desacordo com normas protetoras dos direitos transindividuais no intuito de sanar tal irregularidade, assegurando a possibilidade de solução extrajudicial para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis, sem assunção de culpa da parte compromitente e com eficácia de título executivo extrajudicial, por força de lei.

A sua aplicação nos casos de responsabilização por danos ao meio ambiente, em especial, nos casos relacionados à atividade empresarial, todavia, merece alguma consideração.

A atividade empresarial, nascida da reunião de pessoas e recursos na busca de objetivos que ultrapassam a capacidade individual de realização do conjunto resultante, é própria da natureza associativa do ser humano, bem como da sua necessidade de empreender, criar e modificar conscientemente o seu meio, sendo a aventura e o empreendimento humanos registrados desde a Antigüidade<sup>14</sup>. No entanto, em tal atividade, diga-se industrial e tecnológica, o risco de dano é a ela inerente. Ela abrange transformações e alterações dos recursos naturais e do meio ambiente e coloca o ser humano cada vez mais em situações alheias à sua natureza. Todos apreciam, por exemplo, o conforto e a rapidez com que cruzam os céus em modernos aviões, transportados de um extremo a outro do planeta. Várias doenças que no passado dizimavam cidades inteiras, como a gripe, a tuberculose e a sífilis, hoje são evitadas ou curadas pela eficácia de medicamentos desenvolvidos por cientistas muitas vezes patrocinados por grandes empresas. A produção de alimentos não ficou fora da evolução tecnológica e o cultivo em massa de grãos segue padrões altamente sofisticados, permitindo realizar colheitas em grandes

---

14 Almeida, Amador Paes, *Manual das Sociedades Comerciais*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 4. O autor cita o Código de Manu, no seu art. 204: “Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes”, p. 4.



quantidades. Toda essa atividade, contudo, é ambientalmente impactante e cobra o seu preço à sociedade que direta ou indiretamente dela faz proveito. A imposição de cessação de qualquer tipo dessas atividades através de ação civil pública no reclamo de direitos transindividuais já não seria uma renúncia ao benefício que a própria sociedade estaria fazendo? A própria ação do Poder Público de coibir essa atividade, na proteção desse interesse, já não traria a reboque uma renúncia da sociedade ao direito de usufruir conforto, comodidade e desenvolvimento?

### **3. O Ministério Público na defesa do meio ambiente**

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ora, a proteção ambiental está, sem sobra de dúvida, inserida no rol dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Indiscutivelmente, a percepção do risco da destruição do ambiente é evidente para a maioria das pessoas, independentemente de posicionamento econômico, político ou social de cada indivíduo ou até mesmo de cada segmento da sociedade. Todavia, ainda que o progresso ou a riqueza não possa colocar em risco a vida ou o futuro do planeta, a sua proteção não pode ser um entrave ao desenvolvimento econômico e social, uma vez que disso depende o combate à pobreza, que por si só representa a pior degradação, tornando-se, no mínimo, conflitante, colocar-se a proteção ambiental como o interesse individual e social indisponível a ser tutelado em detrimento da atividade econômica e do desenvolvimento necessário ao acesso da população aos bens da vida.

Ao iniciar uma ação civil pública ou firmar um compromisso de ajustamento de conduta estará o Ministério Público defendendo os interesses sociais e individuais a um ambiente sadio tão somente no âmbito das condutas identificadas, praticadas em desacordo com a

legislação e regulamentos vigentes, restando descobertos os danos provocados por fontes não identificadas e, ainda, por atividades regularmente licenciadas que causam ou causarão impacto ao ambiente. O dano ambiental, conforme já mencionado, é difuso<sup>15</sup>. Difuso em vários sentidos, pois a par da pluralidade de titulares do direito à sua reparação, está a pluralidade de fontes<sup>16</sup>, uma vez que o dano ecológico pode ser provocado por várias atividades e por uma infinidade de pessoas. A sua origem pode estar no desconhecimento atual das

---

15 O dano que atinge os interesses meta individuais, coletivos ou difusos, se caracteriza também como coletivo ou difuso. Em primeiro lugar faz-se necessário analisar as diferenças entre interesses coletivo, difuso e individuais homogêneos. Essa classificação foge da tradicional divisão entre interesse público e privado, na qual o interesse privado estaria relacionado às relações jurídicas entre particulares e o público àquelas em que o Estado estivesse presente. Nesse contexto o Estado seria sempre o representante da vontade social e, nessa qualidade, cuidaria de seus interesses. No entanto, em muitas ocasiões o próprio Estado atinge o interesse social causando dano ao patrimônio ambiental. A constatação desse fato pelos doutrinadores trouxe à luz a identificação da existência de interesses que não faziam parte nem das relações entre particulares nem das que competiam ao Estado. São os interesses despersonalizados de um conjunto ou conjuntos de pessoas, sem o caráter de direito público previsto no sistema jurídico. Esse tipo de interesse público passou a ser denominado de direitos metaindividuais, divididos em coletivos ou difusos, podendo ser citados ainda nessa discussão os interesses individuais homogêneos, os quais ganharam expressão após a revolução industrial que criou a massificação do consumo, através da mecanização da produção em série de bens. A discussão dos interesses meta individuais está relacionada à busca de soluções para os conflitos atuais da nossa sociedade moderna, caracterizada por relações cada vez mais complexas, uma vez que o interesse ou o direito está sempre associado ao bem que satisfaz a necessidade de um determinado sujeito, nos limites da proteção legal. Nos interesses individuais homogêneos, as pessoas afetadas pelo dano são determinadas e o objeto é divisível, restando em comum o vínculo fático entre os sujeitos, evidenciado pela origem comum do interesse protegido. O interesse coletivo estaria relacionado a sujeitos determinados, os quais possuem um vínculo fático que os aglutina e cujo objeto de interesse é comum ou indivisível a esse grupo de pessoas. Nesse caso, o interesse não é do indivíduo apenas, mas de toda a coletividade a que está vinculado. Como resultado, o dano causado também é coletivo e indivisível e o remédio jurídico aplicado aproveitará a um conjunto de pessoas ao mesmo tempo. O interesse difuso também está relacionado a sujeitos vinculados entre si. Entretanto, abrange pessoas indeterminadas, isto é, não existe possibilidade de quantificar os sujeitos afetados pelo fato comum e indivisível. Nesse caso o dano também é difuso, não sendo possível precisar quantas pessoas necessitarão de proteção legal, sendo típico o caso do dano ambiental.

16 Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000. p. 251

conseqüências do mau uso dos recursos naturais, de tecnologia inadequada para sua exploração, de atividade protegida e fomentada pela Administração Pública, pelo consentimento da sociedade e, mais gravemente, pela necessidade de sobrevivência da população carente.

Além disso, será que a defesa mencionada na letra constitucional abrange tão somente o confronto da sociedade, representada pelo Ministério Público, em face do agente poluidor?

Norma inserida em convenções internacionais, das quais o Brasil tem sido signatário, o direito fundamental ao meio ambiente sadio assegurado pela Constituição Brasileira, está relacionado ao dever fundamental de preservação, e a aplicação dessa norma em concreto dependerá da atitude de toda a sociedade. No clássico exemplo da cidade de Minamata, a poluição foi causada, ao longo de muitos anos, pela atividade continuada de uma indústria que se instalou no local a pedido da própria população e com a benção da administração, uma vez que geraria empregos e os impostos necessários para a prosperidade dos seus cidadãos. Tal indústria, ao se dedicar ao ramo de petroquímicos e de plásticos, passou a descarregar toneladas de resíduos contendo o elemento mercúrio na baía de Minamata, envenenando as reservas de pescado, principal fonte de alimento da população, e, devido à característica desse metal, afetando as pessoas que delas se alimentavam, provocando doença e morte. Tal dano, constatado depois de muitos anos, uma vez que era desconhecido o efeito que tal comportamento poderia acarretar, é um exemplo de dano difuso, cuja responsabilidade direta é da indústria que causou tal prejuízo à vida da população e ao meio ambiente. Estabelecido o nexo de causalidade entre o evento e o dano, foi possível identificar o seu agente, pelo menos o mais próximo, máxime porque mesmo depois de constatada a ocorrência do mal, tal empresa não interrompeu a sua conduta ou buscou alterar o seu processo produtivo. Entretanto, o lamentável resultado decorreu, também, do consentimento e proveito do Estado e da própria sociedade, que imaginavam estar se beneficiando de tal atividade industrial. Como a poluição decorreu de

ação continuada, provavelmente os primeiros cidadãos beneficiados pela prosperidade trazida pela atividade e que insistiram na sua instalação não chegaram a sofrer com os seus efeitos maléficos, deixando-os para a posteridade.

Harmonizar essa contradição entre a ação permitida pelo Estado, desejada pela sociedade, e o dano ambiental resultante de determinada atividade é o desafio atual de todos nós. A exigência de emprego de tecnologia disponível e, ainda, de que obras, serviços e instalações sejam feitas sob licença ou autorização dos órgãos ambientais, aparentemente não é o suficiente para assegurar a sanidade do ambiente ou protegê-lo suficientemente para as futuras gerações.

O que fazer então com esse dano<sup>17</sup> oriundo das relações hu-

---

17 Díaz, Julio Alberto, *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 50. Nas antigas civilizações a ocorrência do dano era motivo suficiente para provocar a reação (brutal) da vítima. Os então legisladores cuidavam mais do prejuízo causado do que da falta cometida e impunham a obrigação de reparação do dano ao agente causador, predominando a idéia de restituição. O dano tirava da vítima o que era seu e o que se buscava era compensar esse desequilíbrio provocado, sendo o dano fundamento suficiente para a responsabilização do agente. “Os conceitos de dano e antijuridicidade confundiam-se no direito romano. (...) Existia o direito subjetivo de não sofrer o dano, o que implicava, reciprocamente, que ninguém tem o direito de provocar dano aos outros”. A idéia moral da culpa veio deslocar a responsabilização com fundamento no dano para a responsabilização com fundamento no comportamento do agente, restando ao prejudicado o ônus do prejuízo causado, caso se mostrasse inocente o seu causador. A legislação passou a proteger o causador do dano que agia sem culpa, às vezes em detrimento do prejudicado, também inocente. Com o advento da revolução industrial os conflitos de interesses entre indivíduos, comuns nas sociedades agrícolas, que envolviam os danos resultantes dessas relações, deram lugar ao chamado dano de incidência coletiva, o qual deixou de resultar de inadimplemento contratual ou descumprimento da lei. Os atos causadores dos danos deixaram de ser muitas vezes o produto da ação de indivíduos isolados para serem o de grupos de indivíduos ou de empresas, no exercício de atividades úteis e consentidas pela sociedade, ainda que perigosas. Assim, a antiga teoria da culpa, que servia para deslocar a responsabilização com fundamento no dano para a responsabilização com fundamento no comportamento do agente, deixou de socorrer as vítimas da evolução tecnológica, restando ao prejudicado o ônus do prejuízo causado, caso se mostrasse inocente o seu causador. A legislação passou a proteger o causador do dano que agia sem culpa, às vezes em detrimento do prejudicado, também inocente. A necessidade de manter o equilíbrio social, com socorro às vítimas desamparadas nessas novas relações, decorrentes do homem e a máquina, cuja ausência de vontade impedia a responsabilização por culpa, fez com que brotasse a teoria da responsabilidade sem culpa, bastando, para isso, a incidência dos elementos dano e nexa causal.

manas ainda não identificadas ou percebidas como nocivas em relação ao ambiente? O desconhecimento do efeito causado pela atividade ou a ausência de norma restritiva exclui a culpa do agente, mas não faz desaparecer o dano. E mais, pode a defesa mencionada na Constituição Federal se restringir aos interesses sociais vigentes num dado território?

#### **4. O emprego do compromisso de ajustamento de conduta nas questões ambientais**

Da busca da satisfação dos prejuízos resultantes do dano ambiental surge naturalmente o estabelecimento do conflito através de um processo de responsabilização, cuja tendência se reflete na doutrina e nas decisões judiciais. A Administração Pública, aqui definida no sentido lato tem um papel fundamental na orquestração das soluções consensuais, no estabelecimento de políticas adequadas de prevenção, fiscalização e gestão ambiental, na qualidade de ente jurídico que representa a sociedade nos seus interesses difusos, para o presente e para as futuras gerações. Afinal, a gestão do meio ambiente é compartilhada entre o Estado e a sociedade, cujo preceito está inserido na Constituição Federal Brasileira que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações”.

Existem ações civis públicas que se arrastam durante anos, cuja execução, após a condenação do agente poluidor, se torna inviável pela dificuldade de atribuição de valor, o qual depende de avaliações técnicas e econômicas de grande complexidade e alto custo.

Todavia, a dificuldade de determinação dos titulares do direito à reparação ou da identificação da fonte causadora do dano não pode servir de pretexto para a não reparação, bem como a transindividualidade característica do dano ambiental não pode abandonar o indivíduo prejudicado à própria sorte.

Tome-se, como exemplo, uma empresa localizada num parque industrial, cuja atividade causou dano ambiental ao longo dos anos, juntamente com outras empresas, poluindo solo, água e ar, imaginando-se que, no exercício de sua atividade, utilizava os padrões tecnológicos e científicos conhecidos e aceitáveis para descarte de resíduos, controle de emissão de gases, além de contar com as devidas autorizações e licenças dos órgãos da administração pública encarregados do controle e fiscalização ambientais, e, ainda, num determinado momento, por iniciativa popular, o Ministério Público iniciasse inquérito civil para apuração de dano e conseqüente reparação. Tal empresa, além de exercer atividade regular, contribuía com a formação de empregos, recolhimento de impostos e, ainda, com produtos de consumo necessários para a manutenção da vida social moderna.

Caso estivesse agindo em desacordo com a legislação, bastaria recorrer-se dos meios jurídicos cabíveis para forçá-la a se adequar ou puni-la. Nesse caso, poderia ser trazida à questão a culpa do agente, inclusive, com repercussão criminal.

Ora, a atividade empresarial se opera dentro de pressupostos essenciais, tais como necessidade do mercado, viabilidades técnica e econômica e principalmente lucratividade, sem os quais nada acontece. Todas as relações jurídicas a ela inerentes são consideradas ou como ativos (direitos) ou passivos (obrigações) e fundamentam as projeções de investimentos e principalmente de custos. A implantação de um empreendimento e a sua manutenção depende da segurança jurídica dos mencionados pressupostos e, ainda, da previsibilidade das obrigações assumidas e/ou delas decorrentes.

Como já relatado, o dano ambiental não encontra remédio na responsabilização subjetiva do agente. Aliás, como a teoria da culpa se tornou incapaz de resolver todos os problemas oriundos dos danos causados pelas atividades da sociedade industrial a teoria do risco passou a ter um destaque cada vez maior nas legislações modernas. Segundo Alvíno Lima “é preciso vencer o dano, inimigo comum,

fator de desperdício e insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis”<sup>18</sup>. No direito romano, inicialmente, o objeto central da responsabilidade era o dano e a sua existência implicava uma injustiça em si mesma, “uma ruptura da relação de igualdade que era necessário restabelecer. A obrigação de reparar não surge como consequência de uma falta, pois, mesmo inexistindo esta, permanecería o desequilíbrio e a injustiça, e isso é que deveria ser evitado.”<sup>19</sup>

A teoria da responsabilidade objetiva, no seu desenvolvimento, foi largamente combatida, por ter sido considerada um retrocesso às primitivas concepções de responsabilidade quando, no entanto, não havia sequer distinção entre pena e ressarcimento. Outro fator foi o receio de que a imposição de ônus, sob forma de responsabilidade independente de culpa, causasse prejuízo ao desenvolvimento de muitas empresas e setores da atividade empreendedora, como nos Estados Unidos a propósito da responsabilidade das estradas de ferro.<sup>20</sup>

O fato é que o desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como o aumento da população, acrescentaram às relações interpessoais as de massa, criando a necessidade de proteção contra os danos decorrentes de tal complexidade. Além disso, foi-se aos poucos sendo introduzido no nosso ordenamento a teoria da responsabilidade sem culpa e, dessa forma, vemos a sua aplicação na Lei nº 6.938/81, ao determinar o dever de indenizar, em razão de danos causados ao meio ambiente, independentemente de culpa, recepcionado posteriormente pela Constituição de 1988 no art. 225, § 3º, e utilizada

---

18 Lima, Alvino. *Culpa e Risco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista e atualizada Prof. Ovídio R. B. Sandoval, p. 334.

19 Dias, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 20.

20 Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978, p. 16.

como regra para as relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Francisco Amaral considera que a responsabilidade objetiva se baseia na equidade: quem lucra com uma situação, responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes. Sua imputação decorre de lei, independentemente de culpa e o agente é obrigado a reparar o dano.<sup>21</sup>

Esse princípio pretende trazer a justiça ao direito, ou o equilíbrio às relações sociais, de modo a encontrar mecanismos de compensação entre os fatos sociais e o prejuízo ou dano sofrido pelos indivíduos, independentemente de mandamento legal. Foi o princípio de equidade que inspirou os defensores da teoria objetiva, uma vez que a teoria subjetiva deixava a vítima muitas vezes ao desamparo quando não se podia provar a culpa ou determinar o agente causador do dano.

Dessa forma, o peso da responsabilidade deixa de incidir sobre um patrimônio individual para se diluir no patrimônio coletivo formado pelos potenciais responsáveis pelo risco seja através da intervenção direta do Estado, contribuições obrigatórias do seguro social, ou através dos seguros privados, contribuições às instituições seguradoras.

Nas palavras de Jorge Sinde Monteiro:

“as normas de responsabilidade civil podem conservar um sentido e uma função útil, qual seja a de, circunscrevendo a esfera dos riscos que devem ser suportados por cada coletividade (de potenciais lesantes e potenciais lesados), estabelecer entre elas uma justa distribuição dos encargos”<sup>22</sup>.

---

21 Amaral, Francisco. *Direito Civil Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 1998, p. 542.

22 Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978, p. 41.



A esse respeito, vale mencionar a tendência atual observada em alguns países de se tomar como excludente de responsabilidade o risco do desenvolvimento, vinculado a concepção do produto e não a vícios de fabricação, ou em lugar da adoção da excludente, a criação de fundo composto de seguradoras que garantam o pagamento de indenizações em razão do risco do desenvolvimento. A teoria do risco do desenvolvimento abrange uma exceção ao risco da atividade, protegendo as inovações destinadas a um fim específico, que, mesmo atingindo sua finalidade, causem efeitos não previstos nas fases de pesquisa.

Todavia, verificado o dano ou o potencial dano, é impensável, nos dias de hoje, quedar-se inerte. Nesse mister, a sociedade, ao provocar a ação do Ministério Público, cumpre o seu papel de titular (e de guardião) do direito ao meio ambiente sadio. Desnecessário falar em culpa, a responsabilidade por danos ao meio ambiente é objetiva e o ambiente degradado deve ser recuperado ou ter os seus efeitos mitigados na busca do equilíbrio ecológico perdido. A solução buscada através da via judicial invariavelmente resulta em longos e caros processos, cuja eficácia é duvidosa.

Entretanto, ao desejar compor o conflito através de uma solução negociada, como no caso do compromisso de ajustamento de conduta, não tem tal empresa garantia de quitação de suas obrigações, uma vez que o ajuste se dá em torno de direitos indisponíveis, sendo impossível a transação. Nesse momento, ao se expor voluntariamente, sem que se faça o juízo de valor se estará ou não buscando meio mais econômico ou desejando evitar a exposição da sua imagem à execução pública, a empresa se vê compelida a cumprir obrigação assumida no título executivo, sem que tenha a contrapartida da quitação. Seus administradores, comprometidos com a sanidade econômica do negócio, passam a temer que uma vez paga a contribuição ou a parcela ajustada, ainda estejam à mercê de futuras ações de indenização, individuais ou mesmo coletivas, e, ainda, ao ajustar a sua

conduta, acabem fornecendo fundamentos de culpa no exercício da sua atividade, facilitando toda sorte de demandas. Esse tipo de saturação a que muitas indústrias se encontram submetidas muitas vezes impede que soluções conciliatórias possam ser implementadas, com perdas para toda a sociedade, pois além de aumentar os custos processuais, que afinal repercutirão no preço dos produtos consumidos ou dos serviços prestados, faz com que se mantenham situações de dano por longos períodos de discussão, em prejuízo de todos.

Talvez fosse possível considerar que o ajuste de conduta negociado pudesse ser dividido em duas partes: a primeira versaria sobre a questão patrimonial da recuperação e o acordo permitiria quitações parciais quanto ao dano. Nesse aspecto, o Ministério Público, na qualidade de defensor dos interesses trasindividuais da sociedade legitimado a representá-la daria quitações parciais quanto ao cumprimento do acordo, garantindo a necessária segurança jurídica ao ato, a fim de fomentar os acordos benéficos; e, a segunda versaria sobre o ajustamento da conduta, tanto de atos contrários à legislação em curso, quanto de atos potencialmente danosos, relativos ao direito indisponível da proteção à sanidade do meio-ambiente, o qual remanesceria sempre inegociável por sua própria natureza.

## **5. Conclusão**

Dessas ponderações talvez possamos concluir que o ajustamento de conduta, que, segundo Geisa de Assis Rodrigues, ainda está em construção, poderia ser ampliado, tornando-se o instrumento adequado para compor situações de conflito relacionadas aos danos ao meio-ambiente. Merece registro que o interesse ao meio ambiente sadio, protegido em sede constitucional, convive com o princípio fundamental da garantia do desenvolvimento nacional previsto no art. 3º, inciso II, da Constituição, sugerindo que o Constituinte admi-

tiu, ao redigir o texto, que certas atividades econômicas, ainda que lesivas ao meio ambiente devessem ser exploradas, estabelecendo, em vista da inevitabilidade do dano a sua recuperação<sup>23</sup>.

Assim, o ajustamento de conduta traz para o centro da discussão a sociedade, a iniciativa privada e o poder público a fim de encontrar soluções negociadas que possam modificar a infeliz trajetória da Terra em direção à destruição do meio ambiente.

Cabe à sociedade decidir efetivamente como deseja conduzir as questões relativas a esses interesses transindividuais, considerando o custo ambiental em relação ao benefício alcançado. É fundamental despertar a consciência de todos que os recursos naturais são finitos e que a sua utilização irresponsável poderá varrer a humanidade da face da Terra. Apesar de ser cada vez mais evidente a relação entre as atividades humanas, o impacto ambiental e o risco de dano, as comunidades e os indivíduos mantêm o mesmo estilo de vida, como se não houvesse nenhuma relação entre o uso que fazem das modernas condições de vida e o resultado evidenciado no ambiente.

O direito ao meio ambiente sadio transcende ao interesse público. De qual sociedade estamos falando, afinal? A degradação ambiental ultrapassa os limites de espaço e tempo. Ainda que toda a sociedade, assim estabelecida num dado território, tome decisões unânimes que atentem contra esse fundamento, resta íntegro o direito de toda a humanidade, aqui consideradas as futuras gerações, e o dever de todos de respeitar a dignidade da vida. É fundamental também perceber que o benefício do desenvolvimento e do progresso se utiliza de recursos humanos, tecnológicos, financeiros e naturais. A percepção equivocada de gratuidade do recurso natural necessita dar lugar à certeza de que a sua transformação traz um custo ambiental

---

23 Barroso, Luis Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* — 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 16.

que precisa ser medido e avaliado. E mais, uma empresa, ao utilizar os recursos naturais para a produção de bens, o faz ou com o consentimento de todos, diretamente, ou através dos órgãos de fiscalização, ou com o apoio dos consumidores dos seus produtos ou dos beneficiários de tal atividade. Ignorar isso é relegar o ponto fundamental da discussão, a preservação da sanidade do meio-ambiente, para um segundo plano, enquanto se querela sobre a autoria do dano em ações judiciais intermináveis. Até se consegue chegar ao real autor, à verdadeira causa, aos beneficiários da reparação do dano, o dano ambiental resta sem reparação e os seus efeitos se mantêm ativos, produzindo um prejuízo, às vezes irre recuperável, com conseqüências nefastas, não só para toda a sociedade, como para a integridade da vida, tornando tais processos e decisões ineficazes quanto ao comando constitucional de proteção e defesa ambiental.

É necessário utilizar meios criativos para solução de questões compostas de variáveis diversas e conflitantes, tal como proteger um ecossistema ou manter a atividade econômica que o ameaça. O ajustamento de conduta, sendo atividade extrajudicial, poderá ser um deles, uma vez que foge ao rito processual e ao rigor da sua formalidade, permitindo a flexibilidade indispensável numa negociação, necessária para compor interesses plurais e conflitantes. Para tal, o instrumento deve se amoldar à realidade social, cuja eficácia estará assegurada pelos limites da legalidade, pois todas as soluções devem ser buscadas para proteger a vida.

## **6. Bibliografia**

Almeida, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Amaral, Francisco. *Direito Civil Introdução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental, Uma Abordagem Conceitual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

Barroso, Luis Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Ciocchetti de Souza, Motauri. *Ação Civil Pública, Competência e Efeitos da Coisa Julgada*, São Paulo, Malheiros, 2003.

Ciocchetti de Souza, Motauri. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, São Paulo, Saraiva, 2001.

Cairncross, Frances. *Costs and Benefits*, Boston, MA, University of Oregon — 1999, publicação autorizada pela Harvard Business School Press, from *Costing the Earth, The Challenge for Governments, the Opportunities for Business*, 1992.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra, Almedina, 2002.

Dias, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

Hart, Stuart L. *Beyond Greening: Strategies for a Sustainable World, in Environmental Management Readings and Cases*, University of Oregon, 1999 — reprinted by permission of Harvard Business Review — Boston M.A, Houghton Mifflin Co.: Boston, MA ed. Janeiro/Fevereiro 1997.

International Environmental Law. IADB — United Nations Conference on Environment and Development, June 1992.

Lima, Alvino. *Culpa e Risco*, 2ª ed. Verificada e atualizada Prof. Ovídio R. B. Sandoval, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2002.

Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978.

Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 6ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

Rodrigues, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

**O PAPEL DAS EMPRESAS OPERADORAS DE  
PLANOS DE SAÚDE NA BUSCA PELA  
EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À SAÚDE  
NO MODELO BRASILEIRO DE ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
Garantia de dignidade da pessoa humana**

**THE ROLE OF THE HEALTH PLANS COMPANIES OPERATORS IN  
SEARCH FOR EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHT TO HEALTH  
IN THE BRAZILIAN MODEL OF DEMOCRATIC STATE OF LAW:  
Guarantee of human dignity**

*Elisa Bonesi Jardim  
Carolina Bonadiman Esteves*

*Resumo:* O objetivo do presente artigo é analisar o papel das empresas de planos de saúde para efetividade do direito fundamental à saúde. O método utilizado foi o dedutivo. O trabalho foi dividido em cinco capítulos. Na introdução foi apresentada a problemática. No segundo capítulo tratou-se da abrangência do termo “direito à saúde”, de quem tem dever de prestar a saúde no Brasil, das principais normas e do porquê desse direito ser humano e fundamental. No terceiro capítulo apresentam-se o conceito de saúde suplementar, o contexto do surgimento dos planos de saúde no Brasil, sua evolução, bem como analisa-se a lei dos planos de saúde. No quarto e quinto capítulos discorreu-se sobre o modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito e a atuação dos planos de saúde dentro dele para se chegar à efetividade da prestação do direito à saúde, bem como dos conceitos de efetividade e dignidade da pessoa humana, além da aná-

lise de se as empresas estão cumprindo seu papel. Concluiu-se que no Estado Democrático de Direito o papel das empresas operadoras de planos de saúde é também o de garantir a efetividade da prestação da saúde, na busca pela dignidade da pessoa humana, e respeitar os direitos fundamentais. No entanto, esta é questão delicada, pois envolve interesses do mercado, e está longe de um equilíbrio.

*Palavras-chave:* Empresas de planos de saúde, efetividade, direito fundamental à saúde.

*Abstract:* The purpose of this article is to examine the role of enterprises of health plans for effectiveness of the fundamental right to health. The deductive method was used. The work was divided into five chapters. Its introduction presented the issue. The second chapter dealt with the scope of the term “right to health”, who has the duty to provide health in Brazil, the main standards and why it is a human and fundamental right. The third chapter presents the concept of health supplement, the context of the emergence of health plans in Brazil, its evolution and analyze the law of health plans. In the fourth and fifth chapters it was showed the democratic rule of law and the performance of health plans within the same to reach the effectiveness of the provision of the right to health as well as the concepts of effectiveness and dignity, in addition to the analysis of if the companies are fulfilling their role. It was concluded that the democratic rule of law the role of business operators of health plans is also to ensure the effectiveness of the provision of health, in the quest for human dignity, and to respect the fundamental rights. However, this is a delicate issue, because it involves interests of the market, and it is far from an equilibrium.

*Keywords:* Enterprises of health plans, effectiveness, fundamental right to health.

## **1. Introdução**

Os direitos humanos estão em foco atualmente. Tenta-se na comunidade jurídica nacional e internacional não apenas enunciá-



los, mas fazer com que eles sejam efetivamente cumpridos, após anos de descaso e massacre. Não é diferente com o direito à saúde. De fato, ele é hoje no Brasil tema dos mais debatidos, seja no mundo jurídico ou social. O caos que se instalou pelo país no âmbito da saúde explodiu em todas as esferas e causa alarde até mesmo aos mais otimistas.

É um dos direitos que sofre de forma mais direta o descaso com os direitos humanos, seja no plano público, seja no plano privado. Ambas as esferas deveriam garantir o acesso a esse direito humano; no entanto, o que se vê é um abandono a esse direito.

No plano da saúde pública, há falta de medicamentos, de leitos, de médicos e de respeito ao ser humano. Já no âmbito da saúde suplementar, o desrespeito também prepondera, haja vista que as empresas de planos de saúde e demais entidades privadas não cumprem, muitas vezes, com seu papel de prestadores de serviço essencial e também direito humano, mesmo quando a contraprestação é paga de forma adequada.

Mas qual a relação do direito fundamental à saúde com o direito de empresa?

De fato, a saúde no Brasil se desenvolve em duas vias: a saúde pública e a saúde suplementar. A Constituição Federal assegurou também a empresas privadas a tarefa de dividir com o Estado a prestação da saúde no Brasil. Vieram as empresas de planos de saúde de inúmera monta a prestar esse serviço público essencial.

Dada a ineficiência e ineficácia da prestação de saúde diretamente pelo poder público, os indivíduos tentam “apertar” seus orçamentos e pagar uma mensalidade a uma empresa privada para que ela financie os serviços de saúde necessários.

Ocorre que as prestadoras muitas vezes se esquecem de que o seu “negócio” é também prestação de serviços para realização de um direito humano e de que esse serviço contribui para a dignidade ou indignidade da pessoa humana. Apesar de ser exercida por parti-

culares, tornando-se um empreendimento lucrativo, a saúde suplementar evidencia o princípio da dignidade da pessoa humana, direito humano por excelência.

Diante desse quadro, busca-se responder à seguinte questão: qual é o papel dessas empresas para a efetivação do direito humano à saúde no modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito?

Nesse contexto, outros questionamentos também podem ser feitos: por que o direito à saúde é direito humano? Por que é também um direito fundamental? Quais são as principais normas que regulam o direito humano à saúde no Brasil? O que está abrangido pela expressão “direito à saúde”? Quem tem o dever de exercer o direito humano à saúde no Brasil? O que é saúde suplementar? Como foram criadas as empresas de planos de saúde no Brasil e qual a legislação adotada? O que é efetividade de um direito? As empresas de planos de saúde estão exercendo sua função na efetivação do direito fundamental à saúde?

O presente artigo pretende responder a essas questões, utilizando-se do método dedutivo. Assim, o segundo capítulo tratará: da abrangência do termo “direito à saúde”, do porquê desse direito ser humano e fundamental, das principais normas sobre o assunto e, por fim, de quem tem dever de prestar a saúde no Brasil.

No terceiro capítulo, apresentam-se o conceito de saúde suplementar, o contexto do surgimento dos planos de saúde no Brasil e sua evolução, bem como analisa-se a lei dos planos de saúde.

O quarto e o quinto capítulos discorrem sobre o Estado Democrático de Direito e a atuação dos planos de saúde dentro dele para se chegar à efetividade da prestação do direito à saúde. Esses capítulos tratam também dos conceitos de efetividade e dignidade da pessoa humana, além das ações judiciais existentes em face das empresas de planos de saúde, que evidenciam que o seu papel de efetivação de direito fundamental não está sendo feito de forma satisfatória.

## **2. O direito à saúde no Brasil: uma questão de direito humano e fundamental**

Antes de se adentrar propriamente o estudo do papel das empresas prestadoras de planos de saúde para a efetividade desse direito fundamental, cumpre analisar exatamente o que se pretende estudar.

Em um primeiro momento, cumpre saber o que pode ser entendido por “direito à saúde”. Na primeira metade do século XX, com o isolamento de germes causadores de enfermidades, afirmava-se que a saúde consistia em procedimentos para curar doenças, mas, com a Segunda Guerra Mundial, afirmou-se ser o “direito à saúde” expressão englobadora de todos os esforços relacionados à vida saudável e ao bem-estar, seja ele físico, psíquico ou moral do ser humano. A segunda opinião, por ser mais ampla, parece ser a mais adequada.

De fato, o direito à saúde no Brasil não pode ser entendido apenas como recuperação de indivíduos acometidos por doenças. Segundo o disposto no artigo 196 da Constituição (BRASIL, p. 61), “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ou seja, a Constituição Federal, Lei Maior do país, entende que saúde é o direito de redução do risco de doenças e acesso a serviços não só de recuperação, mas também de proteção e promoção da saúde. Em assim sendo, não há como se entender de forma reduzida o direito à saúde.

No entanto, o entendimento da expressão não estaciona nas dimensões informadas pela Constituição. Voltando-se à Antiguidade, os filósofos já afirmavam que o direito à saúde relacionava-se com o meio em que as pessoas vivem, assim como na Idade Média e no século XIX. Nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari (1988):

Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C., refere à influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências. Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido a sua experiência como mineiro pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho. Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações .

Essa idéia fica completamente estabelecida depois da Segunda Guerra Mundial. Com os países da Europa destruídos pela segunda vez e sem condições econômicas de prover as necessidades da população, o meio levou à falta de saúde da população. Criou-se a Organização das Nações Unidas, que, entendendo a saúde como direito essencial, instituiu a Organização Mundial da Saúde — OMS.

Para ela, a expressão “direito à saúde” tem uma concepção ampla e abrangente. Tanto é assim, que no preâmbulo da Constituição da OMS (2008) afirma-se o seguinte:

#### CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE.

Os Estados parte na Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são básicos para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos:

**A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afeições ou enfermidades.**

A fruição do grau máximo de saúde pode ser visto como um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é condição fundamental para se chegar à paz e à seguridade, e depende da mais ampla cooperação das pessoas e dos Estados. (Tradução livre. Grifou-se)

E novamente segundo Sueli Gandolfi Dallari (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 48):

Pode-se verificar, portanto, que conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificado no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. Isso sem esquecer do direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo.

Assim, por tudo o que foi dito acima, pode-se concluir que o conceito de direito à saúde é o mais amplo possível, indicando bem-estar físico, mental e psicológico da população. Tanto é assim que os artigos 225, 230 e 277 da CF podem ser considerados como proteção à saúde, porque dispõem, respectivamente, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente o direito à saúde, que ao idoso é garantido o direito à vida e, por fim, que o meio ambiente equilibrado é essencial à vida sadia, tudo na concepção ampla da expressão “direito à saúde”.

Mas quem teria o dever de prestar a saúde no Brasil? Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 39) afirma que “a Constituição de 1988 mudou profundamente o sistema de competências da área da saúde. A parte global das matérias pode ser legislada nos três planos – federal, estadual e municipal.”

Assim, percebe-se que as três esferas do Estado têm o dever de prestar a saúde no Brasil, informação corroborada pelo artigo 196 da Constituição Federal, o qual afirma o dever do “Estado” de prestar a saúde no Brasil, não especificando qual de suas esferas.

No entanto, os três entes políticos do Estado brasileiro não estão sozinhos na prestação do direito à saúde, uma vez que, segundo os artigos 197 e 199 da Constituição Federal (BRASIL, p. 61 e 62):

Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente **ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

[...]

Art. 199: **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada** (grifou-se)

Ou seja, também as entidades privadas prestam a saúde no Brasil. E têm o dever de prestá-la com a consciência de que se trata, conforme artigo 197, de ações de “relevância pública”.

Tanto é assim que as principais normas sobre saúde no Brasil não são apenas a Constituição Federal de 1988 e as leis que criaram o SUS (lei nº 8080/90) e a ANS – Agência de Saúde Suplementar (lei nº 9961/2000), mas também a lei que regulamenta a atividade das empresas operadoras de planos de saúde, lei nº 9656/98, alterada pela MP nº 2177-44. Apesar de recém chegada (apenas 10 anos de regulação), é norma abrangente que determina as regras de relacionamento das empresas com o direito fundamental e humano à saúde.

Mas por que o direito à saúde seria um direito humano e também fundamental? Certo é que o direito à saúde já constava da Declaração Francesa, mas é no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da Organização das Nações Unidas (2008) que ele se apresenta como direito humano:

Artigo XXV.

1. **Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, **cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis**, e direito à segurança em caso de desempre-

go, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (grifou-se)

Ora, sendo o direito à saúde relacionado à própria vida dos indivíduos, e sendo ela um bem maior protegido universalmente, como não entender a saúde como direito humano? Tanto é assim que Peres Luño, citado por André Ramos Tavares (2007, p. 433), afirma serem os direitos humanos:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Nesse prisma é que também a fundamentalidade do direito à saúde pode ser observada. Segundo consta do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, p. 7), “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, (...)” Ou seja, a vida é tida pela Lei Maior brasileira como direito fundamental, uma vez que consta do rol do artigo 5º, já declarado como abrangente de direitos fundamentais.

Não obstante, o direito à saúde consta também do artigo 6º da Carta Magna (BRASIL, p. 11), como um direito social: “são Direitos sociais a educação, a saúde, a moradia,...”, e direitos sociais se encaixam no rol dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Não se pode esquecer também de que o direito à saúde é questão que leva à dignidade da pessoa humana, valor eleito pelo legislador pátrio como um dos fundamentos da República Brasileira no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 2006, p. 7). Ademais, segundo artigo 3º da Lei Maior (BRASIL, 2006, p. 7), um dos fundamentos do modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito é exatamente “promover o bem de todos”.

Todas essas normas evidenciam a fundamentalidade do direito à saúde. Mas esse direito não é fundamental apenas por estar alocado em um determinado capítulo da Constituição. É fundamental por constituir a essência da própria pessoa humana, por ser inerente a ela e, segundo Gustavo Amaral em obra organizada por Ricardo Lobo Torres (2001, p. 103), “os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado.” Já Gustavo Binbenbojm, citado por Ricardo Lobo Torres (2002, p. 245), afirma que:

Fundamentais seriam, assim, os direitos decorrentes diretamente e princípios morais (arguments of principels), assegurando uma esfera de liberdades inalienáveis do indivíduo, nelas se incluindo os direitos individuais (ou civis, conforme chamados no direito anglo-saxônico), os direitos políticos e os direitos sociais e econômicos mínimos que integram o mínimo existencial; [...]

No entanto, apesar de a existência da fundamentalidade não depender de qualquer codificação, segundo afirma Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 43):

**Somente com a reorganização política internacional em meados do século XX e com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946) a saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano**, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica e conceituada como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos. (grifou-se)

Tanto é assim que a OMS afirma que “a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano” (DALLARI, 1995, p. 19).

Assim, foram plenamente demonstrados o conceito de direito à saúde e a fundamentalidade e humanidade nele existentes, fatos que são de suma importância para verificação do papel das operado-



ras de planos de saúde na efetivação desse direito. Afinal, como buscar efetivação de algo de que não se sabe o real sentido?

### **3. A saúde suplementar e as empresas operadoras de planos de saúde**

Diante da fundamentalidade e da humanidade do direito à saúde, e observando-se que ele desenvolve-se em duas vias – pública e privada –, cumpre aqui afirmar o que se entenderia por saúde suplementar.

A denominação pode ser verificada dos artigos 196, 197 e 199 da Constituição Federal. Quando afirma ser dever do Estado prestar a saúde, o artigo 196 também permite a delegação, a outrem, da faculdade de fazê-lo. O Estado, então, abriu também aos particulares essa prestação de serviço público por meio dos artigos 197 e 199. Fala-se, nesse contexto, que as empresas operadoras de planos de saúde suplementam o sistema de saúde público brasileiro, ou seja, realizam juntamente ao Estado a prestação desse serviço público. Denomina-se também de setor secundário.

Certo é que o aparecimento das empresas de planos de saúde no Brasil acompanha as transformações pelas quais o país passou como reflexo das mudanças internacionais. Na realidade, a implantação dos planos no Brasil deveu-se a uma convergência de fatores.

O Estado de Direito passou por algumas transformações ao longo de sua existência. Em um primeiro momento, se chamou Estado Liberal, já que não era intervencionista nas relações entre os particulares ou no mercado em geral. Já em um segundo momento, passou a intervir na economia, tornando-se Estado dirigente, levado a isso pelas atrocidades cometidas na Primeira Guerra Mundial e, principalmente, pela reivindicação de direitos sociais por parte das camadas exploradas pela burguesia.

Após esse período, que no Brasil ocorreu durante a Era Vargas

e o Regime Militar, o Welfare State entrou em colapso. Nas palavras de Maria Stella Gregori (2006, p. 110):

No final do século XX, assiste-se ao agigantamento do Estado, em face das múltiplas funções assumidas, o que levou ao aumento dos gastos públicos e ao inchaço da máquina administrativa, em descompasso com o ritmo mais célere propiciado pela globalização.

E essa mesma autora (GREGORI, 2006, p. 110) completa mais adiante que:

[...] houve um crescimento desmedido do Estado. Com a ampliação de suas atribuições, ampliou-se a ineficiência no desempenho de suas funções, por fatores diversos, entre os quais se destacam a organização burocrática centrada em processos, os elevados gastos públicos e a crise financeira e fiscal.

Dentro desse quadro, na década de 70 havia um profundo receio em relação à saúde pública. Já naquela época, ela não correspondia aos anseios da sociedade. Somados a isso vieram a globalização e a conseqüente abertura do mercado brasileiro a multinacionais que acabaram vislumbrando, no Brasil, um mercado promissor na área de prestação de serviços de saúde. Nos dizeres de Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 106):

Os planos de saúde no Brasil desenvolveram-se a partir da década de 70. A insatisfação e a insegurança da população diante da prestação do serviço público de saúde fizeram com que, em relativo pouco tempo, um número expressivo de consumidores brasileiros se visse vinculado a um contrato privado de prestação de serviços.

Já na década de 80, houve uma explosão de planos de saúde privados no Brasil. Segundo Ligia Bahia (2001), “a revelação da existência de um grande mercado de planos de saúde, no final da década de 1980, ocorreu simultaneamente a uma importante intensificação da comercialização de planos individuais, a decisiva entrada de grandes seguradoras no ramo saúde”.

Ocorre que as empresas de planos de saúde se instalaram e prestavam seus serviços sem nenhuma regulamentação e, como visavam e visam o lucro, os problemas começaram a aparecer. Os contratos de adesão dos planos de saúde faziam de tudo em suas cláusulas obscuras para que o custo fosse reduzido. Mas o que fazer se esse mercado não estava regulamentado?

Parte dos problemas acabou com a entrada em vigor em 1990 do Código de Defesa do Consumidor. Não havia mais a negação da fragilidade dos clientes das operadoras nem se podia deixar de lado o caráter de consumo da relação. Não se pode esquecer também da Lei Orgânica da Saúde (lei nº 8.080/90), norma geral sobre a prestação da saúde no Brasil, que também orientou o mercado nessa época e deve ser seguida pelas empresas de planos de saúde até os dias atuais.

No entanto, o mercado cada vez mais crescente, e cada vez mais problemático para os assistidos, necessitava de uma regulamentação própria, que indicasse previamente quais seriam as condutas a se esperar de uma empresa prestadora desse direito fundamental. Assim, finalmente, em 1998 foi editada a lei nº 9656, que regulamentou essa prestação de serviço, mas a Lei Orgânica e o CDC continuaram sendo adotados de forma subsidiária.

Entretanto, apenas isso não bastava. Sob o perigo de uma ditadura do mercado diante de um direito fundamental, e estando o Estado preocupado com “setores desorganizados e com competição desordenada” (SOUTO, 2007, p. 222), criou-se por meio da lei nº 9.961/00 a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O fato é que ela não foi criada da mesma forma que as demais agências reguladoras, como meio de regular atividades privatizadas pelo Estado. Na verdade, a ANS:

[...] tem como objetivo precípua a regulação, a normatização, o controle e a fiscalização das atividades que garantem a manutenção e a qualidade dos serviços privados de atenção médico-hospitalar ou

odontológica prestados por intermédio da operação de planos de saúde. Além disso, também lhe compete a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadoras e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

[...] A ANS difere das outras agências, pois nesse setor não houve privatização de entidades estatais que prestavam serviços e não existia qualquer tipo de intervenção estatal na atividade econômica específica até 1998 com o advento da Lei 9656/98, que passou a dispor sobre a prestação de serviço e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

(GREGORI, 2006, p. 117)

O referido autor inclusive comenta que a necessidade da criação da ANS foi exatamente em função da relevância pública das atividades desenvolvidas, capazes de afetar a integridade da vida humana, bem indisponível (GREGORI, 2007, p. 122).

Em assim sendo, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado prestação da saúde pública, bem como normas de controle da saúde privada, para que a assistência privada à saúde ocorra de acordo com a dignidade humana (OLIVEIRA, 2006, p. 110). Isso porque há o dever do Estado de proteger os indivíduos inclusive contra agressões de outros particulares (SARLET, 2002, p. 111).

A Lei dos Planos de Saúde, então, trouxe novidades que remontam à proteção dos direitos humanos e fundamentais, demonstrando e deixando a entender que também as empresas daquele setor deveriam respeitar esses direitos, dando à sua atividade essa devida importância.

Algumas dessas inovações, segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000, p. 8), são a garantia contra a discriminação por idade ou deficiência, bem como a proibição da limitação do prazo de internação. Inovou-se também na necessidade de informação ao cliente (quanto a carências, internações, reajustes, faixas etárias, etc.); aten-

dimento em casos de emergência com período de carência de apenas vinte e quatro horas; liberdade para profissionais da saúde escolherem os meios diagnósticos ou terapêuticos em prol do paciente, dentre outras (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359).

Como afirmou Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 110), “a Lei de Planos de Saúde serve como instrumento essencial à preservação da dignidade da pessoa humana. Sua razão de ser é a tutela adequada da saúde da pessoa humana, tornando sua existência mais digna”.

No entanto, essa lei não trouxe apenas benefícios. Ela deixou para trás questões que levariam à dignidade ou tratou de outras que levam à indignidade. Afirma-se que o primeiro ponto questionado da lei foi o fato de ter suprimido a menção às Leis 8.078/90 e 8.080/90, ou seja, suprimiu a referência à Lei de Organização da Saúde e ao CDC, “dando a entender, em uma leitura apressada, que o setor privado estaria desobrigado ao cumprimento de seus preceitos gerais” (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359).

Outras duas impropriedades citadas pelos mesmos autores (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359 e seguintes) seriam a criação, sem guarida no campo da medicina, do conceito de doença preexistente – que não teria cobertura, em clara ofensa ao direito à saúde –, bem como o aumento de mensalidade por mudança de faixa etária, denotando intenção de retirada dos idosos dos planos de saúde dado o alto custo dos procedimentos por eles utilizados, além de ferir a isonomia, direito fundamental. Ao julgar o Recurso Especial nº 989.380 em 6 de novembro de 2008, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, proferiu decisão unânime, entendendo pela vedação dos reajustes das mensalidades em razão da mudança de faixa etária (STJ, 2008).

Em contraponto ao que a lei determinou – que, nesse ponto, em nada reflete os direitos fundamentais –, Vicente de Paulo Barretto (SARLET, 2003, p. 113), afirma que:

a dimensão social abarca toda a sociedade, desde o direito à segurança até o mínimo de bem-estar econômico, e materializa-se por meio da divisão da herança social, implicando na subordinação do preço de mercado à justiça social, na substituição da livre negociação por uma declaração de direitos.

Por fim, vale aqui também tecer comentários sobre a lei criadora da entidade reguladora das empresas de planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Segundo denota-se de seu artigo 3º, a ANS tem por finalidade “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto a suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”

Ou seja, apresenta-se o fato de que a prestação à saúde pelo setor privado é interesse público. Isso já leva à compreensão, de início, de todo o respeito a direitos fundamentais que devem ter as entidades privadas prestadoras de direito à saúde.

Apresentados nesse capítulo o mercado das empresas de planos de saúde no Brasil e toda a sua trajetória, a sua origem explica de forma clara a atual situação de desrespeito aos direitos fundamentais, pois essas empresas foram criadas visando ao lucro, em uma situação de fragilidade do Estado, atuando muitas vezes sem nenhuma regulamentação, que foi feita apenas na década de 90. A regulamentação, por sua vez, apresenta o caráter público da prestação da saúde pelos particulares e a preocupação por parte do Estado, que inclusive criou uma agência para regular o setor.

#### **4. Atuação das empresas de planos de saúde no modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito: efetividade do direito fundamental à saúde**

Vive-se hoje em um Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, a atuação das empresas operadoras de planos de saúde

deve estar em consonância com esse paradigma. Na seqüência deste trabalho, será possível saber como fazê-lo, mas antes é preciso ter uma noção do que se entende, no Brasil, por esse modelo de Estado.

Segundo o artigo 1º da Constituição federal de 1988, o Brasil é um “Estado Democrático de Direito”. Argumenta-se que “a expressão ‘Estado democrático de Direito’ foi cunhada pelo espanhol Elías Díaz que a empregou no livro *Estado de derecho y sociedad democrática*, como significado de transição para o socialismo” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 63).

No entanto, o sentido atual é completamente outro. Dalmo de Abreu Dallari (GRAU & GUERRA FILHO, 2001, p. 197), ao fazer uma crítica à visão atual formalista do Direito, dá uma idéia do que seria o Estado Democrático de Direito:

Em síntese, há uma visão puramente formalista do Direito, que não liga a expressão ‘Estado de Direito’ a um conteúdo ético, político e social, não tendo qualquer preocupação com a legitimidade do Direito, podendo-se dizer que, nessa perspectiva, não é pelo Direito que o Estado se legitima. O grande risco dessa posição, como a História tem demonstrado, é a aceitação ou a promoção de qualquer Direito, desde que este signifique o conjunto de formalidades por meio das quais o Estado desenvolve suas atividades, não importando se para promover a dignidade humana ou para praticar injustiças e garantir privilégios.

Da conclusão acima exposta pode-se entender que o referido doutrinador entende como Estado Democrático aquele com conteúdo ético, político e social, preocupado com a legitimidade do Direito, bem como com a promoção da dignidade humana e a inexistência de práticas injustas.

O conceito de Estado Democrático de Direito é, pois, de algo em permanente mutação, envolvido com os valores sociais e, como visto, objetivando a transformação social. Suas características remontam a ser ele um Estado de Direito, concretizador dos direitos indivi-

duais, sociais, em síntese, dos direitos humanos, que também se manifestam de forma coletiva, mas tudo dentro da democracia, da participação dos atores, dos destinatários da norma.

Da mesma forma que o Estado Liberal trouxe dentro de si a sua queda (criou massas de trabalhadores sem os devidos direitos sociais, explorados pela burguesia liberal), também o Estado Social acabou por plantar o seu fim, levando ao atual Estado Democrático de Direito. O fato é que, com a grande reivindicação de materialização de direitos pelo Estado, ele agigantou-se, produzindo o aumento da máquina pública e do Executivo, perdendo-se, muitas vezes, a noção de indivíduo em detrimento do coletivo, sem dar a devida importância à democracia.

De fato, os *Welfare States* acabaram por gerar ditaduras ao redor do mundo, situações em que os governantes, sob o argumento de garantia de direitos aos cidadãos, tomavam para si o poder do Estado, passando eles mesmos a dizer quais direitos a população reivindicava e esquecendo-se da representação popular.

Dada as atrocidades cometidas nessa época, após a Segunda Guerra Mundial surge nova gama de direitos a ser reivindicados, especialmente o de solidariedade, ao mesmo tempo em que emerge da realidade um clamor por democracia. Complementando, Fábio Konder Comparato (2004, p. 55) afirma que, após esse período compreendeu-se o valor da dignidade humana.

Segundo Eduardo Ritt (2002, p. 38), o Estado Democrático de Direito “surge na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a preocupação social”. E, mais adiante, na mesma página, completa que “ao assumir o perfil Democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, a transformação do *status quo*, numa constante reestruturação das próprias relações sociais”.

Na verdade, e até em função do acima declarado, pode-se falar atualmente em um Estado Democrático e Social de Direito, mas



não se fala aqui de uma retomada do Estado Social nos moldes estudados. Muito pelo contrário. Defende-se a idéia de que o surgimento do Estado Democrático de Direito não retira em nada o intervencionismo estatal com a função de garantia e proteção de direitos, especialmente direitos humanos. Nesse prisma é que haverá um toque entre as funções do Estado nos dois paradigmas. Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu (2004, p. 73):

[...] é claro que o princípio democrático havia sido acolhido nas concepções anteriores, porém, agora, procura-se fixar a participação popular nas decisões governamentais e o efetivo controle da Administração. Buscou-se substituir a idéia do Estado Legal – formalista – por uma idéia de Estado agregado aos ideais de Justiça. **O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser ainda Estado democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático.** Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei apenas em sentido formal. Hoje, portanto, fala-se em Estado democrático de Direito que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado democrático) e o da justiça material (Estado de Direito). [grifou-se]

Certo é que, no presente paradigma estudado, o Estado deve garantir direitos fundamentais, da mesma forma em que também deveria garantir no Estado Social. No entanto, a diferença está na participação dos atores no processo de garantia desses direitos.

É nesse contexto de Estado Democrático e Social de Direito que se vislumbra a atuação das empresas operadoras de planos de saúde. De fato, como ficou demonstrado no segundo capítulo do presente artigo, essas empresas atuam com direito humano e fundamental, de ampla conceituação e, ao fazer isso no Estado Democrático de Direito – que tem o escopo de perseguir a dignidade da pessoa humana, a justiça social e relações sociais sadias, conforme asseverado acima –, devem respeitar esse direito fundamental que é também o seu negócio.

Assim, tem grande importância a doutrina que defende o respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas, tal como a obra de Daniel Sarmento (2006). Apesar de esses direitos terem sido criados, em sua origem, para fazer frente às atrocidades cometidas pelo Estado ao cidadão, agora também podem ser vistos como direitos das partes nas relações privadas, quando há ou quando não há desigualdade de posições.

É a doutrina das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Vertical quando os direitos fundamentais são afirmados em face do Estado, visto como o “Leviatã”; e horizontal quando também nas relações particulares exige-se o respeito aos direitos fundamentais. No entanto, existe a eficácia imediata e mediata horizontal.

Na Alemanha, na década de sessenta, a posição foi de que não havia vinculação de particulares aos direitos fundamentais. Já nos Estados Unidos, a posição foi a mesma em um primeiro momento, mas posteriormente apresentou-se pela vinculação direta, quando o desempenho das atividades fosse de cunho estatal. No entanto, existe ainda a doutrina da eficácia imediata, segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam os particulares após serem realizados pelo legislador, admitindo a renúncia desses direitos em certas relações (TAVARES, 2007, p. 457).

Mas qual a opção correta, até mesmo para aplicação nas empresas prestadoras de direitos à saúde? Por meio da decisão proferida no Recurso Extraordinário 201.819 (STF, 2005), o Supremo Tribunal Federal passa um indício do que entende. Com efeito, em seu voto, o Ministro Celso de Mello entendeu pela vinculação direta ao dizer que:

É por essa razão que a autonomia privada — que encontra claras limitações de ordem jurídica — não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa

também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet também os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, recusando as teses que negam tal vinculação, pois no contexto do Estado Democrático de Direito não há como afastá-la (SARMENTO, 2006, p. 579). Além disso, em outra obra (SARLET, 2000, p. 155) esse mesmo autor assevera que a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos leva a uma maior intensidade na vinculação. E sua opinião parece ser pela eficácia horizontal direta:

[...] uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”. (SARLET, 2000, p. 147)

Não há como não se enxergar ou não querer fazê-lo: hoje as empresas operadoras de planos de saúde, no Brasil e no mundo, são multinacionais que viram na área da prestação de um direito humano, uma fonte inesgotável de lucro. A isso soma-se o fato de que, com o caos na rede pública de saúde, mais e mais pessoas procuram por um plano de saúde todos os anos.

Mas o cidadão, o indivíduo, é apenas um em um mar de lucro, capital, poderio econômico, o que, na maioria das vezes, leva a desigualdades nas relações privadas (de forma semelhante ao que ocorria e ocorre ainda hoje em face do Estado), que devem ser igualadas de forma a garantir prestação efetiva de direito fundamental e consequente dignidade da pessoa humana. Nas palavras, novamente, de Ingo Sarlet:

[...] também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela

qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2006, p.397)

E fazendo-se ligação com o direito do consumidor, Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 76) afirma que “a perspectiva de análise deixa de ser meramente contratualista diante da percepção da fragilidade do usuário-consumidor nas relações de consumo”.

Parece-nos claro, então, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode mais ser colocada de lado no Estado Democrático de Direito, já que ela é condizente com as suas diretrizes.

No entanto, não apenas quando há desigualdades devem ser respeitados os direitos fundamentais nas relações privadas. Ora, trata-se de direito à saúde, de humanidade e fundamentalidade aqui já demonstradas. Não se pode, então, verificar a questão como simples prestação de serviço, mas prestação de serviço fundamental para dignidade da pessoa humana, de forma que “[...] existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças [...]”. (SARMENTO, 2006, p. 245)

E mesmo adotando-se a teoria da vinculação indireta, a qual advoga a necessidade de legislação prévia para vinculação, há legislação suficiente para embasar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre empresas de planos de saúde e cidadãos (clientes). Exemplo disso é a legislação sobre planos de saúde determinando comportamento em casos nos quais se denota cumprimento de direito fundamental (conforme item 3 já visto, por exemplo, determinando a não discriminação).

Entretanto, a discussão sobre se a horizontalidade é direta ou indireta não cabe para as empresas operadoras de planos de saúde. A prestação dessas empresas é também direito de todos e obrigação do Estado, bem como serviço público, de cunho estatal. Seja qual for

a tese aplicada, sempre haverá o dever de a empresa prestadora de planos de saúde respeitar os direitos fundamentais.

Respeitando-se os direitos fundamentais na relação privada de saúde com seus clientes, estará a empresa de planos de saúde exercendo o seu papel de efetividade do direito fundamental à saúde dentro do Estado democrático de Direito, pois:

Em suma, a matéria enseja uma proteção efetiva, na medida em que algo em torno de 41.000.000 (quarenta e um milhões) de pessoas utilizam a medicina privada em nosso País. A relação consumidor/assistência médica privada não pode ser compreendida como uma relação estritamente mercantil. Os contratos firmados devem ser imperiosamente submetidos às normas de direito público. (ROCHA, 1999, p.77).

E, segundo Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 107):

os planos de saúde são instrumentos aptos a desempenhar papel fundamental na realização de princípios fundamentais constitucionais. A existência deles é capaz de permitir o exercício da dignidade pela pessoa humana, a proteção de sua saúde e vida.

Essa mesma autora completa que “é preciso que se compreenda, de uma vez por todas, que a razão de ser do plano de saúde é tornar possível e digna a vida humana e não, a vida humana ser utilizada como mero objeto do contrato” (OLIVEIRA, 2004, p. 107).

Por fim, é importante transcrever a sistematização, feita por Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 202), das razões para a validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

[...]

- os princípios jusfundamentais influenciam a interpretação e a formulação do direito privado;
- todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais;
- os direitos fundamentais são invocáveis e possuem condições de ser tutelados frente a terceiros;

- a autonomia privada há de ser amplamente respeitada, bem como sua proteção;
- há a exigência de se consolidar a proteção dos direitos fundamentais na medida em que a pessoa estiver sujeita à ação de alguma parte com poderes de regulação unilateral, prejudicando a autodeterminação pessoal;
- a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares é de natureza negativa, determinando a abstenção de atitudes opostas a eles.

Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 201) conclui que:

Nas sociedades heterogêneas e pluralistas existentes no globalizado mundo atual, há organizações, (mega) corporações que, de fato, põem em perigo as liberdades básicas da pessoa – sobretudo quando o discurso da livre iniciativa, da soberania de mercado e a conseqüente diminuição do Estado tornam-se dominantes. Portanto, diante dessas relações, embora entre particulares, exige-se da afirmação dos direitos fundamentais, sob pena de não se cumprir minimamente o que deles se espera: o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme se verificou, então, a atuação das empresas de planos de saúde no Estado Democrático de Direito deve ser de empresa respeitadora dos direitos fundamentais, garantindo a efetividade da prestação do direito à saúde e à conseqüente dignidade da pessoa humana.

## **5. Efetividade e dignidade da pessoa humana: estão as empresas de planos de saúde exercendo sua função?**

Até o presente momento, além de verificar a fundo o direito à saúde e a evolução do sistema de empresas de planos de saúde, identifica-se a relação dessas empresas com a necessidade de efetividade do direito fundamental à saúde. Mas, especificadamente, o que significaria efetivar um direito e conseqüentemente atingir a dignidade da pessoa humana?

Em primeiro lugar, cumpre dizer que o termo efetividade pode se confundir com o termo eficácia. A tentativa de diferenciá-las muitas vezes gera confusão e em nada esclarece seus sentidos, deixando dúvidas quanto ao conteúdo de ambas.

Nesse prisma é que se mostra importante a visão de Bruno Galindo (2006, p. 164-165), sistematizando o estudo. Para esse autor, há a validade, que se apresenta como gênero, da qual são espécies a vigência, a eficácia e a efetividade. Partindo desse pressuposto, segue com o conceito de cada espécie, e quanto à efetividade, afirma ser “[...] uma validade de terceiro grau, pressupondo a vigência e a eficácia e consistindo na realização prática da norma jurídica”. Já a eficácia seria a possibilidade de exigibilidade da norma imediatamente. Essa visão não destoa de forma geral da maioria da doutrina afirmada pelo citado autor e é exatamente o conceito utilizado para a análise do papel das operadoras de planos de saúde na efetividade do direito fundamental à saúde.

Especificamente quanto à efetividade do direito à saúde, Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 93) afirma que “a efetividade do direito à saúde tem de passar inquestionavelmente pela materialização e pelo exercício da cidadania com fundamento na vida com dignidade da pessoa humana.”

Mas o que as empresas de planos de saúde poderiam fazer para cumprir seu papel de efetivação do direito humano à saúde? Essa resposta, também dada por Júlio César de Sá Rocha (1999, p.76), por ele chamada de “responsabilidade dos planos de saúde”, é exatamente o cumprimento do que se entende pelo termo “saúde” e o devido respeito à legislação posta. Segundo ele:

A assistência à saúde, segundo a Lei n. 9.656/98, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença, à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde.

[...]

A responsabilidade da empresa pode surgir por dano material, moral ou à imagem do usuário, em decorrência da ação ou omissão dos

agentes, prestadores de serviço, profissionais de saúde, na condição de contratados ou credenciados dos planos ou seguros privados. É vedado:

- a) impedir consumidor em razão da idade ou de pessoa portadora de deficiência de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde (art. 14);
- b) reduzir a cobertura assistencial em decorrência de ato unilateral da seguradora (art. 12, caput);
- c) ausentar de cobertura de atendimento nos casos de emergência e de urgência (art. 12 §2º);
- d) excluir da cobertura as doenças e lesões preexistentes à data da contratação do plano após vinte e quatro meses de vigência do instrumento contratual (art. 11, caput).

Então, bastam o cumprimento da legislação, o respeito ao direito da saúde como direito humano e a compreensão da amplitude e importância da expressão. Nesse contexto é que a efetividade do direito à saúde por parte das empresas privadas prestadoras desse direito leva à dignidade da pessoa humana.

Mas mais uma vez é preciso conceituar o termo vago. Afinal, o que significa essa expressão? De acordo com Gustavo Binenbojm (TORRES, 2002, p. 236) “[...] a concepção de bem e de vida digna tem uma dimensão comunitária, constitutiva da própria identidade dos indivíduos [...]”

Também conceituando essa expressão, Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 197 e 198), afirma que “pensamos naquela absoluta e indisponível ética do ser humano real...” e, citando Canotilho, expõe fatores componentes densificadores do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...]

- a igualdade perante o Direito;
- a consolidação da integridade física e espiritual do homem como categoria irrenunciável;
- a potencialização do desenvolvimento da personalidade, salvaguardando a identidade e a integridade da pessoa;



- a consolidação de instrumentos de sociabilidade;
- vinculação estrutural e substantiva dos poderes públicos ao Estado de Direito.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana faz parte da própria identidade do indivíduo. Ela se transmuda em direitos garantidos, que devem ser efetivados, bem como remonta a toda uma integridade física, moral e espiritual do ser humano. Em resumo, a efetividade da saúde é vista como a mais alta expressão do bem-estar físico e moral para se chegar à dignidade, e essa dignidade, ao mesmo tempo, também corresponde ao completo bem-estar físico e moral. Ambos os conceitos se completam, e parecem até mesmo se confundir.

Ocorre que, conforme amplamente noticiado pela mídia – tal como a Revista Veja na coluna Medicina de 1997 (BRASIL & SANTA CRUZ, 1997) e no site da Infonet (DENGUE, 2008) –, as empresas de planos de saúde não estão atuando segundo a sua também função de efetividade do direito fundamental à saúde.

Importante dizer que esse fato em muito se relaciona com os direitos do consumidor porque, ao desrespeitar os direitos do consumidor, as empresas de planos de saúde desrespeitarão também o direito fundamental à saúde e contribuirão tanto para sua inefetividade quanto para a indignidade da pessoa.

Os problemas são muitos e vão desde a falta de cobertura de tratamentos contidos no contrato até carências abusivas e aumentos também abusivos de mensalidades, o que, conforme já visto, não pode ser feito pelas empresas. Segundo o IDEC — Instituto de Defesa do Consumidor (2008):

Grande quantidade de reclamações dos usuários motivam o Idec a manter essa ofensiva contra os abusos dos planos de saúde. Só nos anos de 1999 e 2000, foram atendidas mais de 5 mil consultas/reclamações, liderando o ranking de consultas ao setor de atendimento do Idec. Em 1990, foi ajuizada a primeira ação judicial do Idec contra empresa desse segmento, que hoje já ultrapassaram 50, questionando

especialmente aumentos abusivos das mensalidades, aumentos por mudança de faixa etária e aumentos “por sinistralidade”.

Só em 2004, o IDEC ajuizou 3 ações civis públicas, tendo obtido liminar em todas elas, para garantir que o reajuste anual das mensalidades dos contratos firmados até dezembro de 1998, da Medial Saúde, Saúde ABC e Porto Seguro não ultrapassassem os limites fixados pela ANS (11,75%). A ação movida contra a Medial resultou em acordo, onde ficou estipulado que os índices aplicados seriam aqueles fixados nos contratos.

Nesse mesmo prisma, afirma-se o descaso com a saúde, por exemplo, por meio de reajustes de mensalidades sem critérios legítimos e por meio da Resolução 68 da ANS que excluiu tratamentos essenciais garantidores da saúde e da vida (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 362 e 367). Amanda Flávio de Oliveira também cita Resoluções Normativas de números 63 e 64 que não vislumbraram a proteção da saúde humana, demonstrando que as empresas de planos de saúde, mesmo subordinadas à fiscalização da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, continuam desrespeitando o direito fundamental à saúde. Afirma a referida autora (OLIVEIRA, 2004, P.102 e 111) que:

[...] A criação, no ano 2000, de uma agência reguladora para o setor, a Agência Nacional de Saúde (ANS), também não foi capaz de diminuir os conflitos que ainda se apresentam.

[...] Passados cinco anos da vigência da lei específica e quatro anos da implementação da agência reguladora do setor, percebe-se, claramente, que os **abusos persistem. Os planos de saúde seguem sendo um dos campeões de reclamação nos PROCON de todo o país.**

[...] **Também no âmbito do Poder Judiciário, pode-se perceber um aumento considerável e demandas envolvendo essas questões.** (grifou-se)

Quanto a esse tema, inclusive, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p.90) afirma que, negando-se os direitos fundamentais, será negada a

própria dignidade ao indivíduo. Ou seja, negando-se os direitos à saúde – que se tornam dever das empresas operadoras pela assinatura do contrato – será negada efetividade à prestação da saúde, direito fundamental e humano. O IDEC (2008) mais uma vez afirma de forma categórica a intenção apenas de lucro das empresas operadoras de planos de saúde:

Por outro lado, nem mesmo aqueles cidadãos que possuem planos de saúde, arcando com os altos preços das mensalidades, conseguem a garantia de assistência satisfatória, já que, objetivando o maior lucro, as empresas desse setor impõem limitações (muitas delas recusam-se a tratar diversas doenças e a cobrir os procedimentos mais custosos) e dificuldades até mesmo ilegais aos consumidores.

Esse mesmo órgão (IDEC, 2008) apresenta inclusive o relato da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, sobre as empresas de planos de saúde:

O balanço geral da CPI registrou algumas conquistas, mas ainda muito tímidas para garantir a efetiva proteção do consumidor. Entre as boas medidas podemos citar as recomendações dos parlamentares à ANS para que seja adotada uma política que permita a redução progressiva do reajuste máximo admitido entre a primeira e a última faixa etária dos planos; e para que sejam criados mecanismos de desconto nos reajustes por faixa etária proporcionais ao tempo de plano do usuário. Além disso, o relatório da CPI também recomendou à ANS que se estabeleça uma política de reajuste mais transparente, assim como a adoção de maior rigor na fiscalização.

Assim, verifica-se que há fortes indícios de que as empresas operadoras de planos de saúde não estão cumprindo o seu papel de efetividade do direito fundamental e humano à saúde, levando muitas vezes à indignidade da pessoa humana. O que pode ser verificada é uma atenção máxima ao lucro, até mesmo pelo neoliberalismo vivido no mundo atual globalizado.

Nas palavras de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 30), “[...]”

a globalização econômica vem prevalecendo em virtude de um capitalismo que precisa de novos mercados e que conseguiu, de certo modo, aniquilar os obstáculos externos ao regime”. Esse mesmo autor (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 34) continua afirmando que:

Apesar de visualizar todos esses aspectos negativos da mundialização, deve-se tentar construir alternativas viáveis a fim de impedir que essa estranha ditadura não continue a ficar imune de qualquer controle e a impor flagrantes violações aos direitos fundamentais dos cidadãos.

De fato algo deve ser feito, para, de forma inequívoca, acabar com os “efeitos colaterais” da globalização sobre os direitos humanos. Nesse sentido é que se torna extremamente importante a visão de Stephen Livingstone citado por Flávia Piovesan (2002, p. 69) trazendo três estratégias: “[...] a) condicionar empréstimo internacional a compromissos em direitos humanos; b) usar sanções comerciais c) encorajar empresas a adotarem códigos de direitos humanos relativos às atividades de comércio e investimento.”

E a necessidade de imposição de valores humanos aos entes privados globalizados parece também ser a visão de Antônio Rodrigues de Freitas Júnior (PIOVESAN, 2002, p. 116), que conclui que:

Para além das normas de proteção mínima em nível supranacional, a crescente expansão de ‘códigos de conduta’ empresariais que, além da tradicional função antes desempenhada pelos regulamentos de pessoal, tencionam conferir, à cultura institucional das empresas, parâmetros de ‘dignidade’, agregando-lhes valor ante consumidores, *dealers*, entes não governamentais e agentes públicos.

Nesse contexto, muito importante também é a opinião de Lúcia Bahia(2001), segundo a qual “[...] os desafios para transformar a regulação do mercado de planos em um processo voltado à melhoria das condições de saúde, implicam a ampliação da agenda de debates sobre as relações entre o público e o privado na saúde.”

Isso deve ser feito para que um direito fundamental e humano não fique refém do capital. Frisa-se que não se está aqui tentando eliminar todo o tipo de lucro das empresas. Muito pelo contrário. O lucro é importante para que elas continuem suas atividades e ajudem a abarcar toda a demanda por assistência à saúde. Sozinho, o setor público provavelmente acabaria em colapso e levaria a uma maior inefetividade na prestação do direito à saúde. Retirar toda a iniciativa privada das empresas, em prol da já estudada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seria, no mínimo, praticar um ato irresponsável. O que se deve buscar é o equilíbrio.

É preciso recordar que o setor privado de prestação da saúde não atende aos princípios da universalidade, integralidade e igualdade de assistência conforme acontece na área pública. A cobertura prestada pelas empresas operadoras de planos de saúde ocorrerá para os seus beneficiários, e dentro dos limites contratados.

Assim, o que se pretende com o papel dessas empresas de efetivação do direito à saúde é exatamente o respeito aos planos contratados e a inexistência de manobras escusas e mascaradoras, que levem à inefetividade e indignidade.

A intenção é simplesmente chamar atenção para o fato de que, prestando direito fundamental, as operadoras não apenas realizam um negócio, mas um negócio relacionado a vidas humanas, precisando tomar consciência de seu papel social.

## **6. Conclusão: um longo caminho na busca do equilíbrio entre capital e direito humano à saúde**

Conforme evidenciado durante o presente artigo, o direito à saúde no Brasil apresenta-se sob duas frentes: a pública e a privada, sendo que nessa última é de suma importância o papel das empresas operadoras de planos de saúde, como complemento da prestação desse direito fundamental e humano.

Nesse prisma, considerando que o direito à saúde deve ser entendido da forma mais ampla possível e entendendo-se pela fundamentalidade e humanidade desse direito, a atuação dos planos de saúde não pode ser apenas de empresas que prestam um serviço visando ao lucro.

Viu-se que as empresas operadoras de planos de saúde no Brasil foram criadas com objetivo de lucro, e pelo temor dos cidadãos em relação à baixa qualidade da prestação da saúde pelo poder público. Durante muito tempo, não houve uma legislação específica nem mesmo uma devida regulação desse mercado tão importante para a dignidade humana. No entanto, foram editadas a lei nº 9656/98 – que regulamentou a atividade – e a lei nº 9961/2000 – que criou a ANS, agência reguladora da prestação dos serviços de saúde privados, também classificados como serviços públicos de direitos fundamentais.

Esses dispositivos demonstram desde logo o interesse público na prestação da saúde, a fundamentalidade e necessidade de efetivação, levando dignidade às pessoas.

Também no Estado Social e Democrático de Direito em que se vive, não há mais que se falar em respeito a direitos fundamentais apenas em relação ao Estado, pois passou-se do momento em que tais direitos eram garantias frente a Estados totalitários e não respeitadores de direitos individuais e sociais. O fenômeno chamado globalização trouxe empresas multinacionais e prestadoras de direitos fundamentais, as quais, muitas vezes, esquecem-se desse papel.

A doutrina do respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas se torna uma aliada para se demonstrar o papel das empresas de planos de saúde na efetividade desse direito fundamental, já que afirma ser necessário o respeito dos direitos fundamentais também nas relações privadas.

É de suma importância que medidas sejam tomadas para que o direito à saúde não fique mais refém da globalização. Entes priva-

dos multinacionais devem ter, em sua concepção, a noção de respeito aos direitos humanos, de que também nas relações privadas entre empresas ou entre essas e indivíduos devem ser respeitados os direitos fundamentais, sendo imperiosa a existência de medidas de coerção internacional para isso. As doutrinas defensoras dessa eficácia horizontal dos direitos fundamentais são de máxima importância.

E não apenas isso: além de envidar esforços no sentido da busca pela efetividade do direito à saúde – o que leva à efetividade da dignidade da pessoa humana – as empresas de planos de saúde devem respeitar os direitos fundamentais; elas devem compreender esse seu papel e aplicá-lo na prática, mas o que se vê atualmente na prática é um quadro de descaso.

É claro que não se pode esquecer de que as operadoras de planos de saúde são empresas, que têm o lucro como fim. Não se prega, aqui, o abandono ao lucro. Se assim fosse, as empresas de planos de saúde parariam de prestar os seus serviços e a saúde pública brasileira não conseguiria arcar com a demanda. No entanto, o que se vê na realidade é a falta de um mínimo de respeito aos direitos fundamentais.

É preciso apenas que não se deixe o lucro se sobrepor à fundamentalidade do negócio prestado em prejuízo à efetividade da prestação da saúde – essa sim, papel da operadoras –, sob pena de se comercializarem vidas. É tarefa difícil equilibrar esses dois lados e está-se muito longe de uma solução definitiva, mas deve-se começar a envidar esforços para que as empresas desenvolvam seu papel de dar efetividade do direito fundamental à saúde e para que o capitalismo não acabe por frear a fundamentalidade e a busca pela efetividade desse direito.

## **7. Referências**

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAHIA, Lúcia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em 09 nov. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 04 jun. 1998.

BRASIL, Sandra; SANTA CRUZ, Angélica. Em busca da cura paga. Veja. [S.l]. 20 out. 1997. Disponível em: “[http://veja.abril.com.br/221097/p\\_102.html](http://veja.abril.com.br/221097/p_102.html)”. Acesso em: 14 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Hucitec, 1995.

\_\_\_\_\_. O direito à saúde. 1988. Disponível em:



[http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci\\_arttext&tlng=ptpt](http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci_arttext&tlng=ptpt). Acesso em 09 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Direito Sanitário. In: Brasil.Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde.Direito Sanitário e Saúde Pública. Vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DENGUE e os planos de saúde. Infonet, [S.I.]. 5 mai. 2008. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/saude/ler.asp?id=72812&titulo=claudionunes>. Acesso em: 14 nov. 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.Estado de direito e constituição. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.).Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.São Paulo: Max Limonad, 2002.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

GREGORI, Maria Stella. A Saúde Suplementar no Contexto do Estado Regulador Brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. [S.I], ano 15, n. 59, p. 109-126, jul.-set. 2006.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Vitórias: planos de saúde. [2008?].Disponível em: <http://www.idec.org.br/vitorias.asp?id=36>. Acesso em 09 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Áreas de atuação: planos de saúde. [2008?]. Disponível em: [http://www.idec.org.br/areas\\_categoria.asp?categoria=10](http://www.idec.org.br/areas_categoria.asp?categoria=10). Acesso em 09 nov. 2008.

MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Jurisdição e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. Revista de Direito do Consumidor. [S.l], ano 13, n. 51, p. 101-111, jul.-set. 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php). Acesso em 14 nov. 2008.

OMS — ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf). Acesso em 14 nov. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Júlio de Sá da. Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karina; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência Privada à saúde: Regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006, p. 64. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20201819.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20201819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20201819.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20201819.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 14 nov. 2008.

STJ, REsp 989380/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/11/08. Disponível em <http://www.stj.gov.br/livraoweb/jsp/mainPage.jsp?seqiteor=836062>. Acesso em 14 nov. 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 15, n.58, p.221-234, jan.-mar. 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**PROPRIEDADE  
INTELECTUAL**



**ASPECTOS LEGAIS RELATIVOS À  
CO-TITULARIDADE DE INVENÇÕES: O CÓDIGO  
CIVIL E A LEI DE INOVAÇÃO EM PERSPECTIVA**

**LEGAL ASPECTS RELATED TO THE JOINT OWNERSHIP OF  
INVENTIONS: THE CIVIL CODE AND THE INNOVATION LAW  
UNDER PERSPECTIVA**

*José Carlos Vaz e Dias*

*Resumo:* Este artigo aborda aspectos jurídicos e controversos relativos à propriedade conjunta de obras intelectuais protegidas pelo direito da propriedade intelectual, tais como as lacunas existentes nas leis civis e de propriedade intelectual. Atenção especial será concedida à propriedade conjunta das criações resultantes de parcerias estratégicas de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica, conforme promovidas pela Lei da Inovação. A relevância nesta abordagem decorre dos possíveis conflitos entre os partícipes das parcerias estratégicas, pois as leis da propriedade intelectual e a Lei de Inovação não detalham os direitos e obrigações decorrentes desta co-propriedade. Portanto, diversos conflitos podem ser verificados neste relacionamento contratual.

*Palavras-chave:* Direito da Propriedade Intelectual. Co-Propriedade de Direitos. Condomínio Geral. Patente. Lei de Inovação e Acordos de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica (PD&I).

*Abstract:* This article encompasses legal and controversial

matters related to the joint property of intellectual works protected by intellectual property rights, such as those referred to the existing loopholes in the civil laws and intellectual property Law. A special attention will be granted to the joint property resulting from the strategic alliance for the research, development and technological innovation, as provided by the Innovation Law. The importance of addressing these matters derive from possible conflicts between the parties of the strategic alliances involving the property of the creations, since the intellectual property laws and the Innovation Law do not detail the rights and obligations of joint property. Therefore, diverse conflicts may be verified in the contractual relationship.

*Keywords:* Intellectual Property Rights. Joint Property. General Condominium. Patents. Innovation Law and Agreements of Research, Development and Technological Innovation (PD&I).

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito da Propriedade Intelectual como Efetivo Direito de Propriedade. Relevância e Peculiaridades desse Enquadramento. 3. A Lei de Inovação e o Regramento sobre a Titularidade Conjunta das Inovações Tecnológicas: Lacunas, Controvérsias e Possíveis Soluções. 3.1 Questões Gerais da Co-Propriedade no Direito Civil e a Possibilidade de Utilização desse Regramento nos Contratos de Parceria Tecnológica. 3.2 Questões Gerais da Co-Propriedade no Direito Autoral. 4. A Falta de Regramento da Co-Propriedade nos Acordos de PDEI e as Controvérsias sobre a Lei Aplicável Para Regeer os Direitos e Obrigações dos Consortes: A Lei de Inovação em Perspectiva. 5. Abordagem Sobre Questões Jurídicas Relacionadas à Co-Propriedade de Direitos na Lei de Inovação Comumente Apresentadas por Sociedades Empresárias. 5. Pontos Conclusivos. 7. Referências Bibliográficas.*

## **1. Introdução**

Com a vigência da Lei nº 10.973, em 02 de dezembro de 2004 (“Lei de Inovação”), diversas sociedades empresárias passaram a exa-

minar e compreender o arcabouço jurídico relativo ao Sistema de Inovação, que promove a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico. O objetivo é entender as peculiaridades das leis federais, decretos, portarias ministeriais e leis estaduais que regulamentam o Sistema de Inovação, bem como buscar benefícios fiscais para investir em parcerias celebradas com instituições públicas de pesquisa.

A compreensão do arcabouço jurídico relativo ao Sistema de Inovação torna-se fundamental também, em vista das instituições públicas de pesquisa e universidades estarem se aprimorando, por meio dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs). Esses NITs foram criados com a finalidade de gerir a política de inovação dessas instituições e têm disponibilizado especialistas na área de inovação tecnológica, incluindo advogados e economistas, e orientado as universidades e pesquisadores no processo de negociação de parcerias. O objetivo dos NITs é maximizar os benefícios destas parcerias e garantir às universidades e pesquisadores uma maior participação nos lucros auferidos na comercialização das criações resultantes da parceria tecnológica.

Ainda, o Estado Brasileiro tem reduzido substancialmente a sua presença nestas parcerias tecnológicas, fazendo prevalecer o poder de barganha e a preparação das partes nas negociações empresariais.

Nesta perspectiva, constitui aspecto jurídico relevante a discussão e a definição da forma como se efetiva a proteção das invenções tecnológicas e a titularidade de direitos, decorrentes de parcerias e do desenvolvimento tecnológico entre sociedades empresárias e instituições públicas de pesquisa.

O grande interesse em abordar a questão da titularidade e do compartilhamento patrimonial das invenções tecnológicas oriundos dos projetos de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) decorre da ausência de lei específica sobre o assunto ou o regramento compreensivo e adequado na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (lei da propriedade industrial). Essa situação jurídica é agravada pela ine-



xistência de jurisprudência sobre a matéria e pela tentativa da doutrina em regulamentar a co-titularidade ou titularidade conjunta de direitos, por meio de institutos similares, tais como aqueles presentes no Capítulo VI “DO CONDOMÍNIO GERAL” ou no Direito Autoral.

Observa-se que a adoção de regras de cada instituto, CONDOMÍNIO GERAL ou CO-PROPRIEDADE DE OBRA AUTORAL, aos desenvolvimentos de tecnologia produz efeitos diferentes e peculiares aos titulares, que podem ser agravados quando envolver a Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 e o Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005). Ressalta-se que o referido Decreto nº 5.563/2005 é marcado pela obscuridade no tocante às regras de determinação de co-titularidade e repartição de lucros, o que pode interferir negativamente no desenvolvimento tecnológico obtido pela pesquisa conjunta.

O presente artigo abordará o arcabouço jurídico que regula a propriedade conjunta de invenções tecnológicas protegidas ou não por patente, decorrente principalmente dos Acordos de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica (Acordos de PD&I), bem como examinará as peculiaridades da co-propriedade de invenções. As diferenças, possíveis conflitos entre as leis aplicáveis à co-titularidade de direitos (regras do Código Civil e leis autorais) bem como os impactos às partes contratantes de parcerias tecnológicas também serão também analisados.

Neste raciocínio, é relevante realizar reflexões sobre mecanismos jurídicos e estratégias que possam solucionar as lacunas existentes na Lei de Inovação e nas leis da propriedade intelectual no tocante à co-propriedade de criações resultantes das parcerias tecnológicas reguladas pela Lei de Inovação. Dentre esses mecanismos a serem abordados está a estipulação de regras extensivas sobre a propriedade de direitos, a exploração do desenvolvimento tecnológico e percepção pecuniária já no contrato de parceria, não obstante o fato de inexistir nesta fase qualquer desenvolvimento, pois as pesquisas estão em andamento.

Por fim, o presente artigo responderá também algumas indagações sobre o tratamento da co-propriedade de direitos pela Lei de Inovação, que são freqüentemente apresentadas pelas sociedades empresárias durante o processo de negociação para a assinatura dos Acordos de PD&I, quais sejam:

**1) *É correto afirmar que, na prática, não existe diferença no fato de uma sociedade empresária ter 1/3 da titularidade, da titularidade ou 2/3 da titularidade? Em caso negativo, quais seriam as situações em que se notariam diferenças entre diferenças na proporção da titularidade? Também em caso negativo, quais as ressalvas/cuidados a serem tomados na elaboração do contrato?***

**2) *É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de exploração da invenção, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares?***

**3) *É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de agir em defesa da patente, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares?***

**4) *É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente depende da anuência dos demais co-titulares para conceder licença para que terceiros explorem a invenção ou para transferir titularidade para terceiros?***

**5) *É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de impedir que terceiros comercializem produtos cobertos pela patente, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares?***

Para alcançar os objetivos acima especificados, bem como responder às indagações selecionadas sobre os efeitos da co-propriedade

de de invenções tecnológicas desenvolvidas por parcerias entre sociedades empresárias e instituições públicas de pesquisa, adotou-se a racionalidade jurídica exigida para o exame do exercício dos “Direitos das Coisas e dos Micro-sistemas de Propriedade”. Essa racionalidade ocorre por meio de análise da natureza jurídica do direito que protege as criações intelectuais e, posteriormente, pela abordagem das questões relativas ao exercício desses direitos por seus titulares. Com isso, o quadro jurídico para o tratamento da co-titularidade de invenções tecnológicas será melhor vislumbrado, bem como serão abordadas as suas peculiaridades, incluindo a repartição patrimonial.

## **2. O Direito da Propriedade Intelectual como Efetivo Direito de Propriedade. Relevância e Peculiaridades desse Enquadramento.**

Durante os primeiros 50 anos do século XX, as discussões na área do direito da propriedade intelectual centraram na determinação de sua natureza jurídica. O âmago das discussões naquela época era encontrar a melhor entre as diversas teorias que justificasse o sistema de proteção às criações intelectuais, principalmente a manutenção do sistema de patente. Isso porque, durante o final do século XIX, a Europa foi atingida por uma onda de liberalização econômica que objetivava romper todas as amarras comerciais e monopólios existentes para a promoção do comércio internacional.

Considerado precipuamente como um monopólio, o regime da propriedade intelectual, principalmente o sistema de patente, foi acusado pelos líderes do “Movimento de Livre Comércio” como restritivo ao comércio internacional.<sup>1</sup> O resultado foi a abolição do sistema de patentes em diversos países, tais como a Holanda e a Suíça. Para cessar ou diminuir os ataques ao sistema de proteção às criações

---

1 PENROSE, Edith. *The Economics of the International Patent System*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1951, p. 14-17; 23-25.

intelectuais, foram criadas teorias jurídicas e econômicas que ressaltassem a relevância da Propriedade Intelectual. Ainda, buscou-se enquadrar o direito da propriedade intelectual como um “complexo sistema de valores” marcado por normas reguladoras de condutas e que definidoras dos limites à liberdade de cada pessoa, tal como ocorre nos bens passíveis de propriedade.

Por esta razão, entendia-se àquela época que as intermináveis discussões jurídicas e econômicas<sup>2</sup> sobre a natureza do direito regulador das criações intelectuais não passavam de divagações tendenciosas e ociosas da academia<sup>3</sup>, sem qualquer efeito prático. Aliás, neste ponto, salienta-se que o entendimento predominante dos juristas era no sentido de inexistir efetivamente qualquer razão prática para essas contendas, pois sendo este regime de proteção às criações amparado integralmente por leis especiais, o exercício pleno das faculdades patrimoniais para os titulares era assegurado, independentemente da natureza jurídica do direito envolvido.<sup>4</sup>

Não obstante este entendimento, é reconhecido na doutrina dos direitos civis que definir a natureza desses direitos intelectuais não é matéria puramente acadêmica, na medida em que a natureza jurídica releva a maneira de relacionamento entre as pessoas e as coisas ou bens jurídicos envolvidos, bem como possibilita uma interpre-

---

2 Dentre as principais teorias econômicas que foram apresentadas pelo grupo defensor dos direitos da propriedade intelectual estão: (a) Teoria da Recompensa pelo Monopólio; (b) Teoria da Eficiência Econômica do Sistema de Patentes; (c) Teoria da Segurança Estatal aos Direitos Intelectuais; (d) Teoria dos Benefícios Econômicos e Sociais do Sistema de Patentes; (e) Teoria Natural dos Direitos Proprietários; (f) Teoria do Contrato Social (Disclosing Secrets Theory) e (g) a Teoria do Incentivo à Lucratividade. As discussões destas teorias extrapolam o estudo do presente parecer. Veja PENROSE, op. cit. 1, nas páginas 19 a 23.

3 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 1 V. p. 70-77.

4 Dentre as teorias jurídicas que procuram definir a natureza jurídica do direito da propriedade intelectual, podem ser mencionadas as seguintes: (a) Teoria do direito pessoal-patrimonial; (b) Teoria da Propriedade de caráter especial; (c) Teoria da Propriedade; (d) Teoria do Direito Natural.

tação adequada de regras em discussões e uma clareza na aplicação analógica de outras leis, que regem direitos afins. Esses objetivos não seriam possíveis de atendimento se não se conhecesse o devido conteúdo desse direito.

Em consonância com esses argumentos, a determinação da natureza jurídica de um direito permite que o legislador assegure uma regulamentação correta seguindo o seu credenciamento legal. Daí justifica-se a necessidade de definir a natureza jurídica de institutos do direito.

Diante das acirradas discussões envolvendo as teorias determinantes da natureza jurídica dos direitos que regem os bens intelectuais, concluiu-se (por serem mais adequados) que estes direitos devem ser chamados de **propriedade intelectual**. Isso significa equiparar os direitos intelectuais aos direitos reais e permitir que os conceitos e efeitos do Direito Civil possam ser utilizados, logicamente com a cautela necessária e exigida aos bens intangíveis, imateriais e decorrentes da criação humana.

Entende-se neste ponto que a necessidade de determinação da natureza jurídica ganha relevo atual e assume contornos práticos, pois o enquadramento correto do instituto das patentes permite aos advogados recorrerem ao método de integração das normas jurídicas de institutos similares para preencher lacunas na lei ou previsão legislativa inadequada, como parece ser o caso da co-titularidade de direitos da propriedade industrial e como será abordado oportunamente.

Além disso, espera-se que a terminologia jurídica seja exata e rigorosa para permitir o adequado desenvolvimento científico da disciplina, bem como a compreensão da matéria pelos assessores dos legisladores para dar-lhe uma regulamentação adequada, conforme a natureza jurídica do assunto envolvido.

Já se pode indagar aqui qual seria a estrutura e os elementos fundamentais dos direitos imateriais que os levam a ter a natureza real e a classificá-los efetivamente como **propriedade** intelectual,

pois o instituto da propriedade sobre as coisas prende-se doutrinariamente no desenvolvimento do direito romano. A propriedade no Império Romano foi individualizada e hermeticamente analisada, sendo inconcebível a titularidade por uma pessoa e a exclusão do puro resultado da criação humana, vez que esta se caracteriza por ser incorpórea e carecer de materialidade necessária para estabelecer a relação jurídica entre o inventor e a sua criação intelectual.

Não obstante esta concepção primária do direito romano, deve-se relevar o fato de inexistir um conceito inflexível para o direito de propriedade que permite a inclusão de novos bens jurídicos passíveis de uma relação proprietária e exclusiva. Neste ponto, salienta-se que mesmo na Antiga Roma, o conceito de propriedade foi influenciado por decisões na política e, portanto, modificadas pelos novos usos, por necessidades de manutenção do poder político pelas elites do Império e pelos jurisconsultos que elaboraram novas técnicas e inseriram novos institutos jurídicos, tais como o *traditio* e o *in iure cessio*.<sup>5</sup> Dessa forma, inexistente vedação para a ampliação do conceito de propriedade, conforme exigido pelas relações sociais e econômicas de uma determinada época, incluindo a inserção de novos bens jurídicos que não necessariamente se enquadram na estrutura jurídica “pura” da concepção romanística da propriedade. Esse entendimento encontra-se talvez melhor expresso, nas palavras de nosso jurista Caio Mário<sup>6</sup>, como segue:

---

5 Conforme Caio Mário da Silva Pereira, o desenvolvimento da propriedade no direito romano não foi linear, mas mesclado por necessidades políticas e pela reafirmação de domínio de outros povos. Como exemplo, este autor retrata o seguinte: “Somente o cidadão romano poderia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada. E a técnica da aquisição — *mancipatio* — um cerimonial tipicamente romano, restringia o fenômeno e limitava o domínio *ex iure quiritium*. Mais tarde estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliou-se o fenômeno e limitava o domínio *ex iure quiritium*.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 4 V, p. 82.

6 PEREIRA, op. cit. 5. p. 84.

*“A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que esse reconhece ao **dominus** o poder sobre a coisa; é exato que se o domínio enfeixa os mesmos atributos originários — **ius utendi, fruendi et abutendi**. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções.”*

Nesta perspectiva, o enquadramento do direito inerente às concepções intelectuais em direito da propriedade intelectual não fere a doutrina dos direitos reais, pois a relação jurídica entre o autor/criador e a sua criação intelectual é similar àquela que rege o proprietário e o bem jurídico corpóreo, porquanto a natureza da relação recai mediata e diretamente sobre um bem jurídico, havendo a peculiaridade, no entanto, de o bem envolvido ser imaterial e intelectual.

Aliás, tal peculiaridade é devidamente regulamentada por leis especiais, tal como a Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial) e a Lei nº 9.610/98<sup>7</sup> (Lei Autoral), que estabelecem o modo de aquisição e exercício, incluindo a limitação do bem jurídico no tempo e no espaço.

Para determinar a noção proprietária sobre os direitos intelectuais, devem-se estabelecer os contornos elementares da propriedade privada, que relevam 4 (quatro) aspectos estruturais, quais sejam:

A) **Objeto do Direito da Propriedade Intelectual** – Por ser o direito da propriedade um “direito civil patrimonial”, este regula relações de conteúdo econômico e exige sempre que o objeto do direito ou da relação jurídica seja um bem jurídico.

---

7 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.”

Os bens jurídicos são tudo que possui um valor satisfativo da vontade humana e/ou que podem ser economicamente apreciáveis, sejam eles bens materiais ou imateriais. Pela sua valoração patrimonial e por acarretarem um aumento ao patrimônio de seu titular, estes bens merecem um amparo da ordem jurídica nacional e podem ser considerados bens de propriedade.

Nesta perspectiva, entende-se que as criações intelectuais podem ser incluídas no rol dos bens jurídicos passíveis da relação jurídica entre as pessoas e os bens. Se analisarmos o desenvolvimento social e econômico humano, pode-se observar que este está intrinsecamente relacionado à capacidade inventiva do homem, sendo, aliás, largamente utilizada para diminuir o impacto das adversidades naturais na perpetuação humana. Um exemplo clássico é o uso da tecnologia nos meios de transporte, que reduziu significativamente o tempo das viagens de cargas e pessoas, e permitiu que as pessoas pudessem usufruir de maneira mais adequada o tempo que antes era despendido em longos e cansativos traslados.

Outrossim, a adoção de novas técnicas aplicadas aos meios de produção (insumos, trabalho e capital) torna estes mais eficazes, o que aumenta conseqüentemente a competitividade das sociedades empresárias, bem como reflete na precificação e qualidade do produto disponibilizado para o público.

Mesmo no caso das criações intelectuais sem aplicação direta na indústria e comércio, constata-se recentemente que estas se tornaram importantes instrumentos de transações internacionais e verdadeiros ativos empresariais que podem determinar o sucesso e a lucratividade das sociedades empresárias.

Isso é o que ocorre com a comercialização de músicas, livros e obras de arte que geram rendimentos para os seus titulares e influenciam na balança de pagamento de países produtores de obras intelectuais protegidas pelo direito autoral, tais como a Inglaterra, os Estados Unidos e o Brasil.



Dessa maneira, mesmo sendo imateriais, as criações intelectuais são verdadeiros bens jurídicos, merecem um amparo da ordem jurídica nacional e podem constituir patrimônio da pessoa, seja natural ou jurídica.

B) **Aplicação da Teoria dos *Numerus Clausus*** – Ao aplicar o rigorismo terminológico do direito de propriedade, salienta-se a necessidade de incidência da Teoria dos *Numerus Clausus* que determina a limitação dos bens jurídicos que possam ser passíveis de propriedade e as peculiaridades da relação pessoas e bens.

Isto significa que não são todos os bens que podem ser objeto da relação que se estabelece entre as pessoas e os bens, mas somente aqueles explicitamente decorrentes das relações jurídicas dos direitos reais reconhecidos pelo Estado, por meio dos legisladores.

Nesse sentido, vejamos a definição bravamente tecida pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira<sup>8</sup>:

*“O aspecto, igualmente preponderante, na caracterização dos direitos reais, é a sua limitação legal. Somente o legislador (no Código ou em lei extravagante) pode criá-los (numerus clausus). A convenção ou a vontade dos interessados não tem esse poder”.*

Nesta mesma perspectiva, encontra-se a posição do ilustríssimo Pontes de Miranda<sup>9</sup> sobre o *numerus clausus* nos direitos reais, qual seja:

*“O número é fechado, clauso, porque não se podem criar, sem lei, outros direitos reais. Os direitos reais que resultam de direitos reais ou que são, em verdade, pretensões ou ações, exceções, como o direito de*

---

8 PEREIRA, op. cit. 5. p. 84.

9 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. Tomo XVIII. p. 7.

*preferência, o de retenção e os de vizinhança, acessórios, **não abrem exceção ao princípio***”.

Logo, somente os bens jurídicos explicitados pelos legisladores, sejam no Código Civil ou nos micro-sistemas jurídicos, podem integrar o objeto do negócio jurídico nos direitos reais. As criações intelectuais preenchem também esse requisito, já que são equiparadas aos bens móveis corpóreos, por uma concepção meramente jurídica, bem como as características destes bens e dos negócios jurídicos serem tratados em leis específicas denominadas Leis do Direito da Propriedade Industrial<sup>10</sup> e Lei do Direito Autoral, como segue:

Lei nº 9 279/96

*“Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial”.*

Por serem equiparadas aos bens móveis, as criações intelectuais passam a integrar o objeto das relações inerentes ao exercício da propriedade. Tal entendimento é reforçado pelo reconhecimento constitucional da proteção aos inventos e a outras criações intelectuais, que os classificou como “Direitos e Garantias Fundamentais” bem como elementos constitutivos dos princípios que regem a ordem econômica constitucional brasileira, como segue:

Art 5º da CF/88

*“A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário, para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.*

---

<sup>10</sup> Dentre os direitos da propriedade industrial, pode-se incluir a Lei de Cultivares (Lei nº. 9.456, de 25 de abril de 1997) e a MP do Circuito Integrado (Lei nº. 11.484, de 31 de maio de 2007).

Art. 170 da CF/88

*“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*(...)*

*II — propriedade privada;”*

Conforme ressaltado por Denis Barbosa<sup>11</sup>, a Constituição Federal de 1988 expressa uma declaração em favor da livre iniciativa e desenvolvimento econômico, ao inserir os direitos da propriedade intelectual no rol dos direitos fundamentais individuais e também como princípios da ordem econômica.

Além das características inerentes dos direitos reais, outras persistem à propriedade intelectual. No tocante à aquisição, conforme o douto Professor Caio Mário da Silva Pereira<sup>12</sup>, os bens móveis são adquiridos pelas seguintes modalidades: (i) ocupação; (ii) especificação; (iii) confusão, comissão e adjunção; (iv) usucapião; e (v) tradição. A Propriedade Intelectual, por sua vez, não se enquadra em nenhuma das opções elencadas acima.

De fato, uma criação intelectual protegida pelo direito da propriedade intelectual pode ser adquirida através do uso e da cessão do bem móvel. Esse gozo da propriedade faculta ao seu titular a transferência e/ou cessão do bem para terceiros.

**C) Atributos da Propriedade e os Direitos Intelectuais –**

Os atributos da propriedade compõem-se de faculdades asseguradas aos titulares que recaem direta e imediatamente sobre os bens jurídicos envolvidos, sujeitando-os de modo completo e exclusivo ao po-

---

11 BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 59, p. 16-19, jul./ago. 2002.

12 PEREIRA, op. cit. 5, p. 159-172.

der de sua vontade. Isso significa que o titular do direito pode usar e dispor do bem jurídico como entender, sem que haja dependência da prestação de ações por parte de outras pessoas.

Os atributos ou faculdades inerentes à propriedade podem ser explicitados sob a perspectiva estrutural e a funcional<sup>13</sup>. A estrutura dos atributos pode ser dividida sob a perspectiva econômica e jurídica, sendo que a econômica reflete na possibilidade de o titular usufruir patrimonialmente do bem jurídico, ou seja, exercer o ***ius utendi***, o ***ius fruendi*** e o ***ius abutendi***.

A possibilidade de o titular usufruir, gozar e dispor do bem envolvido pode ser claramente observada no direito da propriedade intelectual, quando o seu inventor/autor utiliza e explora diretamente a criação intelectual e os frutos que esse gera, ou mesmo quando ocorre o licenciamento desses direitos a terceiros, relevando sempre a normalidade lógica do emprego da coisa.

Os atributos no direito da propriedade intelectual são idênticos àqueles exercidos pela exploração corpórea (concepção material), sendo que as únicas diferenças estão em relação à natureza do seu objeto, que é **imaterial**. Portanto, sofrem naturalmente as limitações inerentes ao seu conteúdo. Dentre essas limitações de uso está a temporalidade da propriedade, que obedece aos períodos de validade estipulados nas respectivas Leis, como seguem:

---

13 A perspectiva funcional foge ao escopo do presente artigo, mas traduz-se brevemente na necessidade de o exercício do bem jurídico atender o bem estar social (também denominada função social da propriedade). No direito da propriedade intelectual, como por exemplo no caso da patente, entende-se que a função social encontra-se atendida quando o produto patenteadado é colocado no mercado de maneira a preencher a demanda da população ou quando explorado e colocado no mercado, ou seja, quando as reivindicações da patente sejam exploradas eficazmente.

<b>PROPRIEDADE INTELLECTUAL</b>	VIGÊNCIA	DISPOSITIVO LEGAL
<b>Direito Autoral</b>	70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor	Lei nº 9.610/98 – Art. 41
<b>Patente</b>	20 anos Não prorrogáveis	Lei nº 9.279/96 – Art. 40
<b>Modelo de Unidade</b>	15 anos Não prorrogáveis	Lei nº 9.279/96 – Art. 40
<b>Cultivares</b>	Normalmente 15 anos Não prorrogáveis	Lei nº 9.456/97 – Art. 11
<b>Desenho Industrial</b>	10 anos prorrogáveis por 3 períodos consecutivos de 5 anos cada	Lei nº 9.279/96 – Art. 108
<b>Topografia</b>	10 anos Não prorrogáveis	Lei nº 11.484/07 – Art. 35
<b>Marcas</b>	10 anos prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos	Lei nº 9.279/96 – Art. 133

A outra limitação refere-se à territorialidade, pois foi convenionado que os direitos inerentes às criações intelectuais produzem validade e eficácia somente no território onde foi obtida a proteção, conforme as regras e procedimentos administrativos inerentes a este tipo de propriedade e assegurados pelo Estado. Em um mundo globalizado, a territorialidade constitui aspecto relevante para o exercício pleno dos bens jurídicos de propriedade.

A **perspectiva jurídica** do direito de propriedade traduz-se na possibilidade de o titular do bem jurídico reaver a coisa (***rei vindicatio***) do terceiro que o utiliza indevidamente, garantindo desta forma a exclusividade sobre o seu uso e fruição. Neste ponto, ressalta-se a disponibilidade dos procedimentos judiciais aos titulares de direito da propriedade intelectual, sejam as ações possessórias e reivindicatórias especificadas no Código de Processo Civil.

Nesta perspectiva, é observado que os elementos e a estrutura delimitadora do direito sobre as criações intelectuais se inserem adequadamente nos contornos elementares da propriedade privada, pois estabelecem a existência e o exercício do bem jurídico envolvido em uma relação direta com o titular do direito. Portanto, está justificada a sua denominação como direito da propriedade intelectual e permitida a incidência de institutos similares, tal como acontece com as regras do condomínio previstas no Código Civil e direito autoral, respeitadas a natureza do bem jurídico envolvido.

### **3. A Lei de Inovação e o Regramento sobre a Titularidade Conjunta das Inovações Tecnológicas:. Lacunas, Controvérsias e Possíveis Soluções.**

Agora que já foi determinado a natureza jurídica do direito da propriedade intelectual, bem como os princípios e elementos que norteiam a legislação especial sobre esse assunto, pode-se abordar de forma mais aproximada a co-titularidade de propriedades.

A relevância nesta abordagem decorre da falta de um tratamento específico e adequado pela legislação da propriedade industrial, principalmente para as invenções tecnológicas, o que leva os doutrinadores a adotarem o regramento de outros institutos similares, tais como aquele disposto no Código Civil e/ou na Lei Autoral.

Ainda, a análise da co-propriedade decorre do número crescente dos convênios tecnológicos ou Acordos de PD&I, envolvendo principalmente instituições públicas, que têm gerado inovações tecnológicas que originariamente seriam de mais de um titular e teriam os respectivos lucros compartilhados.

Cumprе salientar aqui que o instituto da co-propriedade nasceu da necessidade de regulamentar o uso e usufruto dos bens jurídicos exercidos por diferentes proprietários, pois na propriedade originária e concebida pelos voluntaristas do direito civil, os atributos são

explorados por uma única pessoa ou titular. Já na co-propriedade, o bem pertence a mais de uma pessoa que deve exercer igualmente os atributos inerentes à propriedade.

Ainda, na co-propriedade, aceita-se o desmembramento dos atributos, outorgando o exercício de algumas faculdades a alguns titulares e outras para os co-titulares remanescentes com a exclusão de todos aqueles que sejam estranhos à propriedade, se assim for determinado convencionalmente pelas partes.

Dessa forma, indaga-se qual dos regramentos da co-titularidade deve prevalecer no caso das invenções tecnológicas, pois pode ocorrer o desmembramento dos atributos da propriedade (enfeixa o uso, o gozo e a disponibilização do bem intelectual), outorgando o direito a outrem para o exercício de um desses atributos, como ocorre com o licenciamento dos direitos da propriedade industrial para terceiros que não afeta o domínio do bem jurídico envolvido.

Cumprе salientar, desde já, que a abordagem do regramento da co-propriedade neste artigo não relevará a questão das invenções tecnológicas desenvolvidas por empregados ou prestadores de serviços, denominada “invenção de empregado”, por já estar regulamentada pelos arts. 88 a 93 da Lei nº 9.279/96 e pela jurisprudência sobre o assunto. Na área pública, o instituto da “invenção do empregado”, que incidente aos desenvolvimentos realizados pelos servidores da administração pública, é regido pelo Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998.

### **3.1 – Questões Gerais Sobre a Co-Propriedade no Direito Civil e a Possibilidade de Utilização desse Regramento nos Contratos de Parceria Tecnológica.**

Também conhecida como condomínio, a co-propriedade no Direito Civil é caracterizada pela existência de pluralidade de sujeitos que exercerão os atributos da propriedade inerentes às coisas. Veja-

mos agora a definição de condomínio nas palavras do excelentíssimo Hely Lopes Meirelles:

*“O condomínio é o direito de propriedade de duas ou mais pessoas sobre as partes ideais de uma mesma coisa indivisa (pro indiviso). É a forma anormal de propriedade – como diz Clóvis (Beviláqua) –, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerça com exclusão dos outros; **são dois ou mais sujeitos, que exercem o direito simultaneamente**”.* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Malheiros. p.18-19.).

O Condomínio representa uma “anormalidade” ao direito de propriedade, conforme a concepção privatista e individualista desenvolvida no Império Romano e pela Revolução Francesa, pois nenhum dos condôminos possui a plenitude e a ilimitação no exercício dos atributos sobre o bem jurídico, bem como o direito de excluir o outro condômino algumas faculdades inerentes à propriedade. Por essa razão, o legislador estabeleceu alguns direitos e deveres sobre a relação dos condôminos para com o bem, os quais estão expressos no artigo 1.314 e seguintes da Lei nº 10.406/2002 — Código Civil Brasileiro.

Entre as diversas obras doutrinárias que abordam o referido assunto, deve-se ressaltar o brilhante trabalho do Professor Caio Mário da Silva Pereira, que especificou doutrinariamente 10 (dez) faculdades ou poderes e deveres especificamente aplicáveis aos condôminos e encontradas no Código Civil,<sup>14</sup> que interferem no relacionamento pacífico entre eles, sendo que os mais relevantes para o presente parecer estão especificados abaixo:

(A) O exercício do “poder jurídico” assegurado a cada e qualquer consorte, que se expressa pela possibilidade de reivindicar de terceiros, inclusive perante o juízo, a exclusividade de uso sobre o bem, e a devolução de posse adquirida de forma injusta. Para a garantia do “poder político”, a lei resguarda a possibilidade de utiliza-

---

<sup>14</sup> PEREIRA, op. cit. 5. p. 177-204.



ção de todos e quaisquer meios legais para defender a sua própria posse sob o bem. Na sua competência de co-titular, qualquer condômino pode defender a sua posse, bem como impedir a ocorrência ou perpetuação de atos que sejam obstáculos à utilização integral do bem jurídico.

Este direito ocorre sem a necessidade de anuência prévia dos demais condôminos, pois o objetivo é a preservação do bem jurídico para a utilização de todos os condôminos antes que este venha a ser atingido pela inércia de seus titulares.

(B) Relevante ressaltar é a utilização livre e direta do bem jurídico envolvido por cada consorte, respeitando-se sempre a sua natureza jurídica e a destinação. Para os bens indivisíveis, cada condômino fica autorizado a utilizá-los integralmente, bem como dar o destino que deseja sem que isso venha a limitar ou excluir o uso dos comproprietários.

Assim, cada co-proprietário pode exercer os atributos de uso, gozo e disponibilização e auferir os lucros decorrentes desta exploração, como se cada um dos consortes fosse o único dono da coisa, sem que haja necessidade de compartilhamento desses lucros pela iniciativa e sucesso empresarial de um dos co—titulares.

Conforme o disposto no parágrafo único do art. 1314 do Código Civil, permite-se a convenção entre as partes para determinar a forma de exercício dos atributos da propriedade, bem como o seu desmembramento por cada consorte.

Caso as regras de exercício do condomínio no Código Civil venham a incidir sobre a co-titularidade das invenções tecnológicas, ressalta-se inexistir qualquer impedimento para os consortes determinarem que a fabricação do produto patenteado seja realizada por um titular e a comercialização em um mercado seja por outro, bem como o controle de qualidade, ou mesmo que um consorte empregue a invenção em uma indústria, enquanto outro exercita em ramo empresarial diverso. Neste ponto, acreditamos que a aplicação das regras de condomínio no Código Civil pode ocorrer de forma eficaz para as invenções tecnológicas.

Mesmo existindo as regras do Código Civil para reger a co-propriedade, relevam-se as vantagens decorrentes da estipulação contratual pelas partes. Com o acordo para a utilização das invenções tecnológicas, impede-se a concorrência predatória indesejada entre os co-titulares, que pode limitar a exploração da invenção tecnológica e reduzir a comercialização no mercado e a conseqüente percepção pecuniária. Além disso, a convenção privilegia aqueles co-titulares que apresentam um significativo grau de empreendedorismo ou que já mantenham em sua estrutura canais de distribuição organizados para a exploração do produto tecnológico. Ainda, permite-se a manutenção de lucratividade para os co-titulares menos ativos ou que possuem uma capacidade inventiva melhor do que para os negócios, como é o caso das universidades pública, quando convencionado o compartilhamento de lucros.

Portanto, conforme o disposto no Código Civil, os atributos da propriedade podem ser exercidos separado e simultaneamente pelos co-titulares sem que isso cause uma diminuição de direitos, desde que, logicamente, seja relevada a natureza do bem.<sup>15</sup>

Não obstante os comentários acima, ressalta-se que a livre e direta utilização do bem por um de seus co-proprietários não poderá violar ou prejudicar de qualquer forma o uso e gozo pelos demais. Essa questão já foi, inclusive, pacificada pela jurisprudência.

**STJ — RECURSO ESPECIAL Nº 14.913**

**RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE**

*CIVIL. CONDOMÍNIO. USO POR UM CONDÔMINO.*

*O bem em condomínio não pode ser usado por apenas um dos condôminos em detrimento dos direitos dos demais co-proprietários.*

---

15 No caso de imóvel, nem sempre é possível convencionar o compartilhamento de atribuições, principalmente aquelas relativas ao domínio, pois isso pode interferir e desvirtuar a sua natureza.

**STJ — RECURSO ESPECIAL Nº 16.847-0**  
**RIO DE JANEIRO**  
**RELATOR: EXMO. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO**

*CONDOMÍNIO.*

*Partes Comuns – Vedado a um dos condôminos embaraçar-lhes o uso, diminuindo sua utilização pelos demais.*

O condomínio também assegura aos seus proprietários os frutos resultantes da coisa comum, o que no direito da propriedade industrial traduz-se na possibilidade de todos os co-titulares usufruírem integralmente dos aperfeiçoamentos realizados sobre a invenção.

Ao comparar essa regra com o disposto no art. 63 da Lei nº 9.279/93<sup>16</sup>, observa-se existir uma dissonância de estipulações legais, visto que o referido artigo confirma um entendimento prevalecente no direito da propriedade industrial, segundo o qual o aperfeiçoamento pertence a quem o fizer mesmo nos casos em que o melhoramento decorra em grande parte do uso e da pesquisa por um dos co-proprietários.

No nosso entender, prevalece o conceito geral da titularidade e do exercício patrimonial exclusivo para o co-titular que realizou aperfeiçoamentos na invenção tecnológica objeto de co-propriedade. O raciocínio para justificar esse entendimento decorre de o aperfeiçoamento nascer das atividades inventivas independentes de um co-titular, o que não interfere no uso e gozo de todos os co-titulares da invenção tecnológica principal. Aliás, constituiria uma limitação de direitos a qualquer dos co-titulares, se não fosse reconhecido o direito de adaptação e aperfeiçoamento de sua invenção tecnológica. Esse posicionamento é exposto claramente pela doutrina, como segue<sup>17</sup>:

---

16 “Art. 63. O aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento.”

17 CERQUEIRA, op. cit.3. p. 452.

*“No regime atual pode, entretanto, um dos titulares da patente obter privilégio para aperfeiçoamentos da invenção comum, sobre os quais os outros titulares não adquirem nenhum direito. Somente ao autor do aperfeiçoamento é lícito explorar a invenção melhorada porque a patente, nesse caso, não se considerada como acessório da principal.”*

(C) Outro fator que merece atenção nesse artigo é a questão das dívidas, necessárias para a manutenção do bem jurídico (vigilância, reparações etc.). Quando o condômino adquire dívidas em prol do condomínio, esse responderá pelo valor devido. No entanto, considerando que a dívida contraída beneficiou a todos os condôminos ou foi a dívida contraída em nome de todos os condôminos, o entendimento prevalecente é no sentido de o condômino devedor reter o direito de ação de regresso contra os demais que responderão pelas despesas incorridas.

No caso de invenções tecnológicas, esta regra é importante devido à necessidade de pagamentos das taxas oficiais e anuidades exigidas para a manutenção da validade de uma patente e, conseqüentemente, da propriedade.

Entende-se neste ponto que a regra para o compartilhamento de despesas de manutenção e reparação do bem em co-propriedade pode ser convencionada entre as partes, não obstante o caráter taxativo dos arts. 1315 e 1316 do Código Civil que determinam a necessidade de todos os co-titulares participarem proporcionalmente do rateio de despesas para a manutenção do bem jurídico. Isso significa que se um consorte possui 2/3 da propriedade sobre uma invenção tecnológica, este contribuirá com um montante equivalente ao seu quinhão.

Outrossim, a recusa de um dos condôminos em concorrer para o rateio das despesas de manutenção e reparações de um bem jurídico pode acarretar a perda do seu quinhão, pois tal ato significa a renúncia à parte ideal da propriedade. Isso é o que pode subtrair analogicamente dos arts. 1.315 e 1.316 do Código Civil, pois a lei civil brasileira entende que a recusa em contribuir pelas despesas para a

manutenção da propriedade significa um “desinteresse” do consorte e, conseqüentemente, uma renúncia às prerrogativas jurídicas e econômicas da propriedade.

Daí a importância da convenção entre as partes, no tocante à responsabilidade de custeio da manutenção da validade do desenvolvimento tecnológico decorrente da parceria, pois o acordo pode evitar a incidência das conseqüências do §1º do art. 1.316 do Código Civil e a perda da parte ideal.

No caso da convenção entre as partes, a obrigatoriedade de um titular custear as despesas para a manutenção equipara-se, no caso de condomínio, às prerrogativas do mandato ou da gestão de negócio, pois o descumprimento da obrigação de custeio pode acarretar também a perda da sua parte ideal, sem prejuízo às perdas e danos decorrentes de atos negligentes, imprudentes e praticados em imperícia pelo gestor ou consorte que assumir as dívidas. Portanto, devem-se aplicar subsidiariamente as regras dos arts. 653 e seguintes e art. 875 do Código Civil, principalmente, as penalidades ali dispostas.

Ainda, vale ressaltar que a 3ª Câmara do TACRJ (em Apelação Cível 6 6.524/88 — Rel. Juiz Itamar Barbalho) determinou que o condômino inadimplente não pode alienar a sua quota sem antes ter cumprido as suas obrigações perante os demais condôminos, que podem incluir o rateio de despesas para a manutenção do bem.

(D) Ao condômino não é permitido dar posse, uso ou gozo do bem a terceiros sem a prévia comunicação aos demais condôminos. Aliás, presume-se da leitura do parágrafo único do art. 1.314 do Código Civil existir o direito de preferência dos co-proprietários em alhear ou gravar parte da coisa ou a sua integralidade, antes que seja concedida a terceiro.

Essa presunção assume relevância nos casos das invenções tecnológicas, em que existe uma intensa relação entre as partes no desenvolvimento tecnológico, seja relevando as características e leal-

dade das partes (caráter *intuitu personae*) ou na importância dos investimentos pecuniários (*intuitu pecuniae*). Portanto, aos empreendedores da invenção ou consortes tecnológicos é garantido o direito de preferência aos terceiros, em caso de cessão do quinhão do bem em co-propriedade.

Tal regra é claramente adotada no direito societário, quando existe a cessão de quotas sociais (que aliás, são bens móveis e passíveis de propriedade) para terceiros alheios à sociedade, estando esta regra melhor explicada nas palavras de Modesto Carvalhosa, como segue:

“Em primeiro lugar, deu aos sócios total liberdade para regular a cessão no contrato social, sendo-lhes permitido estipular restrições ou estabelecer o regime da livre cessão de quotas. Porém, em caso de omissão do contrato, o Código Civil de 2002 adotou posição singular. Para as cessões de quotas realizadas entre os próprios sócios, a cessão dar-se-à sem necessidade de aprovação dos demais. Por sua vez, para as cessões de quotas externas, realizadas entre sócio e terceiro, estabeleceu a presente norma que sua eficácia fica condicionada à “não oposição” de titulares de mais de um quarto do capital social. Esse dispositivo deve ser lido à luz do princípio constitucional da livre disponibilidade patrimonial (art. 5º, XXII, da CF/88) e da plena liberdade de associar-se e de não permanecer associado (art. 5º, XX, da CF/88).”

Dessa forma, torna-se indispensável não só a simples comunicação, mas a autorização prévia dos condôminos para a cessão definitiva de todo ou parte da invenção tecnológica de propriedade ou dos direitos de propriedade de os condôminos. A justificativa para esta limitação está na relevância dos condôminos em manterem o controle sobre a utilização do bem intelectual, bem como impedirem a má utilização por terceiros desautorizados.

No entanto, o “impedimento” presumido do parágrafo único do art. 1.314 do Código Civil não pode ser compreendido de forma intransigente, o que demonstraria desacordo com os princípios cons-

titucionais da liberdade de disponibilidade patrimonial (art. 5º, XXII, da CF/88). Portanto, qualquer impedimento não razoável dos consortes para a transferência do quinhão de outro consorte para terceiro pode comprometer a eficácia da referida cláusula impeditiva.

Nesta mesma seara está a vedação para conceder a terceiro o uso temporário do bem intelectual (o licenciamento de direitos), seja gratuito ou oneroso, sem que haja a prévia autorização dos outros titulares. Justifica-se essa restrição, em princípio, pela necessidade de impedir a pulverização de terceiros na exploração econômica da invenção tecnológica, o que poderá acirrar a competição e afetar a lucratividade maior por parte dos efetivos co-titulares em face do aumento de concorrência. Salienta-se neste ponto que o licenciamento permite a inclusão de novo explorador da patente e não determina necessariamente a renúncia de exploração pelo licenciante ou co-titular da invenção.

A necessidade de autorização prévia, não somente a simples comunicação, para o licenciamento a terceiro assegura também aos co-proprietários o controle do exercício aos atributos da propriedade, que deve ser mantido pelo enunciado no art. 1.228 do Código Civil, como segue:

*“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”*

Nesta perspectiva, entende-se que a aprovação prévia dos condôminos para a exploração de terceiros complementada pela estipulação de regras eficazes sobre o exercício desmembrado da invenção e o compartilhamento de lucros seja a melhor forma para permitir a exploração sem que isso venha afetar o controle que deve ser mantido pelos condôminos.

Essa regra nos parece fundamental para os acordos de custeio de pesquisa e desenvolvimento celebrados por sociedades empresárias e universidades públicas, quando houver cláusula de exploração

não exclusiva, pois evitará que as universidades concedam o licenciamento para terceiros, que sejam concorrentes das sociedades parceiras e investidoras em PD&I ou que venham a interferir na sua exploração.

Não obstante, deve-se ressaltar que cláusula limitativa ao direito de licenciamento para terceiros não consortes pode ter a sua validade e eficácia afetadas pelo Princípio da Disponibilidade Patrimonial, previsto pela Constituição Federal de 1988.

### **3.2 Questões Gerais da Co-Propriedade no Direito Autoral.**

A co-propriedade no direito autoral assume uma peculiaridade jurídica, pois os co-titulares são originariamente as pessoas físicas criadoras da obra autoral. Conforme se extrai dos art. 49 e 50 da Lei nº 9.610/98, não existe mais o instituto da “obra sob encomenda” em que o pagamento da remuneração pelo encomendante de obra autoral ou a relação empregatícia significava a automática transferência de direitos. Portanto, para que terceiros alheios à criação possam compartilhar a titularidade da obra autoral, será necessária uma transferência expressa e específica dos direitos autorais patrimoniais.

*“Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:  
(...)*

*II — somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;*

*Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.”*

A co-autoria poderá recair sobre obra divisível ou indivisível, determinando se ocorrerá ou não uma limitação aos direitos do autor.



No tocante às obras divisíveis, cada co-autor terá o direito autoral absoluto sobre a parte que é titular, cabendo a este o exercício total dos atributos da propriedade que estão assegurados no art. 1.228 do Código Civil e nos arts. 22 a 29 da Lei nº 9.610/98 (lei autoral), estando limitado, no entanto, ao uso da obra de forma prejudicial, conforme previsto no artigo 15, parágrafo 2º da Lei nº 9.610/98.

O ponto a ser abordado neste tema, neste presente artigo, é a co-autoria de obras indivisíveis, pois esta é comumente encontrada nas invenções tecnológicas. Nenhum dos co-autores exercerá de forma absoluta os direitos de propriedade sobre o bem, vez que a própria legislação autoral limita o uso e a fruição da obra pelo co-autor. Conforme o dispositivo do artigo 32 desta lei, os co-autores de uma obra não podem publicá-la ou sequer utilizá-la sem a prévia autorização dos demais:

*“Art. 32. Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.”*

Vejamos também a jurisprudência correspondente sobre a matéria:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**APELAÇÃO CÍVEL Nº 033.320-4/1-00**  
**RELATOR: EXMO. J. ROBERTO BEDRAN**

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITOS DE AUTOR. OBRA FOTOGRÁFICA PRODUZIDA, POR ENCOMENDA, PARA INSERÇÃO EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. CO-TITULARIDADE DA PESSOA JURÍDICA PRODUTORA E DA EMPRESA ENCOMENDANTE. ARTS. 15 E 36 DA LEI Nº 5988/73.*

*Embora a obra fotográfica tenha sido executada pelos sócios, tudo foi gerido pela empresa, tanto assim que a contratação, a encomenda e a remuneração dos serviços prestados sempre foram realizados em*

*nome da OPART. (...) Assim, nunca poderia reproduzir as fotos a seu talante e sem a necessária autorização da autora, em campanhas publicitárias distintas das originariamente contratadas. (...) Logo, também não tem razão a autora em reivindicar exclusividade da titularidade dos direitos de autor sobre a obra fotográfica em debate, a qual, embora diretamente, veio a produzir sob supervisão e orientação da ré.”*

Essa restrição decorre da influência do direito personalíssimo sobre o direito autoral, em que a utilização integral da obra desenvolvida em co-autoria deve ser sempre previamente aprovada, pois a utilização interfere no exercício dos direitos morais de cada autor. Aliás, neste ponto, verifica-se o disposto no art. 23 da Lei Autoral, como segue:

*Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário.*

Aliás, nos negócios jurídicos envolvendo os direitos autorais privilegia-se necessariamente a convenção entre as partes, sendo que as omissões ou lacunas nas transações são supridas pelo regramento da lei autoral, incluindo aí o princípio geral especificado no art. 4º da Lei Autoral:

*“Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.”*

No caso da convenção entre as partes, os parágrafos que integram o art. 32 da Lei Autoral determinam que o destino e a forma de utilização da obra autoral deverão ser decididos por maioria, em reunião específica dos co-autores. Cabe aos dissidentes o direito de não contribuir para as despesas de publicação ou mesmo renunciar a sua parte nos lucros e vedar a inscrição do seu nome na obra.

Nesse sentido, observa-se uma divergência em relação ao regulamento do condomínio no Código Civil, pois este permite a utilização direta dos atributos da propriedade pelos co-titulares, mas

veda-se a outorga desautorizada desses direitos para terceiros. Dessa forma, a lei civil determina a aquiescência prévia do titulares para a exploração do bem por terceiros, e a garantia de preferência aos titulares na aquisição do bem jurídico envolvido.

A identificação dessa divergência é relevante para os Acordos de PD&I entre as universidades/centros de pesquisa e as sociedades empresárias, pois se indaga qual será a prevalência da lei incidente à co-propriedade, na omissão dos acordos expressos sobre a exploração e percepção patrimonial das invenções tecnológicas.

Em uma análise pontual sobre as vantagens de se utilizar a Lei Autoral para determinar o exercício dos atributos pelos co-proprietários, parece que o regramento autoral é mais favorável para aqueles investidores que desejam evitar que o co-titular utilize diretamente e a qualquer momento a invenção tecnológica e, com isso, venha prejudicar o sucesso patrimonial da sua exploração. Isso pode ter um efeito prático inclusive em co-titulares que sejam sucedidos por terceiros (mediante processo de fusão/incorporação) indesejados pelos outros co-titulares.

Em uma análise breve sobre a matéria, sem relevar as peculiaridades do caso concreto, esta parece ser a única vantagem em adotar a lei autoral como regramento subsidiário ao relacionamento dos co-proprietários. Ou seja, quando estes não estipularem regras sobre a exploração e percepção pecuniária das invenções tecnológicas, a utilização por cada consorte dependerá da autorização dos outros.<sup>18</sup>

Nos outros aspectos, o regulamento da co-propriedade na lei autoral assemelha-se enormemente à lei civil, pois existe uma consonância de tratamento de 9 entre as 10 faculdades da propriedade que

---

18 Deve-se ressaltar neste ponto que o Princípio da Livre Disponibilidade Patrimonial também é incidente nas regras do Direito Autoral, estando as partes vedadas então em restringir ou impedir irrazoavelmente os outros consortes e terceiros em utilizarem a obra autoral em co-propriedade.

foram especificadas por Caio Mário da Silva Pereira e que estão presentes no Código Civil.<sup>19</sup>

#### **4. A Falta de Regramento da Co-Propriedade nos Acordos de PD&I e as Controvérsias sobre a Lei Aplicável Para Reger os Direitos e Obrigações dos Consortes: A Lei de Inovação em Perspectiva.**

A questão da co-titularidade de patentes é bastante controversa no estudo do Direito Brasileiro, pois a Lei nº 9.279/96 é silente quanto ao assunto, e não há indicação direta da norma subsidiária a ser utilizada. Essa lacuna acarreta uma carência de apontamentos no tocante aos deveres e, principalmente, aos direitos de cada consorte da invenção tecnológica, bem como uma controvérsia doutrinária.

Uma parte prevalecte da doutrina entende que a lei civil deverá ser utilizada na omissão da lei da propriedade intelectual, por ser esta uma verdadeira espécie de propriedade que gera efeitos reais. Além disso, a lei civil trata de maneira mais completa e abrangente o relacionamento entre os co-proprietários de bens jurídicos, incluindo as coisas e as invenções tecnológicas.

Nesse caso, seria permitido ao co-titular o uso livre da invenção tecnológica (principalmente patenteada) de forma compatível à sua destinação. O legislador também definiu como direitos do co-titular a defesa da posse do bem, bem como a faculdade de reivindicar a posse sem a anuência dos demais co-titulares.

*“Art. 1.314: Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiros, defender a sua posse e albear a respectiva parte ideal ou gravá-la.”*

---

19 Inclusive, o §3º do art. 32 da lei autoral assegura a qualquer dos co-autores o procedimento administrativo e judicial na defesa da obra autoral contra a violação de terceiros. Essa mesma disposição é encontrado no art. 1.314 do Código Civil.

Outro segmento doutrinário sustenta a incidência da Lei Autoral, pois seria mais adequado incidir um conjunto de regras de um direito que se assemelha em relação ao objeto envolvido e ao exercício das faculdades patrimoniais, tal como a natureza imaterial e a limitação do direito no tempo e espaço. Não obstante, deve-se salientar que talvez a diferença relevante entre o tratamento civil e da lei autoral concentre-se no disposto do art. 32 da Lei Autoral, como segue:

*“Art. 32: Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, podará, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.”*

Ressalta-se ainda que a incidência da Lei Autoral resulte certamente em uma maior rigidez à co-titularidade de invenções tecnológicas, já que o co-titular estaria vedado, em princípio, de utilizar diretamente as mesmas, sem a prévia anuência dos demais co-titulares.

Considerando que essa é uma questão controversa e que a jurisprudência ainda não abordou a matéria adequada e especificamente, compartilhamos do entendimento que a lei civil deve prevalecer na incidência subsidiária à Lei nº 9.279/96, para determinar regras adequadas à utilização da invenção tecnológica pelos co-proprietários, quando não houver estipulação expressa no contrato que rege os direitos e deveres dos condôminos. A justificativa seria a abrangência das regras no Código Civil e o entendimento pacífico do direito da propriedade ser uma espécie de propriedade de natureza real.

Conforme observado acima, a própria lei autoral aborda apenas duas faculdades da propriedade, quais sejam a proibição de uso direto sem autorização dos co-titulares e a possibilidade de qualquer titular proceder na defesa da obra autoral, sendo que as outras faculdades, direitos e deveres devem decorrer também da lei civil.<sup>20</sup>

---

20 Não obstante, deve ser relevado que a Lei nº 9.610/98 foi criada para proteger um bem móvel, infungível e imaterial, provindo de um exercício intelectual tal como a patente. Dessa forma, essa legislação aproxima-se substancialmente da lei da propriedade industrial.

Logicamente, a incidência da lei subsidiária à co-propriedade deve obedecer alguns critérios, quais sejam:

(a) os co-proprietários têm todo o direito de convencionar as regras que determinarão o uso da invenção tecnológica, bem como o compartilhamento de lucros. Com a convenção, entende-se que as regras da lei civil ou autoral ficam substancialmente preenchidas, pois se atende ao requisito da anuência prévia dos co-titulares;

(b) os co-proprietários podem decidir a lei aplicável para dirimir as controvérsias do relacionamento entre eles, seja a civil ou autoral. Normalmente, a decisão encontra-se especificada em Acordo de PD&I ou convênio que detalha a parceria na inovação e desenvolvimento de tecnologia;

(c) quando inexistir convenção entre as partes ou quando verificar as omissões e lacunas no acordo entre os co-titulares, aplica-se primeiramente a lei civil pela sua abrangência. No entanto, a subsidiariedade civil ocorrerá na medida em que não interferir na natureza intelectual da matéria.

Uma estratégia a ser utilizadas pelas partes nos Acordos de PD&I, visando dirimir essas controvérsias doutrinárias, seria explicar os direitos e obrigações das partes contratantes sobre os desenvolvimentos tecnológicos decorrentes desses contratos. A abordagem desses direitos e obrigações, mesmo nesta fase preliminar e sem o efetivo desenvolvimento tecnológico, serve para evitar discussões posteriores sobre o nível de co-propriedade, atribuições de cada parte e até mesmo controvérsias sobre a quantia compartilhada das percepções pecuniárias pela exploração do desenvolvimento.

Ainda, a convenção entre os partícipes da pesquisa e desenvolvimento conjunto é relevada pela Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação). Essa lei versa sobre os incentivos à pesquisa científica e à inovação e flexibiliza a relação entre sociedades empresárias e as uni-

versidades e instituições públicas de pesquisa, pois permitiu o compartilhamento dos custos inerentes aos programas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, sem que viesse a incidir a lei de licitação.

No tocante à co-propriedade, a novidade implementada ocorreu com essa mesma lei e regulamentação pelo Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005, que regulamentou a Lei de Inovação. Permitiu-se no artigo 10 deste Decreto que as partes convencionassem a titularidade da invenção tecnológica desenvolvida em regime de condomínio, bem como a parcela de percepção pecuniária desejada por cada parte ou co-proprietário. Veja abaixo:

*“Art. 10 É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.*

*(...)*

*§2º As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto.*

*§3º A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes. (...).”*

Com esse artigo 10, evita-se que instituições de fomento para pesquisa aleguem ser as proprietárias dos desenvolvimentos decorrentes dessas parcerias tecnológicas, por envolver de alguma forma a utilização de seus conhecimentos, laboratórios e outros materiais. Ainda, a nova regra afasta o entendimento prevalecente no passado, segundo o qual os inventos desenvolvidos com participação governa-

mental sejam incluídos no rol dos ativos estatais. A titularidade e a participação no resultado econômico da exploração da invenção, conforme o Decreto nº 5.563/2005 são assuntos estritamente contratuais a serem definidos pelos partícipes dos Programas de PD&I.

Essa nova dinâmica utilizada para definir a propriedade e o compartilhamento de lucros ressalta a necessidade livre negociação, e não exclui o regramento existente no Código Civil e na Lei Autoral, relativo à co-propriedade.

Vale observar, no entanto, que o parágrafo 3º do artigo 10 fixa que a partilha dos lucros e a definição da titularidade da invenção deve observar um critério básico, qual seja o montante agregado investido por cada parte no programa de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica. Quem investe mais no programa de PD&I deve ser o titular e/ou ter uma parcela maior de lucros, não obstante já ter sido estipulado previamente o titular e a referida parcela. O problema é que inexistente uma regra para a valoração da contribuição intelectual de uma das partes no projeto, em relação ao capital investido ou disponibilização de laboratório pela outra parte, para a implementação do projeto e desenvolvimento do produto tecnológico.

Por esta razão, justifica-se que a propriedade sobre o produto a ser desenvolvido, bem como o compartilhamento de resultados, sejam definidos logo no Acordo de PD&I ou que efetive a parceria. Em complemento, devem ser contabilizados adequadamente, além do capital intelectual, todos os valores investidos, incluindo a disponibilização de laboratórios, a compra de materiais e insumos, a contratação de pessoal, ou seja, quaisquer custos incorridos para a promoção do PD&I.

Essa contabilização serve para sustentar a manutenção de acordos previamente acertados, no tocante à propriedade e resultados, perante os órgãos públicos ou judiciários. Ainda, serve para solicitar uma modificação das regras, quando ao fim do Projeto de PD&I é verificado que o montante de investimento justifica uma participação maior na tecnologia por uma das partes e mesmo a garantia de titularidade sobre o desenvolvimento.



## 5. Abordagem Sobre Questões Jurídicas Relacionadas à Co-Propriedade de Direitos na Lei de Inovação Comumente Apresentadas por Sociedades Empresárias.

Com relação às indagações especificadas na Introdução deste Artigo, as possíveis respostas são as seguintes:

*1) É correto afirmar que, na prática, não existe diferença no fato de uma sociedade empresária ter 1/3 da titularidade, da titularidade ou 2/3 da titularidade? Em caso negativo, quais seriam as situações em que se notariam diferenças entre diferenças na proporção da titularidade? Também em caso negativo, quais as ressalvas/cuidados a serem tomados na elaboração do contrato?*

**Resposta:** A Lei Autoral não prevê regras especiais para titulares que mantêm uma participação maior na co-propriedade, tal como a hipótese apresentada na questão. No entanto, no Código Civil, entende-se que os consortes com maior participação proprietária suportam uma proporção maior das despesas necessárias, valendo o mesmo raciocínio para a manutenção da invenção tecnológica em co-propriedade.

Em termos práticos, os direitos e deveres dos co-proprietários basicamente não alteram, exceto o compartilhamento das despesas de manutenção.

No tocante à percepção pecuniária decorrente da exploração da criação, uma porcentagem maior na titularidade de direitos pode determinar uma participação maior na remuneração, quando não houver a convenção das partes no Acordo de PD&I ou em outros contratos complementares.

Normalmente, quando se estipula uma titularidade maior, qual seja 2/3, esse condômino com participação maior convencionou a possibilidade de perceber um quinhão patrimonial superior pela utilização da invenção e direitos adicionais, tais como exploração em

certas regiões etc. No entanto, os direitos adicionais devem ser sempre determinados por deliberação dos condôminos.

No entanto, nos parágrafos do Artigo 32 da Lei Autoral, são determinados o destino e a forma de utilização da obra autoral que deverão ser decididos por maioria, em reunião específica dos co-autores. Cabe aos dissidentes o direito de não contribuir para as despesas de publicação ou mesmo renunciar a sua parte nos lucros e vedar a inscrição do seu nome na obra.

Indaga-se nesse ponto como será deliberado o destino e forma de utilização da obra autoral, ou seja, se no fórum de deliberação, cada co-titular terá um voto específico ou se será relevada a o índice de titularidade de cada co-titular, caso haja uma distinção contratual de propriedade (ex.: 2/3 de titularidade para um proprietário e assim por diante).

A doutrina e a jurisprudência não abordaram ainda esse processo deliberatório, o que dá ensejo a intermináveis questionamentos, incluindo a aplicabilidade das regras do direito societário no processo de exercício dos direitos de propriedade e deliberação.

Para evitar qualquer surpresa doutrinária ou decisão judicial desfavorável, entende-se ser indispensável que haja estipulação expressa das partes, mediante assinatura de contrato de co-propriedade, da forma como procederá o processo deliberatório de exploração da invenção.

Ainda, nessa perspectiva, o art. 10 do Decreto nº 5.563/2005 outorga às partes contratantes a possibilidade de determinarem a titularidade e regras para o compartilhamento de lucros, desde que seja obedecido o nível de investimento incorrido por cada condômino.

Recomendamos assim que o Acordo de PD&I especifique sempre como ocorrerá a divisão dos lucros sob a exploração da patente entre as partes, esclarecendo, por exemplo, que o recolhimento pecuniário não será proporcional à titularidade das partes.

***2) É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de exploração da invenção, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares?***

**Resposta:** O Código Civil e a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) apresentam regras que especificam os direitos e deveres dos co-proprietários, no que tange ao exercício dos atributos da propriedade sobre os bens jurídicos.

As regras do Código Civil tratam de maneira mais flexível a exploração da invenção tecnológica, pois restringe a exploração somente de terceiros alheios à propriedade. A Lei Autoral, por outro lado, impede a exploração indesejada e inadequada de qualquer condômino, na medida em que a exploração direta necessita de anuência prévia dos outros co-titulares.

Quando o Contrato é silente quanto à lei aplicável ou às regras de exploração pelos titulares, entende-se que deve incidir primeiramente a lei civil pela sua abrangência. No entanto, a subsidiariedade da lei civil ocorrerá na medida em que não interfira na essência da natureza intelectual da matéria.

Assim, mais uma vez, é recomendável que o instrumento particular firmado entre as partes convençione as regras de exploração, bem como a legislação a ser utilizada em casos de omissão da Lei nº 9.279/96 e lacunas do Contrato.

***3) É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de agir em defesa da patente, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares?***

**Resposta:** O Código Civil e a Lei Autoral diferem nesse assunto. De acordo com as regras do Código Civil, é permitido que os co-titulares de um bem defendam a sua posse sem a anuência dos demais, tornando verídica a sua afirmação.

Por outro lado, a Lei Autoral, em seu artigo 23, compreende que os direitos dos co-titulares deverão ser exercidos de comum acordo, inclusive os direitos que se referem à proteção do bem.

Conforme já mencionado, caso haja omissão na Lei nº 9.279/96 ou lacunas no Contrato, aplicar-se-ão as normas do Código Civil, sendo permitida a defesa da patente de um dos co-titulares, independente da anuência dos demais.

Reiteramos que tais normas podem ser convencionadas no corpo do Contrato.

***4) É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente depende da anuência dos demais co-titulares para conceder licença para que terceiros explorem a invenção ou para transferir titularidade para terceiros?***

**Resposta:** A afirmação acima é correta, pois tanto o Instituto Civil como o Autoral vedam ao co-titular a alienação e o licenciamento do bem sem a anuência dos demais.

A presente regra pode ser afastada pelo acordo expresso entre os condôminos, caso seja do interesse de ambas as partes. Ainda, a restrição imposta para a transferência do quinhão do consorte para terceiro não consorte ou o licenciamento para terceiro não pode ser exercida de maneira não razoável, de forma a limitar o exercício do Princípio constitucional da Disponibilização Patrimonial.

***5) É correto afirmar que, na ausência de acordos em contrário, cada co-titular de uma patente tem direito de impedir que terceiros comercializem produtos cobertos pela patente, no Brasil, sem necessidade de anuência dos demais co-titulares? Tal situação também se aplica ao mercado internacional?***

**Resposta:** A licença ou a autorização para o uso da patente deverá ser concedida pelos co-titulares em comum acordo. Logo,

caso terceiro esteja utilizando de forma legal a referida patente, ou seja, munido de documento que comprove que os co-titulares permitiram o uso da mesma na comercialização de produtos, os co-titulares não poderão impedir o comércio dos produtos.

A exceção à regra exposta acima é caso a comercialização não esteja obedecendo aos termos da licença ou da autorização concedida. Nesse caso, é permitido que quaisquer co-titulares ingressem com as medidas cabíveis para cessar a comercialização do produto.

Caso terceiro esteja utilizando a patente de forma ilegal, ou seja, sem a autorização ou licença dos co-titulares, caberá sim o direito de impedir a comercialização dos produtos.

## **6. Pontos Conclusivos**

Como observado, a lacuna legislativa sobre a co-propriedade de desenvolvimentos tecnológicos permite uma maior flexibilidade nas negociações dos Acordos de PD&I, incluindo a definição dos direitos e deveres dos co-proprietários dos desenvolvimentos tecnológicos.

Essa liberdade é positiva e fundamental nas parcerias entre sociedades empresárias e universidades e instituições públicas de pesquisa, no âmbito da Lei de Inovação, visto que o entendimento prevalente até 2004 era no sentido serem ativos estatais os desenvolvimentos decorrentes dos Acordos de PD&I envolvendo universidades públicas. Isso reduzia enormemente definições diferenciadas sobre a propriedade e repartição de lucros.

Com a Lei de Inovação, esses desenvolvimentos passaram a ser considerados ativos empresariais, sendo que as regras de propriedade e repartição de lucro decorrente das criações resultante das parcerias passaram a ser matérias estritamente empresariais.

Por outro lado, esta flexibilização acentuou questionamentos sobre a lei aplicável às lacunas existentes nos Acordos de PD&I sobre

a co-propriedade de direitos, principalmente sobre os direitos e obrigações dos titulares, quais sejam os artigos do Código Civil ou o escasso regramento da Lei Autoral. Tendo em vista o interesse comum normalmente vislumbrado para os partícipes dos Acordos de PD&I, entende-se que as regras do Código Civil fornecem uma maior flexibilização para a exploração do desenvolvimento tecnológico e determina eficazmente os deveres de cada co-proprietário. Entende-se assim que a Lei Autoral seria juridicamente restritiva e maléfica, na medida em que permite a prática da competição predatória entre os proprietários em comum.

Não obstante, é reconhecido que o melhor regramento para a co-propriedade dos desenvolvimentos tecnológicos é aquele definido em negociação pelos co-proprietários, pois expressa a concordância das partes sobre cada faculdade a ser exercida sobre o desenvolvimento. Vislumbra-se relevante, portanto, que os partícipes dos Acordos de PD&I determinem já no referido acordo regras sobre propriedade e exploração das criações eventualmente desenvolvidas durante o processamento desta parceria.

# **PROTEÇÃO DA MARCA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DILUIÇÃO NO BRASIL**

## **TRADE MARK PROTECTION AND THE USE OF THE DILUTION THEORY IN BRAZIL**

*Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida*

*Resumo:* O presente artigo tem como função destacar o relevante papel das marcas no sucesso de um produto e a possibilidade de adoção da Teoria da Diluição para viabilizar a sua tutela no âmbito judicial. A Teoria da Diluição busca evitar a diminuição do poder de venda de uma marca ao repelir a diluição do seu poder distintivo. Busca-se impedir a banalização de uma marca por ato de outros empresários. A Teoria da Diluição, cuja aplicação é autorizada pela Lei de Propriedade Industrial, mostra-se mais adequada que a Teoria da Distância para a proteção da unicidade, reputação ou consistência de uma marca quando a marca a ser tutelada for criativa e/ou famosa.

*Palavras-chave:* Marca. Distintividade. Teoria da Distância. Teoria da diluição. Lei de Propriedade Industrial.

*Abstract:* The present paper aims to stand out the relevant role of trade marks for a product's success and it intends to show the possible use of the Dilution Theory by the Judiciary branch in order to protect trade marks. The Dilution Theory tries to avoid the decrease of a trade mark's power of sale and to repel the dilution of its distinctive power. It avoids the trivialization of a trade mark caused by acts of other entrepreneurs. The Dilution Theory, which adoption is authorized by the Industrial Property Law, is more adequate than the

Distance Theory for the protection of the unicity, reputation or consistency of a trade mark when the trade mark to be protected is creative and/or famous.

*Keywords:* Trade mark. Distinctiveness. Distance Theory. Dilution Theory. Industrial Property Law.

*Sumário:* 1. A distintividade da marca. 2. A escolha da marca. 3. Da Teoria da Diluição e sua aplicação no Brasil. 4. Conclusão.

## **1. A Distintividade da marca**

Ao individualizar um produto, a fim de distingui-lo dos concorrentes, a marca garante ao empresário o retorno de seu investimento, na medida em que adquira a preferência e a fidelidade do consumidor.

Reza o art. 122 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14/05/1996) que o sinal, para que seja suscetível de registro marcário, deve ser dotado de distintividade, ou seja, de uma característica tal que, suficientemente, o diferencie de outras marcas.

Assim, a distintividade serve, a um só tempo, tanto como proteção ao titular – revelando seu produto – quanto também ao consumidor, que identifica com maior facilidade exatamente aquele produto que pretende adquirir, o que demonstra que a marca é um veículo que serve para revelar os valores, objetivos e conceitos adotados por uma empresa.

Segundo destaca a doutrina:

*“Cada marca tem um grau de distintividade e uma imagem na mente do consumidor, gozando de diferentes níveis de reputação em decorrência da qualidade, dos investimentos em propaganda e em tecnologia do tempo e tradição no mercado, da experiência do consumidor com o produto ou com o serviço. Essas circunstâncias fáticas geram*



*maior ou menor fidelidade do consumidor, refletindo em diferentes níveis de penetração e participação no mercado e no valor econômico da marca. Por esses motivos, dependendo do grau de conhecimento, penetração no mercado, tradição e tempo de uso da marca, a legislação confere diferenciada proteção às marcas de alto renome e às marcas notoriamente conhecidas em seu ramo de atividade, utilizando critérios mais rigorosos e excepcionais para reprimir a violação das mesmas.*<sup>1</sup>

Grande parte do sucesso de um produto está, pois, ligado ao poder de distintividade de sua marca identificadora, isto é, do poder de atrair o público.

Por outro lado, o sucesso de uma marca é determinado por alguns fatores relacionados pela doutrina, dentre os quais se destacam a *unicidade*, que é caracterizada pelo fato de que quanto menos marcas semelhantes existirem no mercado, mais o consumidor se lembrará daquela marca; a *reputação*, que se caracteriza pelo fato do consumidor ser atraído pelo estereótipo que determinada marca representa, ao efetuar sua primeira compra, o que termina por cativá-lo ou não; e, por fim, a *consistência* (no uso) que consiste no fato de que quanto mais a marca for usada sem alterações substanciais, mais será essa a imagem que ficará fixada na memória do consumidor.

Diante desses fatores, pode-se chegar a duas conclusões: (i) quanto menos a marca coexistir com outras semelhantes, maior será sua reputação no mercado e (ii) quanto mais nítida for sua imagem, maior será seu poder de fixar-se na mente do consumidor e, conseqüentemente, maior também o seu poder de venda.

Fixadas essas premissas – fundamentais para o raciocínio –, passa-se à questão da escolha da marca.

---

1 *A Proteção do Valor da Marca*. Antonio Ricci. Artigo publicado na Gazeta Mercantil/SP, coluna Comentário Jurídico, em 28/06/2007.

## **2. A Escolha da marca**

Ao optar por um determinado signo para representar sua empresa, seu produto ou serviço, o empresário pode eleger um vocábulo ou elemento débil, por ser fortemente evocativo e com evidente ligação direta com o produto ou serviço, ou um vocábulo ou elemento original, forte, altamente distintivo em si mesmo, sem nenhuma relação com o produto ou serviço a designar.

No primeiro caso, a debilidade da marca está em si mesma, como um elemento intrínseco dela própria, o que a obriga a conviver com outras assemelhadas, prejudicando suas qualidades de unicidade e de consistência e, eventualmente, de reputação. Não se pode perder de vista que quanto mais uma marca se aproxima de um vocábulo de uso comum, menor força terá para impedir que seus concorrentes se utilizem de signos parecidos. Mas essa foi a escolha do empresário, não podendo, pois, insurgir-se, posteriormente, quando o órgão marcário ou o Judiciário admitem o convívio com outras variações forçosamente vizinhas.

No segundo caso, porém, como se trata de uma marca forte, a relativização de sua proteção pode debilitá-la, não por fatores intrínsecos, mas sim por fatores externos, independentes da vontade de seu titular, enfraquecendo-a, ante o crescente aumento de registros semelhantes em um processo gradual e constante que termina por banalizar um signo originalmente distintivo em si mesmo.

A questão da distintividade seria, então, aparentemente, de fácil solução, bastando se definir se as marcas em rota de colisão são fracas ou fortes.

Inexiste, porém, essa aparente simplicidade.

Tradicionalmente, em um processo de colidência entre marcas, o Judiciário vem-se utilizando da Teoria da Distância, que avalia a equidistância morfológica entre as marcas, num dado ramo de negócios, e a possibilidade de coexistência entre elas, a partir dos ele-

mentos que as distinguem e afastam e da preexistência de outros registros assemelhados, verificando a possibilidade de causar confusão no consumidor.

Essa é a teoria tradicional no campo da propriedade industrial, que vem sendo adotada pelos tribunais, sem maiores discussões.

Existem, porém, outras formas de decidir o impasse, com base em teorias desenvolvidas quase sempre nos Estados Unidos da América ou na Europa que, embora de pouco ou nenhum uso pelo Judiciário brasileiro, podem e devem ser consideradas.

Uma delas, de enorme importância e para a qual se pretende chamar aqui a atenção é a Teoria da Diluição.

### **3. Da Teoria da Diluição e sua aplicação no Brasil**

A teoria da diluição é naturalmente vocacionada para proteger as marcas criativas, mas pode também, eventualmente, proteger uma marca evocativa, desde que tenha adquirido o estágio de famosa (não necessariamente de alto renome ou notoriamente conhecidas).

Segundo tal teoria, o uso não autorizado e constante por terceiros de signos vizinhos a uma marca altamente distintiva – assim considerada por sua originalidade ou por sua fama – pode vir a afetar essa marca, diluindo seu poder distintivo, obscurecendo aqueles fatores determinantes do sucesso de uma marca, referidos no início deste texto.

O efeito direto da diluição é a diminuição do poder de venda da marca.

A doutrina norte-americana identifica três espécies de diluição, cada uma delas afetando um daqueles fatores determinantes do sucesso da marca.

A diluição por ofuscação afeta a *unicidade* da marca, que-

brando sua própria força distintiva em si mesma, na medida em que a coexistência com marcas semelhantes prejudica a ligação imediata marca/produto/empresa, na mente do consumidor. Um exemplo que pode ser citado é o caso *Ringling Bros. & Bailey Combined Shows, Inc. X Celozzi-Ettelson Chevrolet, Inc.*, no qual o slogan “o maior show da terra” (“*the greatest show on earth*”), para o circo da autora, foi copiado pela ré, que adotou “o maior show de carros usados da terra” (“*the greatest used car show on earth*”), em seu salão de exposições, exatamente com o mesmo tipo estilizado de letra da autora e com adornos circenses.<sup>2</sup>

Já na diluição por maculação, ofende-se a *reputação* da marca, maculando sua integridade moral, a partir do momento em que passa a ser associada com produtos de baixa qualidade ou com um conceito moral reprovável, como ocorreu no caso *American Express X Vibra Approved Laboratories (EUA)*, onde o slogan daquela, “não saia de casa sem ele” (“*don't leave home without it*”) foi usado em caixas de preservativos produzidos por esta.

Finalmente, a diluição por adulteração afeta a *consistência* da marca, ao admitir uso diverso daquele desejado por seu titular e fixado na mente do consumidor, diminuindo seu poder de venda. A esse respeito, vale citar o caso *Deere & Co. X MTD Products, Inc.* (duas fabricantes de tratores): por meio de publicidade comparativa veiculada em rede de televisão, a ré usou o logotipo da autora – o desenho de um cervo – em movimento constante, enquanto a figura registrada era estática. O comercial, em tom irônico, trazia os tratores das duas empresas. Ao ver o trator da ré, o cervo saltava fora do emblema do trator da autora e fugia de medo.

Nos mencionados exemplos, pode-se observar a preocupação em não se permitir a diluição da marca, resguardando seu poder dis-

---

2 Exemplos retirados do texto “Diluição de marca: uma teoria defensiva ou ofensiva?”, do Dr. Filipe Fonteles Cabral, advogado do escritório Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira, publicado na *Revista da ABPI* nº 58, p. 24/29.

tintivo e preservando seu poder de venda, independentemente da possibilidade de confusão ou de associação entre as marcas em confronto.

É essa banalização da marca inicialmente forte – seja por sua originalidade, seja por sua fama – que a teoria da diluição pretende evitar.

A *ratio* da teoria da diluição é que a diminuição gradual da distintividade e do valor de uma marca, como resultado do uso indiscriminado por terceiros, constitui uma invasão indevida do direito de propriedade da marca, ainda que inexista possibilidade de confusão.

Assim, ao se deparar com um caso em que seja aplicável a teoria da diluição, a preocupação do julgador não deve ser a distância entre os signos ou a possibilidade de induzir o consumidor a erro, mas sim a necessidade de resguardar a distintividade de uma marca que mereça manter seu alto grau de integridade, material e moral, e sua reputação.

Em uma palavra, se a marca é banal e/ou anônima, aplica-se a teoria da distância e se a marca é criativa e/ou famosa, aplica-se a teoria da diluição.

Por óbvio que, nesses casos, haverá sempre uma decisão antecedente do julgador, para se aferir se a marca em questão merece, por força de sua história, de seus elementos e de seus aspectos fáticos, obter a proteção da teoria ora discutida.

Somente após devidamente convencido de que o signo é forte e/ou famoso o suficiente para merecê-la é que poderá avaliar se ela se aplica efetivamente ao caso concreto.

Há uma evidente carga de subjetividade nesse julgamento que é, aliás, inevitável.

É possível afirmar que esta teoria é aplicável no Brasil, em vista do disposto na Lei de Propriedade Industrial, com base nos argumentos a seguir.

A LPI, além de assegurar ao titular do registro validamente expedido a propriedade e o uso exclusivo da marca em todo o território nacional (art. 129), também lhe assegura outros direitos (art. 130), dentre eles o de zelar pela sua integridade material ou reputação (inciso III).

Ora, a busca constante pela defesa da marca, com vistas a manter sua unicidade, reputação e consistência, integra um dos aspectos possíveis desse direito/dever do titular de zelar por sua integridade material e reputação, autorizando, pois, a utilização no Brasil da teoria da diluição.

A 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região já teve oportunidade de discutir esse assunto, tendo reconhecido expressamente a possibilidade de sua aplicação no Brasil, em decisão pioneira cujo acórdão transcreve-se abaixo.

(Por se tratar de um *leading case*, sinto-me compelida a transcrever acórdão de minha lavra, pelo que peço vênua, mas foi justamente esse caso que despertou meu interesse pela matéria. Ademais, trata-se de decisão colegiada, devidamente avaliada por meus pares, o que dilui o pecadilho da auto-citação.)

*PROPRIEDADE INDUSTRIAL. COLIDÊNCIA DE MARCAS. TEORIA DA DISTÂNCIA. TEORIA DA DILUIÇÃO. DOUBLEMINT. DOUBLE SOFT.*

*1. No exame de eventual colidência, doutrina e jurisprudência têm tradicionalmente se utilizado da teoria da distância, que, fundamentando-se nos princípios da equidade e da igualdade, sustenta a coexistência de marcas quando a situação fática atual possibilite o convívio harmônico de signos semelhantes ou afins.*

*2. Embora muito eficaz na maioria dos casos, tal critério não é capaz de abarcar hipóteses especialíssimas, onde a infringência de direitos pode ganhar matizes diversos, que exigem uma análise mais profunda e sob outro enfoque, o da teoria da diluição.*

*3. A idéia principal da teoria da diluição é a de proteger o titular contra o enfraquecimento progressivo do poder distintivo de sua marca, mormente em casos de marcas que ostentam alto grau de reconhecimento ou que sejam muito criativas, sendo o paradigma para a de-*

*cisão entre aplicar a teoria da distância ou a teoria da diluição a fama e a criatividade do sinal.*

*4. Conquanto os efeitos de uma violação direta de marca registrada sejam mais facilmente identificados e tragam prejuízos imediatos, o resultado da diluição de uma marca traz efeitos nefastos, vez que enquanto o primeiro ludibria os consumidores já existentes, o segundo enfraquece o poder de venda de um sinal distintivo, podendo ser até irreversível.*

*5. Apelações improvidas.*

(TRF-2. Apelação Cível nº 2002.51.01.514660-7. 2ª Turma Especializada. Rel. Des. Liliane Roriz. j 22.08.2006. DJU 04.09.2006)

Como se observa, o acórdão em questão admitiu que a marca, embora evocativa, era suficientemente famosa a ponto de justificar a aplicação da teoria da diluição.

Abordou também a questão relativa à aquisição de distintividade por uma marca que originalmente não poderia nem mesmo ter sido deferida, por se tratar de sinal de caráter evidentemente genérico, mas que, uma vez concedido o registro de marca, o uso constante acabou por fixá-la na mente do consumidor como uma marca que identifica determinado produto, outorgando-lhe distintividade adquirida.

Ora, as circunstâncias fáticas que cercam uma determinada marca podem evidenciar que, embora originalmente o signo escolhido como marca não fosse dotado de distintividade, ao longo do tempo terminou por adquirir essa qualidade, por seu uso constante e em vista dos consumidores a identificarem como marca de um determinado produto. É o chamado *secondary meaning* ou distintividade adquirida.

Fenômeno inverso é aquele dos vocábulos que, por força da distintividade do signo, passam a ser de uso geral, identificando-se de tal forma com o produto que pretendiam distinguir que terminam por se transformar em uma de suas denominações usuais e correntes, o denominado fenômeno da degenerescência.

Pode parecer um sonho para qualquer empresário escutar alguém se referir ao produto de seu concorrente designando-o pelo que crê ser seu nome, mas que, na realidade, é a marca de titularidade daquele empresário. Em outras palavras: o nome do produto e a marca tornam-se sinônimos na mente do consumidor, degenerando o *primary meaning* da marca.

Esse suposto ideal para o empresário não é, na verdade, um sonho, mas sim o primeiro passo para a degenerescência do signo como marca identificadora do produto, além de um fator que pode vir a atrapalhar algumas decisões estratégicas da empresa.

E o pior ainda está por vir.

O pior acontece quando os demais fabricantes do produto passam a designar os seus próprios produtos, no rótulo ou na propaganda, pela marca do terceiro, sem medo de qualquer sanção legal.

Assim, paulatinamente, mas inexoravelmente, a marca vai perdendo sua distintividade para passar a ser uma denominação de uso comum.

Discute-se se, nesses casos, o registro da marca pode ser invalidado, administrativa ou judicialmente, durante a vigência do mesmo.

A meu ver, em nível administrativo, tal pedido é juridicamente impossível, por não constar expressamente da LPI, como causa de extinção da marca.

No nível judicial, porém, cuja amplitude de julgamento é outra, creio não ser causa de extinção do feito sem julgamento do mérito, podendo o pedido ser avaliado, por força do disposto no art. 122 da LPI, que define a marca como sendo **“um sinal distintivo”**. Assim, a distintividade é um elemento intrínseco e constituidor da marca, que não pode continuar a ser marca caso deixe de identificar e distinguir, passando a constituir-se em termo de uso comum. Retirado



da marca esse seu caráter, perde ela sua função e, em consequência, sua validade.

Reconheço, porém, que a questão é bastante polêmica.

De todo modo, a passividade e inatividade do titular de uma marca, que não procura evitar que seus concorrentes, os consumidores, a mídia e os meios de publicidade se utilizem dela como nome do produto, tem um preço: continuará a ter seu certificado de registro num quadro pendurado na parede; mas esse registro terá valor meramente nominal, sem qualquer valor real como signo.

#### **4. Conclusão**

Em resumo, em questões de distintividade, a regra é clara: uma marca é distintiva e capaz de obter proteção: (i) se ela for intrinsecamente distintiva ou (ii) se ela adquirir distintividade através do uso.

No exame de colidência, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, deve ser considerado não somente o quadro atual, mas também os dados históricos, o caráter unitário de cada marca e a eventual ocorrência do fenômeno da notoriedade.

Os meios de proteção da marca incluem, dentre outros, a teoria da diluição, como arma de defesa contra eventuais ataques a sua unicidade, reputação ou consistência.

Por outro lado, como a marca tem uma função dinâmica, que pode ser diretamente afetada pelos fatos, pode ela deixar de ser distintiva, degenerando-se, o que pode e deve ser evitado, com o combate constante ao *“genericismo” e à banalização ou diluição do signo*.

Os efeitos de uma violação direta de marca são facilmente identificados, com prejuízos imediatos; mas, a longo prazo, os feitos

da diluição de uma marca podem ser ainda mais nefastos, até por força de sua irreversibilidade e perda de seu poder de venda.

A questão da diluição da marca é de extrema importância e deve ser melhor avaliada no Brasil, tanto pelos empresários, quanto pelos advogados da área de propriedade industrial, pelo INPI e pelo Judiciário.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
PRIVADAS**



## **RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS**

### **O STJ E A HOMOLOGAÇÃO DOS LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS: BALANÇO POSITIVO DE QUATRO ANOS DE ATUAÇÃO**

#### **THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT'S DECISIONS ON RECOGNITION OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: POSITIVE ANALYSIS OF ITS FIRST FOUR YEARS OF WORK**

*Nadia de Araujo\**

*Resumo:* O artigo analisa como o Superior Tribunal de Justiça — STJ tem compreendido o seu papel na tarefa de incentivar a cooperação jurídica internacional, através do respeito à autonomia da vontade das partes em eleger a via arbitral para solucionar conflitos de natureza comercial. Na primeira parte, cuida-se do sistema e alcance do processo de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil. Na segunda, a partir da divisão em quatro tópicos, dos casos específicos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros. Depois da transferência da competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras, inclusive arbitrais, para a Corte Especial do STJ, houve grande incremento de casos sobre esse tema. Os itens analisados foram a validade da cláusula arbitral estabelecida antes da Lei de Arbitragem de 1996; a questão relativa à citação; a comprovação da existência da cláusula arbitral e sua

---

\* Gostaria de agradecer ao monitor da disciplina de Direito Internacional Privado no Departamento de Direito da PUC-Rio, Marcus Valverde, pela ajuda na organização da relação de casos de arbitragem, pesquisa, leitura das primeiras versões desse trabalho e revisão final.

importância para a homologação do laudo arbitral; e a aceitação da autonomia da vontade nos contratos internacionais como um fator que não ofende a ordem pública brasileira, pelo que a maioria dos pedidos de homologação de laudos arbitrais foi concedida. Ao final, se sugerem alguns conselhos de ordem prática aos operadores jurídicos do comércio internacional.

*Palavras-chave:* Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Superior Tribunal de Justiça. Cooperação jurídica internacional. Comércio internacional.

*Abstract:* The article analyses how the Brazilian Superior Court has viewed its role in international civil cooperation, especially in the area of international arbitration. In cases of recognition of foreign awards, the Court has demonstrated its respect for party autonomy when arbitration was the chosen method for commercial disputes. In the first part, the article discusses how the process of recognition and enforcement of foreign decisions are dealt with in Brazil. In the second part of the article, foreign awards recognition cases' are divided in four areas. This is due to the fact that after the change of these cases of recognition of foreign decisions from the Supreme Court to the Superior Court their numbers have increased rapidly. The four topics are: the validity of the arbitral clause after the enactment of the Brazilian Law of Arbitration, in 1996; the service of process issue in international recognition cases; the importance of the arbitration clause's existence and how to prove it; and finally, the acceptance that party autonomy's principle in international contracts is not against public policy, allowing the recognition of most cases. As a conclusion, practical advice is given to lawyers and practitioners.

*Keywords:* Recognition of foreign arbitral awards. Superior Court. International judicial cooperation. International commerce.

*Sumário:* Introdução. I. Conceito, características e requisitos da homologação de sentenças estrangeiras. II. Análise dos laudos arbitrais estrangeiros no STJ. II. 1. Os casos do STJ: a) Cláusula arbitral anterior à lei de arbitragem; b) Ausência de citação como razão de indeferimento; c) A existência e comprovação da cláusula arbitral; d) Con-

*tratos internacionais, autonomia da vontade e os princípios que regem o comércio internacional não são contra a ordem pública brasileira. Conclusão.*

## **Introdução**

Nos dias atuais, com o aumento das operações comerciais transnacionais de todo tipo, cresce a importância da harmonização e uniformização das normas relativas à cooperação jurídica internacional. Além disso, os países também incrementam suas relações bilaterais, de integração regional e multilateral. Isso acarreta um aumento de casos tanto no judiciário local quanto nos centros de mediação e arbitragem, que passam a receber maior fluxo de casos internacionais e atos provenientes do exterior para julgamento.

No direito brasileiro, a partir da Lei de Arbitragem – Lei nº 9307/06, o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras estão disciplinados no capítulo VI (artigos 34 a 40) do mesmo diploma legal. Os laudos arbitrais são considerados estrangeiros pelo critério geográfico da localização da arbitragem, e equiparados às sentenças estrangeiras, na esteira do que ocorre com os laudos nacionais, que constituem um título executivo judicial. O artigo 35 explicita a necessidade de sua homologação, referindo-se ainda à competência do STF para realizar essa tarefa, agora transferida ao STJ pela EC nº 45/04.

Portanto, nos casos em que execução do laudo estrangeiro não se dá de forma espontânea, somente após sua homologação será reconhecido e executado no Brasil. Ainda nos artigos 38 a 40, encontram-se os requisitos para homologação e os casos em que o pedido pode ser negado, tudo em conformidade com o que já consta dos demais diplomas que cuidam da matéria.

O sistema brasileiro, calcado no modelo italiano de delibação, é do tipo concentrado. A tarefa fora designada pela Constituição de 1934 ao Supremo Tribunal Federal, até a entrada em vigor da deno-

minada Reforma do Judiciário,<sup>1</sup> *que transferiu a competência originária da cooperação jurídica internacional para o Superior Tribunal de Justiça. Assim, nos dias atuais, cabe analisar a jurisprudência do STJ para saber como estão sendo recepcionados os laudos arbitrais estrangeiros.*

Inicia-se o estudo com algumas considerações rápidas sobre a conceituação do processo de homologação. Na segunda parte, foram escolhidos quatro tópicos relativos aos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros já julgados até o momento, sem pretensão de exaurir o tema: a) cláusula arbitral anterior à Lei de Arbitragem; b) ausência da citação como razão de indeferimento; c) existência e comprovação da cláusula arbitral; d) contratos internacionais, autonomia da vontade e os princípios que regem o comércio internacional não são contra a ordem pública brasileira

## **I. Conceito, características e requisitos da homologação de sentenças estrangeiras**

O processo de homologação de sentença estrangeira no Brasil realiza um *juízo de delibação*, inspirado no modelo italiano. Neste, não se avalia o *mérito* da sentença estrangeira a ser homologada,<sup>2</sup> pois se cuida de verificar o cumprimento dos requisitos de homologabilidade exigidos pela legislação brasileira e, apenas tangencialmente, o mérito da questão ao avaliar se esta não ofende a ordem

---

1 A Reforma do Judiciário transferiu a competência do Supremo Tribunal Federal (o “STF”) para o Superior Tribunal de Justiça (o “STJ”). Cf.: BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dez. 2004. Assim, buscando dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal, o STJ editou, em primeiro lugar, a Resolução nº 22, de 31 de dezembro de 2004, e em seguida, a Resolução n. 9, com regras mais detalhadas e em vigor até hoje. Nos artigos 5 e 6 estão as regras sobre homologação de sentenças estrangeiras.

2 Para a parte histórica, veja Araujo, Nadia de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



pública, a soberania nacional ou os bons costumes. O STF, no seu mister desde 1894, com o disposto pela Lei nº 221, e a partir de 1934, em todas as constituições até 2004, esclareceu o alcance de cada um dos requisitos e estabeleceu qual a noção de ordem pública aplicável às sentenças estrangeiras.<sup>3</sup> A partir de 2005, o STJ seguiu na sua maioria, a orientação sedimentada pela jurisprudência do STF, no que dizia respeito aos requisitos formais, com algumas modificações no item da ordem pública. Os requisitos para a homologação de sentença estrangeira estão elencados em documentos de origem internacional, através de tratados e convenções, e internamente, nas leis e disposições do STJ.<sup>4</sup>

No que diz respeito às fontes internas, há regras no Código de Processo Civil – CPC, na Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, e

---

3 Cf. SEC nº 5093, ementa: “(...) A Homologação pelo S.T.F. Constitui Pressuposto de Eficácia das Sentenças Proferidas por Tribunais Estrangeiros. — As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal — que é o Tribunal do foro —, uma função essencial na outorga de eficácia às sentenças emanadas de Estados estrangeiros. Esse processo homologatório — que se reveste de caráter constitutivo — faz instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes. (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada nº 5093. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de dezembro de 1996.

4 O Brasil ratificou os seguintes tratados internacionais após a vigência da Lei nº 9307/96, os quais devem ser observados para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: Convenção Interamericana de Arbitragem Internacional Comercial (Panamá 1975), Decreto nº 1902/96; Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu 1979), Decreto nº 2411/97; Convenção de Nova Iorque (Nova Iorque 1958), Decreto nº 4311/02; e Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires 1998), Decreto nº 4709/03. Entre os documentos de origem internacional, destaca-se o Protocolo de Lãs Lenas, que disciplina a cooperação jurídica internacional entre os países do Mercosul e que foi internalizado no Brasil pelo Decreto nº 2067/96. Neste, verifica-se uma simplificação para os pedidos oriundos de países do Mercosul, em que o próprio juiz estrangeiro remete por carta rogatória a decisão, que assim é diretamente homologada. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 485. Relator Min. Edson Vidigal, Brasília, DF, 30 de agosto de 2005.

na Resolução nº 9 do STJ.<sup>5</sup> O artigo 5º dessa última esclarece que: “constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: i) haver sido proferida por autoridade competente; ii) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; iii) ter transitado em julgado; e, iv) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.” Além disso, na forma do artigo 6º, da citada resolução, o único outro óbice à homologação é a contrariedade à ordem pública ou à soberania nacional.

Todos esses requisitos são analisados por ocasião do julgamento da ação de homologação. Se não houver impugnação, o que ocorre na maioria das vezes, a decisão monocrática é proferida pelo Presidente do Tribunal, na forma da Resolução nº 9 e seguindo a tradição do STF. Entretanto, se houver impugnação, a ação muda de classe e passa a ser uma “sentença estrangeira contestada”, sendo distribuída a um relator e julgada pela Corte Especial do STJ. O STJ já distribuiu mais de três mil e quinhentas sentenças estrangeiras no período de quatro anos, o que demonstra a grande incidência de casos e o incremento da cooperação jurídica internacional.<sup>6</sup> Embora a maioria sejam casos de pedidos de homologação de divórcio, verifica-se um aumento do número de decisões relativas às questões co-

---

5 Cf. Código de Processo Civil, art. 483: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Resolução n. 9 do STJ; Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 15: “Será executada no Brasil a sentença estrangeira proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo Único: Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.”

6 Da estatística do STJ, constata-se a distribuição de SE e SECs, em 2005, distribuídas 1.599 (SEs) e 107 (SECs) e julgadas 592 (SEs) e 26 (SECs); em 2006, distribuídas 857 (SEs) e 35 (SECs), e julgadas 790 (SEs) e 39 (SECs); em 2007, distribuídas 835 (SEs) e 30 (SECs) e julgadas 764 (SEs) e 39 (SECs).

merciais e, conseqüentemente, dos laudos arbitrais estrangeiros, que já passaram de vinte casos no período. Abaixo, o quadro dos casos já julgados e em andamento, objeto da segunda parte deste trabalho:

<b>Pedidos de homologação</b>	<b>Números</b>
Deferidos	14
Indeferidos	3
Extintos e acordos	2
Em andamento	5
<b>Total:</b>	24

A doutrina nacional tem se manifestado sobre a homologação das sentenças estrangeiras<sup>7</sup>. José Carlos Barbosa Moreira lembra que

---

7 Cf., em ordem de publicação, entre outros, BEVILAQUA, Clovis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1934. p. 427; CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 2ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 242; TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. 9ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. p. 387; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14ª ed., vol. 5, Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 50-99; ARAUJO, Nadia. **Direito Internacional Privado — Teoria e Prática Brasileira**. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. De novidade na matéria, confira-se, ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008. Outros recentes: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 549-558; FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 643-650; LEE, João Bosco. **A homologação de sentença estrangeira: a conexão de Nova York e o direito brasileiro de arbitragem**. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista, (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 175; PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de Sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista. (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 175, 339-350; DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado (Parte especial)**: Arbitragem

onde quer que se haja reputado necessário o ato formal de reconhecimento (“cumpra-se”, *exequatur* ou homologação), sempre se absteve o direito brasileiro de subordiná-lo à verificação, pelo órgão nacional, da justiça ou da injustiça da decisão, da existência ou da inexistência, nela, de *error in iudicando*. Restringe-se a prescrever o controle da observância de algumas formalidades, correspondentes ao mínimo de garantias que se entende compatível com a colaboração do Brasil, e a isso acrescenta um sistema de limites, destinado a impedir que surtam efeitos em nosso território sentenças estrangeiras contrárias — segundo a fórmula consagrada — “à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.”<sup>8</sup>

A aplicação desse sistema de limites serve para negar o reconhecimento requerido somente à sentença estrangeira que ultrapasse a linha divisória estabelecida pela legislação nacional estritamente para esse fim, e só nesta medida é que se autoriza o órgão brasileiro a analisar o conteúdo da decisão alienígena, pelo que o princípio da delibação é usado na sua forma pura.<sup>9</sup> O mérito da sentença proferi-

---

Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005; GAMA, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ARAÚJO, Nádia de. A nova lei de Arbitragem e os “princípios uniformes dos contratos internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT. In: CASTELLA, Paulo Biorba. (Org). **Arbitragem** – a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTR, 1997; FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos Arbitrais estrangeiros** – Reconhecimento e execução: Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2003; LEME, Selma Ferreira, **Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil**. Disponível em: “<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto610.pdf>”. Acesso em 27.09.08.

8 No seus *Comentários...*, p. 53 e seguintes, faz valiosa sistematização de direito comparado: (i) países que recusam eficácia equiparável à das decisões judiciais internas; (ii) países que reconhecem eficácia sentencial ao julgamento estrangeiro, subordinando-lhe contudo a produção de efeitos a um ato praticado por órgão nacional. Nesse último, ainda distingue entre os que dão ao órgão nacional poderes de plena revisão do julgado e aqueles em que ao órgão nacional compete, tão somente, a concorrência de determinados requisitos, também conhecido como sistema de *delibação*, que foi o adotado pelo Brasil. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: vol. 5, Arts. 476 a 565. 14ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: vol. 5, Arts. 476 a 565. 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

da no exterior permanece intocável, mas é no tocante à sua execução que não pode haver contrariedade à ordem pública e à soberania nacional.<sup>10</sup>

A homologação reveste-se de caráter de verdadeira ação, e tem natureza tipicamente jurisdicional, por isso o STF julgava o mérito da ação de homologação ao acolhê-la, o que também é feito hoje pelo STJ. Cria-se situação nova, que passa a produzir efeitos no território nacional. Sua natureza processual confirma-se com a possibilidade de ser rejeitada ou não, sendo do tipo constitutivo. O contraditório se restringe à discussão sobre a satisfação dos requisitos de homologabilidade, considerado como julgamento de mérito do pedido, o que configura um sistema de contenciosidade limitada.<sup>11</sup> Conseqüentemente, denegando ou concedendo a homologação, a decisão reveste-se da autoridade de coisa julgada no sentido material.<sup>12</sup> É evidente, contudo, que o STF, assim como hoje o STJ, *verificava* o mérito, chegando até a homologar parcialmente uma decisão estrangeira, ou seja, se havia uma decisão estrangeira em que parte dela atenta contra a ordem pública, a soberania nacional ou aos bons costumes, deixava-se essa parte de lado e reconhecia-se a parcela sem qualquer impedimento para ser homologada.<sup>13</sup> O STF, como hoje o STJ, não *revia* o mérito e sim, *apreciava* o mérito da decisão estrangeira e verificava se os requisitos essenciais para sua homologação haviam sido atendidos. É um juízo de *reconhecimento* da eficácia de sentenças proferidas no exterior, equiparando-as às decisões judiciais internas.<sup>14</sup>

---

10 FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 644.

11 Essa posição foi exposta em inúmeros julgados do STF e seguida pelo STJ.

12 ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª ed., 2008. pp. 310 e seguintes.

13 Cf. ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 310 e seguintes.

14 Gaetano Morelli, ao explicar a natureza jurídica do juízo de reconhecimento, lança mão das

Aliás, sobre esse ponto, novamente nos socorre Barbosa Moreira,<sup>15</sup> que bem esclarece que a correta interpretação do artigo 483 do CPC, é no sentido de que “toda a eficácia da sentença estrangeira, como ato decisório, depende da homologação para produzir-se no território brasileiro.” No sistema brasileiro, não há a figura do mero “reconhecimento” da decisão estrangeira, apesar da mesma poder ser considerada como elemento de prova nos autos de outro processo, mesmo sem homologação, como, por exemplo, estabelece a Convenção da Haia sobre seqüestro de menores. Por isso, o parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil foi considerado revogado pelo Código de Processo Civil de 1973.<sup>16</sup>

Com relação aos laudos arbitrais estrangeiros, com a edição da Lei nº 9307/96, passou a ser desnecessário um procedimento de

---

lições de Anzilotti para ressaltar que: “De ahí que el efecto del juicio de reconocimiento no es el de admitir la sentencia extranjera a que obre en el Estado, sino emitir un acto jurisdiccional que certifique, que mande, que aplique en el Estado, lo que el juez extranjero pudo válidamente certificar, mandar y aplicar solo en su próprio Estado. Desde ele punto de vista formal, no hay una sentencia sola que despliegue su efecto em dos Estados, sino dos sentencias, cada una de las cuales sólo es eficaz en el ámbito de la soberanía de donde emana; pero su contenido es idéntico, toda vez que ambas reposan en una actividad lógica.” MORELLI, Gaetano. **Derecho Procesal Civil Internacional**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 292.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 556.

16 Confira-se Petição avulsa nº 11, STF, ementa: “Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF. Importante acrescentar que a sentença estrangeira poderá ser utilizada como documento e com valor probante, independentemente da homologação. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição avulsa nº 11, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: vol. 5, Arts. 476 a 565. 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 79-80.

homologação ou reconhecimento no local de origem do laudo. Houve um longo período de dúvidas sobre a constitucionalidade da lei, afinal dirimida pelo STF, em 2001, no julgamento da sentença estrangeira nº 5206. Nesta, o Ministro Sepúlveda Pertence deferiu a homologação e, incidentalmente, decidiu pela constitucionalidade da lei em questão.<sup>17</sup> Depois disso, outros laudos foram objeto de homolo-

---

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SEC nº 5206. Relatora Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. “EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis — a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem — a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral — não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal — dado o seu papel de “guarda da Constituição” — se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte — incluído o do relator — que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória — dada a indeterminação de seu objeto — e a possibilidade de, de outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, pará. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações

gação, e no STJ todos eles vieram diretamente ao tribunal, cuja análise se fará a seguir.<sup>18</sup>

Da pesquisa realizada, constatou-se que a grande maioria dos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros foi objeto de impugnação, razão pela qual foram redistribuídos e julgados pela Corte Especial do STJ. Com isso, foi possível observar a posição de diversos Ministros e não apenas a do Presidente. Os acórdãos são longos e fundamentados, havendo vários exemplos de manifestação de voto, o que demonstra a importância do tema.

Com relação ao cumprimento dos requisitos formais e à análise da contrariedade à ordem pública, são pontos sempre presentes na fundamentação, como em outros pedidos de homologação de sentença estrangeira<sup>19</sup>. Por isso, neste trabalho, analisaremos somente questões escolhidas que são características dos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros.

---

atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade — aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).”

18 Há uma discussão na doutrina a respeito da eventual desnecessidade de homologação dos laudos arbitrais estrangeiros, por conta da entrada em vigor da Convenção de Nova York após a Lei nº 9307/06. Essa corrente não encontrou eco na posição dos tribunais, e mesmo em outras manifestações da doutrina. Para maiores detalhes, veja-se: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 34 e seguintes. Para Pedro Batista Martins, uns dos autores da lei, não há que se falar em desnecessidade do procedimento de homologação, porque este decorre de mandamento constitucional (artigo 105, I, i), e a Convenção de Nova York precisa estar em consonância com a Carta Magna. MARTINS, Pedro Batista. **Sentença Arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação**. In: WALD, Arnaldo. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 1, nº 01, janeiro – abril 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

19 Para uma visão abrangente da matéria, veja ARAUJO, Nadia. **Direito Internacional Privado**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. capítulo sobre sentenças estrangeiras.



## II. Análise dos laudos arbitrais estrangeiros no STJ

Na época em que esta matéria era julgada pelo STF, um grande óbice à homologação dos laudos estrangeiros e que impedia a sua maior aceitação, era a sua morosidade e a ausência do reconhecimento dos laudos diretamente como sentença estrangeira. Por serem considerados tal qual um acordo privado, sem força judicial, necessitavam de uma homologação prévia no local de sua prolação, isso encarcerava e burocratizava todo o processo. Chamava-se a esse sistema de dupla homologação,<sup>20</sup> situação que só se modificou depois da Lei de Arbitragem.<sup>21</sup>

O STJ demonstrou ter aceitado esses instrumentos como parte integrante e importante do comércio internacional, e, sobretudo, a escolha da arbitragem para dirimir seus conflitos, como uma expressão da autonomia da vontade das partes, o que é mencionado diretamente nas decisões. Com esse novo quadro normativo, criam-se condições para um ambiente de maior confiança e certeza jurídica para as partes envolvidas no comércio internacional.

---

20 No Brasil, as origens das razões que impediram a adesão do país à Convenção de Nova York estão na posição de Clóvis Beviláqua, de quando era consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, posteriormente endossadas na década de cinquenta do século XX por Hildebrando Accioly. Clóvis Beviláqua distinguia as sentenças arbitrais entre aquelas em que houvera intervenção judicial ou não. Para ele, sem a sanção de um órgão judicial, a sentença arbitral não poderia ser homologada. A intervenção judicial prévia era requisito essencial para possibilitar a homologação e, conseqüentemente, seus efeitos no território nacional. Vejam-se os pareceres na coleção **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty**. vol. 5, Brasília: Senado Federal. Cf., ainda, ARAUJO, Nadia. **A Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros**: análise das razões contrárias à sua adoção nos anos cinquenta do século XX. No prelo. Veja-se, no final deste trabalho a lista dos casos julgados pelo STF e pelo STJ. (referência não incluída na lista).

21 Com a mesma opinião, cf. LEE, João Bosco. A homologação de sentença estrangeira: a conexão de Nova York e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista. (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 177.

## **II. 1. Os casos do STJ**

O balanço dos casos julgados pelo STJ afirma sua posição em favor do comércio internacional como um todo e de seus usos e costumes, entre os quais a arbitragem é uma dos favoritos. Na prática internacional, é comum o cumprimento espontâneo dos laudos, pois o comércio internacional se assenta na confiança entre as partes. No entanto, é fundamental a posição do STJ no reconhecimento dos laudos estrangeiros, pois reforça essa imagem positiva, ao impedir que partes recalcitrantes utilizem a via judicial para rediscutir o que já fora decidido na instância arbitral.

Quatro tópicos foram selecionados para discussão: a) cláusula arbitral anterior à Lei de Arbitragem; b) ausência da citação como razão de indeferimento; c) a existência e comprovação da cláusula arbitral; d) contratos Internacionais, autonomia da vontade e os princípios que regem o comércio internacional não são contra a ordem pública brasileira.

### **a) Cláusula arbitral anterior à Lei de Arbitragem**

Um dos primeiros casos do STJ se destaca por ter discutido, entre outros aspectos, a validade da cláusula arbitral acordada anteriormente à edição da Lei de Arbitragem. Na Sec nº 349,<sup>22</sup> as partes elegeram o foro do Japão com cláusula compromissória expressa e depois de sua realização, por ocasião da homologação, a requerida argumentou que a cláusula era inválida.<sup>23</sup>

---

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 349. Relatora Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 21 de maio de 2007. Veja-se trecho da ementa: “3. As disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos celebrados antecedentemente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.”

23 Ainda na SEC nº 349, discute-se a questão da litispendência. O caso também apresenta outros aspectos interessantes, inclusive a questão da litispendência, porque a requerida acionou a empresa japonesa no Brasil, e, ante a existência da cláusula arbitral, a justiça brasileira

Para a parte requerida, a validade da cláusula compromissória, que embasava a sentença arbitral, não poderia prevalecer, porque na época da assinatura do contrato, não existia a Lei de Arbitragem brasileira — embora a arbitragem tenha sido realizada já sob a égide da nova lei. Mas o STJ não concordou com essa posição e ressaltou que a cláusula era expressa e fora aceita de forma espontânea, pelo que não havia como negar a sua vinculação ao foro japonês e à Justiça Arbitral Japonesa. Em interessante voto-vista, o Min. Luiz Fux deu à discussão a argumentação de cunho processual que acabou prevalecendo. Para ele, “a arbitragem é um instituto eminentemente processual, razão pela qual a lei que regula o instituto aplica-se de imediato aos fatos pendentes.”<sup>24</sup> Posteriormente, na SEC nº 831,<sup>25</sup> estava

---

se declarou incompetente. No entanto, por ocasião da homologação, ainda estava pendente o recurso especial desta ação. O STJ decidiu pela homologação, por se tratar de contrato internacional e presentes todos os requisitos, apesar de ter havido votos divergentes.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 349. Relatora Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 21 de maio de 2007. Trecho do voto-vista do Min. Fux, ementa: “VOTO-VISTA PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. LAUDO ARBITRAL CALCADO EM COMPROMISSO LAVRADO EM DATA ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.307/76. 1. Enfoque da questão sob o ângulo material resvalando na máxima *tempus regit actum*, por isso que aparente retroatividade na submissão desses pactos ao regime da *lex posterior*. 2. A arbitragem é instituto eminentemente processual, razão pela qual a lei que regula o instituto aplica-se de imediato aos feitos pendentes e a fortiori aos que ainda não se iniciaram. 3. Inaugurada a demanda arbitral sob a égide da nova lei, inegável a sua incidência, quer quanto às matérias submetidas a esse novel equivalente jurisdicional, quer quanto aos requisitos da homologabilidade da sentença arbitral.” Trechos do voto: “À luz de tanto quanto se extrai dessas lúcidas especulações doutrinárias, concludo que a arbitragem é instituto eminentemente processual, razão pela qual a lei que regula o instituto aplica-se de imediato aos feitos pendentes e a fortiori aos que ainda não se iniciaram. Sob esse enfoque, inaugurada a demanda arbitral sob a égide da nova lei, inegável a sua incidência, quer quanto às matérias submetidas a esse novel equivalente jurisdicional, quer quanto aos requisitos da homologabilidade da sentença arbitral.”

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 831. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 19 de novembro 2007. Ementa: “SENTENÇA ESTRANGEIRA. JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO INTERNACIONAL FIRMADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM (9.307/96). ACORDO DE CONSÓRCIO INADIMPLIDO. EMPRESA BRASILEIRA QUE INCORPORA A ORIGINAL CONTRATANTE. SENTENÇA HOMOLOGADA. 1. Acordo de consórcio internacional, com cláusula arbitral expressa, celebrado entre empresas francesa e brasileira. 2. A empresa requerida, ao incorporar a original contratante, assumiu

em questão uma cláusula também anterior à lei, mas houvera sucessão no consórcio, e o STJ entendeu que houve anuência à cláusula existente, deferindo a homologação.

Com esse voto, sepultou-se, em definitivo, qualquer entendimento contrário à aplicação imediata da Lei de Arbitragem. Agora, com o tempo já decorrido da entrada em vigor da lei, esse argumento não mais vem à tona.

## **b) Ausência de citação como razão de indeferimento**

O primeiro pedido de homologação de laudo arbitral estrangeiro indeferido no STJ, ocorreu na SEC nº 833.<sup>26</sup> A discussão principal dizia respeito à ausência de comprovação inequívoca da citação da parte. Todavia, há uma peculiaridade importante neste caso: a sentença arbitral americana fora confirmada por um tribunal local, apesar de já estar vigente a Lei de Arbitragem que dispensa esse procedimento. É com relação à citação para este último ato, que deveria ter sido feito por carta rogatória, que o STJ se insurgiu. Esse é um óbice bastante comum em sede de homologação de sentença estrangeira. A citação, que deve ser por carta rogatória, garante a observância do contraditório e é considerada como um requisito essencial, cujo descumprimento impede a homologação, a menos que tenha havido comparecimento espontâneo da parte ao procedimento. Em outras

---

todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, inserida no Acordo de Consórcio que restou por ela inadimplido. 3. Imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedente da Corte Especial. 4. Sentença arbitral homologada.”

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 833. Relatora Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 16 de maio de 2007. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. 1. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. *In casu*, o processo correu à revelia, e não há prova inequívoca, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino.”

ocasiões, o STJ também deixou de homologar sentenças estrangeiras por ausência de citação. Veja-se, por exemplo, a SEC nº 842, em que o Min. Luiz Fux analisa a imprescindibilidade da citação, válida somente se efetivada através da carta rogatória.<sup>27</sup>

---

27 A título exemplificativo, veja-se SEC nº 842, Relator Min. Luiz Fuz, ementa: “PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA JUDICIAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. RÉU DOMICILIADO NO BRASIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. CARTA ROGATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. A **citação** da pessoa jurídica nacional, domiciliada no Brasil, opera-se via rogatória. 2. Submetendo as partes a convocação do demandado conforme a Convenção Interamericana, promulgada pelo Decreto Legislativo 93/95, que impõe equivalência formal da **citação**, impugna-se a carta rogatória no afã de se considerar válida a vocatio in iudicium da pessoa jurídica brasileira e, a fortiori, a subsequente decretação da revelia. 3. Deveras, a homologação da **Sentença Estrangeira** pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. In casu, o processo correu à revelia, e não há a prova inequívoca da convocação, restando cediço na Corte que a **citação** por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino. 4. É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional trântita, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de **citação** contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC). 5. A jurisprudência consolidada nesta Corte é no sentido de que a homologação de **sentença estrangeira** reclama prova de **citação** válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do artigo 217, II, do RISTF. 6. Deveras, é assente na Suprema Corte que: ‘A **citação** de pessoa domiciliada no Brasil há de fazer-se mediante carta rogatória, não prevalecendo, ante o princípio direcionado ao real conhecimento da ação proposta, intimação realizada no estrangeiro. Inexistente a **citação**, descabe homologar a sentença. (...)’, (SEC 7696/HL, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 12.11.2004). 7. Precedentes jurisprudenciais do STF: SEC 6684/EU, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2004; SEC 7570/EU, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 30.04.2004; e SEC 7459/PT, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 30.04.2004. 8. In casu, a empresa devedora, desde a celebração do contrato, era domiciliada no Brasil, razão pela qual sua **citação**, no processo de cobrança, deveria ter sido realizada mediante carta rogatória e não como o foi, ora sem obediência da mediação citatória, por isso que o próprio advogado da requerente afirmou ter entregue a **citação** a funcionária sem poderes para esse fim, ora por via postal, em pessoa também carente de autorização para recepção de ato sobremodo relevante. 9. A inserção do país como Estado Signatário da Convenção Internacional que legitima a homologação de sentenças e laudos não autoriza que alhures se proceda irritualmente e sem obediência ao due process of law. 10. Outrossim, mantém-se hígida a anterior irrisignação do parquet, assim sintetizada: ‘... a ausência de três requisitos indispensáveis inviabilizam a homologação pretendida: não há prova do trânsito em julgado e autenticação consular de documento estrangeiro juntado aos autos e mostra-se inválida a **citação** da empresa requerida, sediada no Brasil. As duas primeiras omissões seriam supríveis. Não há, no entanto, como convalidar a **citação**. No caso vertente, lê-se a fls. 155 — tradução (cláusula 24) que as partes acordaram

A arbitragem foi realizada, em 1998, e o contrato de franquia previa a arbitragem por cláusula expressa. Descumprido o contrato, o tribunal foi composto, se intimou apenas uma das partes, não tendo sido encontradas as demais. Por isso, o julgamento arbitral ocorreu à revelia. Foi realizada a homologação da decisão no local de origem. Para a Relatora, Min. Eliane Calmon, a lei de arbitragem havia sido cumprida, no que foi acompanhada pela Min. Laurita Vaz e pelo Min. Paulo Gallotti. No entanto, para a maioria, com especial destaque ao voto-vista do Min. Fux, o que não restou comprovado de forma inequívoca, foi a citação para o processo de homologação ainda nos Estados Unidos. A afirmação da parte requerente de que a intimação fora válida e de que a ausência à audiência não tinha importância não foi aceita pela maioria da CE, pois essa intimação deveria ter sido realizada por carta rogatória, por ser, segundo o tribunal, o instrumento apropriado para garantir a regular ciência de um processo judicial, segundo as nossas leis.

---

em solver, pela Justiça dos Estados Unidos da América, no Estado de Missouri, as questões que se apresentassem na execução do contrato mercantil que as vinculava. Eleito, pois, o foro norte-americano para dirimir as controvérsias por ventura existentes, àquele não se poderia evadir a empresa, desde que regularmente citadas, o que não ocorreu no presente caso e observe-se, também, que sentença homologanda não resultou de juízo arbitral. A decisão, que julgou procedente o pedido, diz que a ré foi citada diretamente das mãos do advogado da requerente (fls. 159 — tradução) não tendo a ação sido contestada. Sem desrespeito à Corte Distrital dos Estados Unidos, Distrito Leste do Missouri, Divisão Leste, demonstrada não está nos autos a regular **citação** da requerida para o processo de que emanou a sentença que se pretende homologar. (...) Com efeito, esta Procuradoria-Geral da República, em várias manifestações sobre a matéria, tem deixado consignado que somente a indiferença a uma **citação** consubstanciada no trânsito regular de cartas rogatórias pode ocasionar a legítima decretação de revelia de uma pessoa jurídica sediada no Brasil, e obrigada, por contrato, a aceitar a jurisdição estrangeira. (...) 11. Pedido de homologação indeferido à luz dos artigos 15, alínea 'b', da LICC, c/c 214 e 215, do CC, 217, II, do RISTF, e 5º, II, da Resolução STJ nº 9/2005 (Precedentes da Corte Especial: SEC 473/EX, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14.08.2006; AgRg na SEC 568/EX, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 01.08.2006; SEC 867/EX, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 24.04.2006; e SEC 919/EX, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 28.11.2005).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 842. Relator Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2006.

Essa situação não voltou a ocorrer porque as sentenças arbitrais seguintes já foram apresentadas para o STJ sem qualquer procedimento prévio. E no procedimento arbitral a intimação não precisa ser feita por carta rogatória, pois a regra para o chamamento da parte ao processo se dá na forma da Lei de Arbitragem. Casos posteriores atestam essa interpretação do STJ, no sentido de que para a intimação para o Tribunal Arbitral não é necessário utilizar a carta rogatória. Dois pedidos deferidos ilustram essa posição: na SEC nº 874, a intimação para comparecer ao tribunal arbitral se deu por via postal e foi considerada válida, nos termos da Lei de Arbitragem;<sup>28</sup> na SEC nº 887, o STJ esclareceu que cabia à parte não intimada o ônus da prova da intimação irregular,<sup>29</sup> pois segundo as provas dos autos, houve desinteresse no comparecimento e não por ausência de comunicação regular.<sup>30</sup>

---

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 874. Relator Min. Francisco Falcão, Brasília, DF, 19 de abril de 2006. Veja-se o trecho do acórdão sobre essa questão: “Na hipótese em exame, é farto o conjunto probatório, a demonstrar que a requerida recebeu, pela via postal, não somente a citação, como também intimações objetivando o seu comparecimento às audiências que foram realizadas, afinal, à sua revelia. Veja-se, a propósito, os documentos de fls. 399/413.”

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 887. Brasília, DF, 03 de junho de 2006. Ementa: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA ARBITRAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL QUE TEVE CURSO À REVELIA DO REQUERIDO. CONVENÇÃO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. 1. Para a homologação de sentença de arbitragem estrangeira proferida à revelia do requerido, deve ele, por ser seu o ônus, comprovar, nos termos do inciso III do art. 38 da Lei n. 9.307/96, que não foi devidamente comunicado da instauração do procedimento arbitral 2. Homologação deferida.”

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 887. Relator Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 03 de junho de 2006. Veja-se o trecho do acórdão sobre esse ponto: “O que está comprovado nos autos é que o procedimento de arbitragem correu à revelia da requerida não por falta de notificação, mas pelo não-comparecimento espontâneo da requerida. Atestam tal fato tanto a sentença homologanda, que expressamente afirma que as comunicações necessárias foram realizadas via telex e por fax, como o documento de fls. 13/14, que trata da correspondência ao réu d sentença de arbitragem por ele rejeitada, não obstante a empresa contratada para entrega da correspondência tê-la apresentado por sete vezes consecutivas, pelo que o requerente valeu-se, então, da notificação cartorial, fl. 15.”

### **c) A existência e comprovação da cláusula arbitral**

Há dois outros casos de indeferimento, que cuidam da questão relativa à comprovação da anuência das partes à arbitragem, através de cláusula expressa. A ausência de comprovação desta anuência foi tida como ofensa à ordem pública, e, portanto, impeditiva da concessão do pedido. Note-se que a Lei de Arbitragem alude expressamente à necessidade de uma convenção de arbitragem válida.<sup>31</sup>

Em ambos os casos, eram casos de contratos internacionais de compra e venda de commodities, no primeiro grãos, e no segundo algodão (SEC nº 866 e SEC nº 967, respectivamente). Ambas as arbitragens foram realizadas por instituições especializadas, a primeira pela THE GRAIN AND FEED TRADE ASSOCIATION (GAFTA), e a segunda pela LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION – LCA, ambas no Reino Unido, e com larga tradição arbitral para essas matérias-primas.

A Sec 967 foi julgada antes da Sec 866, que a ela se referiu, razão porque a sua análise é feita em primeiro lugar. De notar que a Sec 967 havia sido julgada anteriormente pelo STF, com o número 6753, sendo a preliminar de coisa julgada uma das alegações do requerido. A requerente reapresentou o laudo arbitral porque o indeferimento anterior se dera por vícios formais, agora sanados.

Neste julgamento, o STJ entendeu que a decisão anterior do

---

31 Lei 9307/06: “Art. 38: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I — as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; **II — a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;** III — não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV — a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V — a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI — a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.” **(grifo nosso)**



STF estava correta, porque se fundara na ausência de comprovação da aceitação da cláusula, o que gerava a incompetência do juízo arbitral para decidir a lide. Esse fato consubstanciava uma contrariedade à ordem pública brasileira, razão pela qual o pedido de homologação acabou sendo indeferido.<sup>32</sup>

O Relator, Min. José Delgado, esclarece em seu voto que: “não consegui identificar na documentação apresentada pela requerente a existência de cláusula compromissória aceita pela parte requerida. Do mesmo modo como constatou o Supremo Tribunal Federal, não há nos dois contratos apresentados, assinatura da empresa requerida.” Apesar de ter ficado vencido na questão da coisa julgada, apreciou a questão no mesmo sentido da decisão anterior do STF. Para ele, a ausência da manifestação voluntária em prol da cláusula arbitral, pela forma escrita e assinada pela requerida, que a requerente não logrou comprovar, representou flagrante ofensa à ordem pública.<sup>33</sup>

---

32 Veja-se trechos da ementa e do acórdão, SEC nº 967: “Ementa. 2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. 3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem. 4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia. Não consegui identificar na documentação apresentada pela requerente a existência de cláusula compromissória aceita pela parte requerida. Do mesmo modo como constatou o Supremo Tribunal Federal, não há nos dois contratos apresentados, assinatura da empresa requerida. É de se ressaltar que, em todas as oportunidades que a requerida compareceu ao juízo arbitral, alegou a sua incompetência. A competência do juízo arbitral sempre foi negada pela parte requerida, conforme atestam os registros de fl. 93. O Tribunal de arbitragem aceitou ser competente, afastando a exceção, sob o argumento de que, conforme as leis inglesas. “cláusula de arbitragem dentro de um contrato produz efeito seja assinado ou não pelas partes (fl. 95). No nosso ordenamento jurídico inexistente a regra apontada do direito inglês.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 967. Relator Min. José Delgado, Brasília, DF, 20 de março de 2006.

33 Veja-se o trecho do acórdão: “A questão, portanto, não há de ser vista por ângulo diferente do posto pela requerente. A discussão está centrada na ausência da manifestação voluntária

No caso em questão, o STJ entrou no mérito da decisão arbitral para discutir a aplicação do direito inglês pela corte competente, a corte arbitral, e com isso ultrapassou os limites da contenciosidade limitada imposta ao processo de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, pois não lhe cabia analisar como o tribunal arbitral aplicou a legislação inglesa. Isso fica demonstrado quando alude ao que decidiu aquele tribunal arbitral: “O Tribunal de arbitragem aceitou ser competente, afastando a exceção, sob o argumento de que, conforme as leis inglesas, ‘cláusula de arbitragem dentro de um contrato produz efeito seja assinado ou não pelas partes (fl. 95),’ No nosso ordenamento jurídico inexistente a regra apontada do direito inglês.” Ao seu sentir, a questão da competência não era parte do mérito da decisão arbitral, mas, da leitura do trecho acima, fica-nos a impressão contrária.

No segundo caso, Sec nº 866, havia um contrato verbal de compra e venda de trigo, pois a operação fora realizada pelo telefone, e troca posterior de telegramas, estes sim com a cláusula arbitral. No entanto, segundo o acórdão, não haveria prova inequívoca de que a parte requerida havia concordado com os telegramas. Em seguida, por ocasião da arbitragem, a parte expressamente teria se manifestado pela incompetência do juízo arbitral. Para o STJ, não havia prova inequívoca da concordância da requerida com a cláusula arbitral, ante a ausência de qualquer assinatura ou prova de aceitação do que constava nos telegramas posteriormente enviados. Assim, como a manifestação por escrito de aceitação da cláusula é indispensável

---

por escrito da requerida em aceitar a cláusula arbitral. É, portanto, ofensa à ordem pública por ir de encontro a princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem. O caso em análise não se amolda ao princípio da aceitação tácita de juiz arbitral. Com efeito, no caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que obsta a utilização desta via jurisdicional na presente lide.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 967. Relator Min. José Delgado, Brasília, DF, 20 de março de 2006.

segundo a lei brasileira, o pedido foi indeferido.<sup>34</sup> Nos embargos de declaração, novamente o Relator volta à questão, afirmando a ausência de prova de que a cláusula fora assinado pelo requerido.

Em casos posteriores, o STJ continuou analisando a existência da cláusula, e sua anuência pelas partes, mas aceitou a prova apresentada, em pronunciamento diversa das hipóteses acima. Na Sec nº 507, esclareceu o Relator que analisar a existência ou não da cláusula, significava entrar no mérito da arbitragem, o que seria incabível nos estreitos limites do pedido de homologação.<sup>35</sup>

Importante decisão foi dada na Sec nº 856, na qual havia uma cláusula arbitral para a Liverpool Cotton Association, a mesma da Sec

---

34 Veja-se a ementa da SEC nº 866: “EMENTA. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. OFENSA À ORDEM PÚBLICA NACIONAL. I — O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. II — Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida. III — A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei nº 9.307/96). Precedente do c. Supremo Tribunal Federal. IV — In casu, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 866. Relator Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 17 de maio de 2006.

35 Veja-se os seguintes trechos do acórdão na SEC 507, STJ: “Alega, ainda, a requerida OITO EXPORTAÇÃO a ineficácia da cláusula compromissória ante não observância do disposto no art. 4º da Lei de Arbitragem, tendo em vista que em contratos de adesão é necessário que a cláusula em questão seja acolhida pela parte aderente (o que ocorreria se ela tomasse a iniciativa de recorrer à arbitragem) ou, então, que a cláusula seja destacada em negrito e rubricada pelas partes.... Antes de analisar a alegação, faz-se mister registrar que o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96, não podendo ser apreciado o mérito da questão objeto da arbitragem ... Na hipótese, para a eventual análise da alegação de que o contrato objeto da arbitragem é “de adesão”, seria necessário o exame do mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença estrangeira homologanda, o que se mostra inviável na presente via.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 507. Relator Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 13 de novembro de 2006.

nº 967, que não fora assinada. No entanto, como houve manifestações que comprovaram ter a parte impugnante concordado com a cláusula, ao indicar o árbitro, pelo que não poderia posteriormente alegar a sua invalidade. Sua posterior discordância era, na verdade, do resultado adverso e não invalidava o laudo.<sup>36</sup> O Min. Carlos Alberto Direi-

---

36 Veja-se a ementa e alguns trechos da SEC nº 856, STJ: “EMENTA. Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida.”

Veja-se trechos do voto do Min. Relator: “Ora, sabido que no comércio internacional a prática é a de submeter os conflitos decorrentes da execução dos contratos ao regime da arbitragem, sendo certo que no caso da compra e venda de algodão a Liverpool Cotton Association, Ltd. é entidade própria com tradição em arbitragem nesse mercado especializado. Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Ademais, se a empresa requerida, tomando conhecimento da instauração do Juízo arbitral, não apresentou impugnação sobre a ausência da convenção arbitral, mas, ao contrário, apresentou sua defesa, não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral. A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, a tanto equivale a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória.” Por sua vez, o MINISTRO LUIZ FUX, em voto vista, também aduziu: “Sr. Presidente, referendo o brilhante voto do ilustre Ministro-Relator, inclusive na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, que considerou a cláusula compromissória tácita; é uma questão do Direito Comercial, em que a formalidade obstativa da homologação não teria o menor sentido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 856. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, 18 de maio de 2005.

Na SEC nº 887, veja-se o trecho: “Quanto ao primeiro – não-comprovação de prévia convenção arbitral –, creio não haver dúvidas da pré-existência da convenção de arbitragem, e os documentos trazidos aos autos fartamente o demonstram. Não só a própria sentença arbitral que, ao relacionar contrato por contrato que lhe fora submetido, faz referência à mencionada convenção, como os documentos juntados às fls. 199/231 expressamente se referem ao mencionado acordo. Portanto, esse requisito foi atendido, não constituindo motivo impeditivo da

to, relator do caso, foi categórico em frisar a importância dos usos e costumes do comércio internacional para validar a cláusula, que a seu ver fora tacitamente aceita, o que é praxe nas negociações internacionais.

Novas tentativas de inviabilizar a homologação por qualquer vício da cláusula arbitral foram rechaçadas pelo STJ, ao argumento da impossibilidade de análise de requisitos fora dos estreitos limites do que consta na Resolução nº 9.<sup>37</sup> Portanto, atualmente, nota-se que o STJ tem procurado interferir cada vez menos nas decisões arbitrais estrangeiras, como se vê nas decisões da SEC nº 839, e SE nº 1210.<sup>38</sup>

---

homologação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 887. Relator Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 03 de junho de 2006.

37 Veja-se na SEC nº 611, o seguinte trecho: “O fato de as rés terem assentido com cláusulas contratuais cuja interpretação, quando submetidas ao Juízo arbitral, diferiu de suas expectativas não resulta na existência de vício de consentimento ou erro substancial e escusável. Trata-se apenas de conflito de interesses no qual, posto à arbitragem, foi-lhes desfavorável.” Ainda em outro caso, na SEC 831, STJ, veja-se o trecho: “Destarte, como bem salientou o Ministério Público, em seu acurado parecer, a empresa INEPAR, ao incorporar a SVIS, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula Em que pesem os argumentos expendidos, da análise dos autos exsurge certo que as ora requeridas não só aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento da arbitragem, sendo certo que apresentaram mais de uma manifestação – considerações preliminares (fls. 370/385) e defesa (fls. 352/369). A partir do momento em que as requeridas celebraram contratos que continham a referida cláusula aderiram expressamente à possibilidade de solução de litígios pelo via arbitral, sendo despidenda agora, nesta seara, a tentativa de se discutir a onerosidade do procedimento. No mesmo sentido, **mostra-se incabível a alegação da OITO EXPORTAÇÃO de ofensa à ordem pública, ao argumento de que o procedimento arbitral além de trazer limitações ao seu direito de defesa**, permite que uma empresa estrangeira que praticou a justiça privada ainda tenha o direito de cobrar valores das partes prejudicadas, sendo certo que no Brasil vige a regra do monopólio da Jurisdição, não podendo os particulares exercerem a auto-tutela arbitral em questão, que fora prevista no Acordo de Consórcio firmado com a ora requerente, o qual restou inadimplido.” (**grifo nosso**) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 611. Relator Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2006.

38 Confira-se a ementa da Sec nº 839: “SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LEI Nº 9.307/96. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS ATENDIDOS. O reconhecimento da arbitragem vem regulado pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em plena vigência. Uma vez atendidos os requisitos exigidos pela Lei de Arbitragem e pelos artigos 5º e 6º da Resolução n. 09 do STJ, há que se deferir o pedido de homologação da sentença

#### **d) Contratos Internacionais, autonomia da vontade e os princípios que regem o comércio internacional não são contra a ordem pública brasileira**

Um dos pontos mais interessantes na análise dos casos das sentenças arbitrais estrangeiras que foram homologadas é a posição do STJ de compreensão da importância desse meio de solução de controvérsias para o bom funcionamento do comércio internacional.

Nota-se, nas sentenças estrangeiras contestadas, a tentativa das partes requeridas em alegar como contrariedade à ordem pública questões relativas à própria arbitragem. O STJ rebateu esses argumentos em inúmeros casos e com isso mostrou-se partidário do sistema da autonomia da vontade nos contratos internacionais, utilizado para escolher à arbitragem ao invés da utilização da justiça estatal. Já nos casos em que não há cláusula compromissória, mas apenas cláusula

---

estrangeira. Homologação deferida.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 839. Relator Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, 19 de setembro de 2005.

E a SE nº 1210: “SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS. LEI 9.307/96 E RESOLUÇÃO 9/2005 DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO. JUÍZO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ANÁLISE NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. As regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira encontram-se elencadas na Lei nº 9.307/96, mais especificamente no seu capítulo VI e na Resolução nº 9/2005 do STJ. 2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado. 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato. 4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral. 5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ. 6. Pedido de homologação deferido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 1210. Relator Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 06 de agosto de 2007.

de eleição de foro estrangeiro, e o litígio será julgado pela justiça estatal, o STJ tem posição de que não é possível retirar da justiça brasileira a competência, se a hipótese se enquadrar nos incisos do artigo 88 do CPC. É uma interpretação restritiva do artigo 88 do CPC, sendo o foro estrangeiro afastado ante a incidência do dispositivo da lei brasileira.

Essa é uma diferença importante para as partes que estão negociando contratos internacionais com uma parte domiciliada no Brasil, ou se aqui for a execução do mesmo, pois há segurança jurídica somente quando se inclui uma cláusula arbitral no contrato, o que acaba desfavorecendo a opção pela via judicial. Recentemente, no julgamento do RESP nº 804.306, o STJ decidiu ser competente o juiz brasileiro, apesar da cláusula de eleição do foro de Londres. No caso, discutia-se se a existência em contrato internacional de cláusula de eleição deforo, determinando que a controvérsia fosse resolvida em Londres, poderia impedir que o processo fosse julgado no Brasil, por força do que dispõe o artigo 88, II do CPC, já que aqui era o local de cumprimento da obrigação. O recurso acabou não sendo conhecido, mas as razões para tal são importantes porque sinalizam às partes envolvidas no comércio internacional a posição do STJ sobre a matéria, que adotou posição contrária ao que determinava a Súmula 335 do STF (que considera válida a eleição de foro para os processos oriundos de contratos). Para o STJ, esta súmula não prevalece se o contrato for internacional, posição já sustentada no RESP nº 251.438, de que a existência de qualquer das hipóteses do artigo 88 do CPC não permite que o juiz nacional se declare incompetente se houver cláusula de eleição de foro estrangeiro.

A posição é uma ducha de água fria para os que elegem a via judicial para seus litígios internacionais, pois há nítida diferença entre a situação na qual exista cláusula arbitral no contrato internacional. Na arbitragem, por força da permissão expressa da Lei nº 9307/06, a eleição do foro para a arbitragem é respeitada, o que se constata pelos números de homologações de laudos arbitrais estrangeiros deferidos. É também mais uma indicação de que nos contratos internacionais, sem cláusula arbitral, o STJ não endossa a tese de que as partes

têm autonomia para escolher o foro mais adequado para decidir seu litígio, especialmente quando este está localizado fora do território nacional.

Esse não é um problema isolado do Brasil, no qual a questão carece de uma regra legal expressa e clara, ocorrendo também em outros países. Uma solução para mudar essa situação, seria a adoção pelo Brasil da Convenção da Haia sobre a cláusula de escolha de foro, que foi finalizada em 2005 e já foi ratificada pelo México, havendo notícia de que a União Européia estuda sua adesão.

A convenção é uma expressão da importância do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, e tem por objetivo determinar, de forma clara, qual o Tribunal responsável para julgar um litígio de partes envolvidas no comércio internacional, que optaram pela via judicial. Através dela, as cláusulas de eleição de foro teriam a mesma segurança jurídica que hoje possuem os contratos que elegeram a via arbitral, por força da Convenção de Nova York.

A Convenção pauta-se pelo respeito a três regras essenciais e que estão interligadas: i) o foro escolhido deve exercer a jurisdição; ii) qualquer outro foro deve declinar sua jurisdição se houver cláusula escolhendo outro local; e iii) todos os demais tribunais devem reconhecer e executar uma decisão proveniente do tribunal escolhido, que tem prioridade para resolver a questão.<sup>39</sup>

Voltando à posição do STJ sobre contratos internacionais com cláusula arbitral, a definição e o respeito à autonomia das partes aparece em vários casos de homologação. Por exemplo, na SEC nº 507, para o Min. Gilson Dipp ficou claro nos autos que as partes “aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória.”<sup>40</sup>

---

39 Para o texto da convenção, ver em “<http://www.hcch.net>”, e para um estudo sobre ela, ver ARAUJO, Nadia. **Convenção de Haia sobre escolha de foro e o Brasil**: necessidade de sua adoção. In: Revista Brasileira de Arbitragem, nº 18, 2008. pp.27-38.

40 Veja-se o trecho da SEC nº 507: “Em que pesem os argumentos expendidos, da análise dos autos exsurge certo que as ora requeridas não só aderiram livremente aos contratos que con-



Na Sec nº 349, a Min. Eliana Calmon define contratos internacionais como sendo aquele em que as partes estão em diferentes países. A esse respeito veja o seu pronunciamento: “O contrato foi assinado pela requerida, empresa nacional, com empresa estrangeira, avença esta firmada no Japão e com indicação do foro japonês para dirimir as controvérsias. Logo não se trata de contrato nacional e sim internacional.” Mais adiante, em voto-vista no mesmo caso, o Min. Ari Pargendler também entende ser internacional o contrato que tenha uma das partes domiciliada em país estrangeiro.<sup>41</sup>

Em um caso paradigmático é o da Sec nº 856, já mencionada no item anterior, em que o Ministro Carlos Alberto Direito diz ser “a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada”. Com isso, concluiu que houve “manifestação indubidosa sobre a existência da cláusula compromissória.” Assim, mais uma vez, constatou-se a importância de se respeitar as práticas comerciais internacionais quando há cláusula compromissória, validando-se a escolha das partes nesses casos.

---

tinham expressamente a cláusula compromissória, como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento da arbitragem, sendo certo que apresentaram mais de uma manifestação – considerações preliminares (fls. 370/385) e defesa (fls. 352/369). A partir do momento em que as requeridas celebraram contratos que continham a referida cláusula aderiram expressamente à possibilidade de solução de litígios pelo via arbitral, sendo despidienciada agora, nesta seara, a tentativa de se discutir a onerosidade do procedimento. No mesmo sentido, mostra-se incabível a alegação da OITO EXPORTAÇÃO de ofensa à ordem pública, ao argumento de que o procedimento arbitral além de trazer limitações ao seu direito de defesa, permite que uma empresa estrangeira que praticou a justiça privada ainda tenha o direito de cobrar valores das partes prejudicadas, sendo certo que no Brasil vige a regra do monopólio da Jurisdição, não podendo os particulares exercerem a auto-tutela.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 507. Relator Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 13 de novembro de 2006.

<sup>41</sup> Veja-se o trecho do Min. Ari Pargendler: “O contrato sub judice, portanto, é um contrato internacional: uma das partes é domiciliada em país estrangeiro (tenha o contrato sido assinado no Brasil, como alegado pela Evadin Indústrias Amazônia S/A ou no Japão, como documentado no contrato), isso significando que ele se encontra no centro de uma grande discussão, a de saber se nos contratos internacionais a cláusula de arbitragem já operava antes da Lei nº 9.307, de 1996.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 349. Relatora Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 21 de maio de 2007.

## Conclusão

Um dos objetivos primordiais do Direito Internacional Privado é o da tolerância e respeito entre os Estados à aplicação do direito estrangeiro. Esse objetivo aparece quando se homologa decisões provenientes de países estrangeiros. Assim, exemplifica essa atitude de compreensão à concessão da homologação em que a sentença não é proferida por um juiz, mas por uma autoridade administrativa, como o divórcio do Japão, e a aceitação das peculiaridades do sistema da *common law*, para as sentenças provenientes da Grã-Bretanha.

A transferência para o STJ da competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras, inclusive sentenças arbitrais, deu à Corte Especial deste Tribunal a honrosa tarefa de dar continuidade à cooperação jurídica internacional, possibilitando a livre circulação das decisões estrangeiras. A jurisprudência do STF, solidificada ao longo de sua atuação na matéria, serviu de guia inicial para esta nova atividade do STJ, mas já se pode dizer que o STJ imprimiu sua marca, como se constata das decisões analisadas.

Dos casos analisados, surgem alguns conselhos práticos aos que estão envolvidos nesse processo: a) é essencial comprovar de forma adequada a existência e aceitação da cláusula compromissória pelas partes; b) no momento da arbitragem, deve ficar claro como se operou a intimação das partes; c) é inútil recorrer ao argumento de contrariedade à ordem pública procurando analisar o mérito do processo arbitral; d) ao STJ compete, tão somente, verificar o cumprimento dos requisitos da Lei de Arbitragem, artigos 38 a 40, e demais diplomas legais que cuidam da matéria, mormente a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Processo Civil e a Resolução nº 9 do STJ, que estão em consonância com a Lei de Arbitragem.

Os operadores do direito, envolvidos no comércio internacional, precisam estar atentos às normas que regem a cooperação jurídica internacional, em especial através da análise da prática do STJ. A

discussão deste trabalho acerca dos acórdãos relativos à homologação dos laudos arbitrais estrangeiros demonstra que o STJ tem compreendido seu novo papel e se colocado a favor da autonomia da vontade das partes na eleição da via mais apropriada para dirimir conflitos específicos da atividade comercial: a arbitragem.

## **Anexos**

### **Bibliografia consultada**

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Nádia de. **A nova lei de Arbitragem e os “princípios uniformes dos contratos internacionais”**, elaborados pelo UNIDROIT. In: CASTELLA, Paulo Borba. (Org.). **Arbitragem – a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTR, 1997.

ARAÚJO, Nadia. **A Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros: análise das razões contrárias à sua adoção nos anos cinquenta do século XX**. No prelo.

ARAÚJO, Nadia. **Direito Internacional Privado — Teoria e Prática Brasileira**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. II, Forense, Rio de Janeiro.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: vol. 5, Arts. 476 a 565. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – Competência Internacional da Justiça Brasileira – Prova do Direito Estrangeiro**. In: Revista Forense nº 343. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_ Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 549-558.

BEVILAQUA, Clovis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1934.

MESQUITA; José Ignácio. **Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam**. In: Revista de Processo (Doutrina Nacional – Direito Processual Civil), nº 50. São Paulo.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Homologação de Sentença Estrangeira e seus Efeitos perante o STF**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

CASTRO, Amilcar de. **Direito Internacional Privado**. 2ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 7ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado (Parte especial): Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos Arbitrais estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2003.

FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 643-650.

GAMA, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEE, João Bosco. **A homologação de sentença estrangeira: a conexão de Nova York e o direito brasileiro de arbitragem**. In:

LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista. (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007. p.175.

LEMES, Selma Ferreira. **Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil**. Disponível em: “<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto610.pdf>”. Último acesso em: 27.09.08.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado. **O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORELLI, Gaetano. Derecho Procesal Civil Internacional. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista. (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. 9ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. p. 387.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado** – Introdução e Parte Geral. Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1977.

## **Relação de casos estudados para o presente trabalho do STF e do STJ**

SE 1181. Relator: Ministro Orosimbo Nonato. Presidente: Ministro Laudo de Camargo. Origem: Tchecoslovaquia. Embargos. Julgamento: 21/07/1950.

SE 2727. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Sentença Estrangeria nº 2.727-5. Origem: Itália. Julgamento: 09/04/1981.

SE 3408. Procedência: AgR/EU – Ag.Reg. Relator: Min. Cordeiro Guerra DJ 17/08/84. Julgamento: 01/08/1984. Tribunal Pleno.

SE 3989-3. Origem: República Portuguesa. Tribunal Pleno. Agravante: Fundação Elísio Pereira Afonso. Relator: Min. Rafael Mayer.

SE 4125. Relator: Min. Celio Borja. DJ 09/11/90. Julgamento: 12/09/1990. Tribunal Pleno.

SE 5157-5. Procedência: SE – 16377. Origem: República Federal da Alemanha. Relator: Min. Presidente. Julgamento: 31/05/95.

SE 5518. Procedência: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. DJ: 14/02/1997.

SE 5663- Relator: Min. Celso de Mello.

SE 933. RT, vol. 136, p. 824.

SE 6526. Origem: França.

SEC 4415. Origem: EUA. Julgamento: 11/12/1996. Votação unânime.

SEC 4738. Procedência: EU. Relator: Min. Celso De Mello. DJ: 07/04/95.

SEC 4795. Origem: Suíça. DJ: 20/10/1995. Julgamento: 16/08/1995. Votação unânime. Resultado: Deferido.

SEC 4824. Relator: Min. Néri da Silveira Sentença estrangeira contestada. Julgamento: 11/10/1995. Tribunal Pleno. Votação unânime. Resultado: Deferida.

SEC 4948. Origem: EUA. DJ: 26/11/1999. Julgamento: 08/10/1998. Votação unânime. Resultado: Deferido.

SEC 5093. Origem: EUA. DJ: 13/12/1996. Votação unânime. Resultado: Deferido.

SEC 5116. Relator: Min. Marco Aurélio Sentença estrangeira contestada no 5116. Origem: República do Paraguai. DJ: 07/08/1998. Votação unânime.

SEC 5664. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Sentença estrangeira contestada. Julgamento: 27/11/1998. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC 6122. Relator: Sepúlveda Pertence. Sentença estrangeira contestada nº 6122. Origem: EUA. DJ: 20/10/2000. Julgamento: 06/09/2000. Votação unânime. Resultado: Indeferido.

### **Relação de Homologação de Sentenças Arbitrais no STJ**

SEC nº 349. Relator: Min. Eliana Calmon. Origem: Japão. DJ: 21/05/2007. Observação: pedido deferido, mas aguarda-se julgamento do AG/RE 25156 no STF.

SEC nº 507. Procedência: ED. Relator: Min. Gilson Dipp. Origem: Grã Bretanha. DJ: 13/11/06 e 05/02/07. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 611. Relator: Min. João Otávio Noronha. Origem: Estados Unidos. 11/12/06. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 760. Relator: Min. Felix Fischer. Origem: Estados Unidos. DJ: 28/08/2006. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 802. Relator: Min. José Delgado. Origem: Estados Unidos. DJ: 19/09/2005. Votação unânime. Resultado: Homologada..

SEC nº 826. Relatora: Min. Denise Arruda. Origem: Coréia. Obervação: aguardando julgamento.

SEC nº 833. Procedência: EDL. Relatora: Min. Eliana Calmon e Min. Luiz Fux. Origem: Estados Unidos. DJ: 16/05/07 e 19/02/08. Resultado: Indeferido.

SEC nº 831. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Origem: França. Julgamento: 19/11/07. Votação unânime. Resultado: homologado pedido e RE interposto, aguardando julgamento.

SEC nº 839. Relator: Min. César Asfor Rocha. Origem: França. DJ: 19/09/05. Votação unânime. Resultado: Homologada

SEC nº 856. Procedência: EDL Relator: Min. Carlos Alberto Direito. Origem: Grã Bretanha. Julgamento: 18/05/05, 03/08/05 e 21/09/05. Votação: unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 866. Procedência: EDL. Relator: Min. Felix Fischer. Origem: Grã Bretanha. Julgamento: 17/05/06 e 16/04/07. Votação unânime. Resultado: Indeferido.

SEC nº 874. Procedência: EDL. Relator: Min. Francisco Falcão. Origem: Suíça. Julgamento: 19/04/06 e 15/05/06. Resultado: Homologada.

SEC nº 887. Relator: Min. João Otávio Noronha. Origem: França. DJ: 03/06/06. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 894. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Origem: Uruguai. DJ: 09/10/08. Votação unânime. Resultado: Homologada..

SE nº 901. Relator: Min. Sálvio Figueiredo. Origem: Estados Unidos. Observação: intimação ao MPF sobre o arquivamento do processo.

SEC nº 966. Relator: Min. Francisco Falcão. Origem: Grã Bretanha. Observação: autos conclusos ao Ministro Relator para analisar ofício do TJ de Pernambuco. Contra a decisão que suspendeu o processo, foi interposto agravo de instrumento.

SEC nº 967. Procedência: EDL. Relator: Min. José Delgado. Origem: Grã Bretanha. DJ: 20/03/06, 04/09/06 e 14/12/06. Votação unânime. Resultado: Indeferido.



SEC nº 968. Procedência: EDL. Relator: Min. Felix Fischer. Origem: Suíça. DJ: 25/09/07 e 05/02/07. Votação unânime. Resultado: indeferida.

SEC nº 1210. Relator: Min. Edson Vidigal. Origem: Grã Bretanha. DJ: 06/08/07. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 1302. Relator: Min. Paulo Gallotti. Origem: Coréia. DJ: 06/10/08. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SEC nº 1657. Relator: Min. Barros Monteiro. Origem: Estados Unidos. Observação: último despacho, confirmando a transação, publicado no DJ em 01/02/08.

SE nº 2410. Relator: Min. Barros Monteiro. Origem: Uruguai. Observação: último despacho proferido, em 01/08/07, pedindo a distribuição dos autos em razão da contestação do pedido de homologação.

SEC nº 2517. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Origem: Estados Unidos. DJ: 21/02/08. Votação unânime. Resultado: Homologada.

SE nº 2716. Relator: Min. Barros Monteiro. Origem: Estados Unidos. Observação: autos remetidos ao MPF.

*Observação:* Os acórdãos citados foram obtidos no *website* do Supremo Tribunal Federal (“<http://www.stf.gov.br>”) e do Superior Tribunal de Justiça (“<http://www.stj.gov.br>”), até o dia 31 de outubro de 2008.

**DIREITO  
ECONÔMICO**



**A EFETIVIDADE DO DIREITO DA  
CONCORRÊNCIA: ESTUDO COMPARATIVO<sup>1</sup>**

**THE EFFECTIVENESS OF COMPETITION LAW:  
A COMPARATIVE APPROACH**

*José Gabriel Assis de Almeida*

*Resumo:* O direito da concorrência tem por propósito direto o bem-estar social, sendo importante determinar se tal resultado é atingido. O propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico e não econômico. Essa avaliação jurídica será realizada por comparação entre os direitos da concorrência brasileiro e português. Para tal, este texto examina primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos Países, encarregada da aplicação desse direito (item 3). Ao final, a conclusão é que os resultados não apresentam uma discrepância tão grande como se poderia esperar e que grau de efetividade do direito da concorrência aparenta ser elevado.

*Palavras chave:* Concorrência. Efetividade. Brasil. Portugal.

---

1 O presente texto serviu de base à exposição feita pelo autor sobre o mesmo tema no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pelo Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre 25 e 27 de setembro de 2006.

*Abstract:* The competition law aims for the social welfare, thus being important to determine if such goal is achieved. The purpose of this article is to try to evaluate the results of competition law from a legal (and not an economic) point of view. This legal evaluation will be carried by comparison between Brazilian and Portuguese competition law. For such, this text examines the similarities and differences between the contents of competition law in Brazil and Portugal (item 2) and subsequently analyzes the existing administrative structure in each one of the Countries in charge of the enforcement of competition law (item 3). This paper concludes that the results do not show an important difference between the two countries and in both the degree of effectiveness of competition law seems to be high.

*Keywords:* Competition. Evaluation. Brazil. Portugal.

*Sumário:* 1. Introdução. 2. O conteúdo do direito da concorrência no Brasil e em Portugal: A dimensão constitucional. A dimensão infra-constitucional. As infrações. Algumas particularidades do direito da concorrência português. 3. A estrutura de aplicação do direito da concorrência no Brasil e em Portugal: A estrutura dos sistemas de defesa da concorrência. A estatística relativa a concentrações. A estatística relativa a condutas. O custo do sistema para o usuário. Os orçamentos das autoridades de defesa da concorrência (ou o custo para o cidadão). A taxa de sucesso. 4. Conclusão

## **1. Introdução**

O direito da concorrência é um ramo peculiar do direito, pois é, talvez, um dos poucos que tem por propósito direto o bem-estar social. Com efeito, o direito da concorrência nada mais é do que um instrumento estatal de produção de bem-estar social.

Tal característica está presente em todos os aspectos do direito da concorrência.

Uma vez que em matéria de interpretação das normas o método privilegiado é o teleológico (segundo o qual a norma deve ser interpretada de acordo com os fins a que se destina), as normas de direito da concorrência devem ser interpretadas tendo em vista a produção de bem-estar social.

Esta característica leva o direito da concorrência até a aceitar a violação da concorrência quando tal violação pode traduzir-se em bem-estar social. Nesse sentido, o art. 54 da Lei 8.884 de 1994 admite que atos restritivos à concorrência sejam praticados – com a expressa aprovação da autoridade de defesa da concorrência – desde que impliquem em aumento de produtividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou propiciem eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Por conseqüência, é importante determinar o grau de efetividade do direito da concorrência, ou seja, avaliar se o direito da concorrência produz efetivamente bem-estar social.

A efetividade do direito da concorrência pode ser mensurada economicamente. No entanto, o propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico. Essa avaliação jurídica pode ser realizada considerando-se o direito da concorrência de um só país ou por comparação entre os direitos da concorrência nacionais. O presente texto – uma vez que se está no quadro de uma conferência organizada pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro — procura comparar a eficiência jurídica dos direitos da concorrência brasileiro e português.

Para realizar esta comparação e permitir que sejam tiradas algumas conclusões, é importante examinar primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos países, encarregada da aplicação desse direito (item 3).

## 2. O conteúdo do direito da concorrência no Brasil e em Portugal

**A dimensão constitucional.** O Brasil certamente é um dos países da América Latina que tem a mais antiga tradição em matéria de defesa da concorrência.

Esta tradição encontra-se refletida nas diferentes Constituições brasileiras. Assim, se as Constituições de 1824 e de 1891 traduziam o espírito do liberalismo radical que então se vivia, já a Constituição de 1934, no art. 115, estabelecia que a ordem econômica era organizada pelo Estado e que este garantia a liberdade econômica no mercado.

A partir da Constituição de 1937, a tendência acentuou-se, pois a norma constitucional expressamente dispôs que o Estado tem a missão de coordenar os fatores de produção de forma a evitar conflitos, introduzindo na concorrência os interesses da nação. O art. 114 desta Constituição expressamente previa a regulamentação da “*economia popular*”.

Posteriormente, a Constituição de 1946, no art. 148, ordenou a regulação da concorrência por lei específica.

Atualmente, o regime jurídico da concorrência no Brasil tem inspiração em vários dispositivos constitucionais. Por exemplo, o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil tem a livre iniciativa como um dos seus fundamentos.

Por seu lado, o art. 170, inciso IV, determina que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e elenca, entre os princípios dessa ordem econômica, a livre concorrência. Ainda no art. 170, o parágrafo único assegura a liberdade do exercício de qualquer atividade econômica.

Logo a seguir, o art. 173, § 4º, determina que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Em Portugal, a defesa da concorrência também é matéria constitucional. Com efeito, o art. 81, alínea f, da Constituição de 1976 inclui, entre as incumbências prioritárias do Estado, no âmbito econômico e social: “*f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.*”

Mais adiante, no art. 99, a mesma Constituição determina serem objetivos da política comercial, entre outros: “*a) A concorrência salutar dos agentes mercantis; [...] c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas.*”

**A dimensão infraconstitucional.** Na esteira dos dispositivos constitucionais, surgiram, desde cedo, no Brasil, normas infraconstitucionais visando a disciplina da concorrência. Por exemplo, em aplicação do art. 114 da Constituição de 1937 foi publicado o Decreto-Lei 869 de 18/11/1938, que criou a figura dos crimes contra a “*economia popular*”, estabelecendo, no art. 2º, III, ser crime o obstáculo à concorrência.

Em seguida, o Decreto-Lei 7.666 de 22/06/1945 transformou os crimes contra a economia popular em crimes contra a “*ordem moral e econômica*”.

Na linha da Constituição de 1946 foram adotados três importantes textos legais. O primeiro foi a Lei 1.521 de 26/12/51, que rege os crimes contra a economia popular, revogando as normas anteriores. O segundo foi a Lei 1.522, também de 26/12/51, que criou o órgão que veio a se tornar na SUNAB Superintendência de Abastecimento e Preços, primeiro órgão que tinha por função, ainda que de modo indireto, promover a livre concorrência. O terceiro foi a Lei Delegada 4, de 26/09/62, que veio regular a intervenção do Estado no domínio econômico.

No entanto, o texto mais importante da época, em matéria de defesa da concorrência, foi certamente a Lei 4.137/62, que cuidava



exclusivamente da ordenação das relações de concorrência e criou o CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo encarregado de aplicar os princípios consignados na dita Lei 4.137/62. A Lei 4.137/62 foi regulada, sucessivamente, pelo Decreto 52.025/63 e pelo Decreto 92.323/86.

A Lei 4.137/62, no entanto, conheceu muito pouco sucesso. Com efeito, nas décadas posteriores, o Brasil acentuou o modelo de desenvolvimento econômico baseado na substituição das importações e na formação de empresas nacionais. Este modelo assentava na formação de grupos industriais onde o Estado participava com o capital, o empresariado brasileiro com a administração e as empresas estrangeiras com a tecnologia, quando necessário.

Ou seja, o modelo de desenvolvimento econômico adotado afastava a concorrência externa do mercado nacional e, no plano interno, a forte intervenção do Estado e o estímulo às alianças empresariais, tornaram inviável a aplicação da Lei 4.137/62.

Esta situação modificou-se a partir de 1990, com a liberalização da atividade econômica no Brasil, iniciada com a Constituição de 1988 e aperfeiçoada com as diversas emendas constitucionais da década de 90.

Em obediência a esta tendência várias leis foram promulgadas, entre as quais se destaca a Lei 8.884/94, que atualmente rege a defesa da concorrência no Brasil, modificada posteriormente pela Lei 9.021/95 e pela Lei 10.149/00.

Ainda a assinalar a Lei 8.137/90, que cuida dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e define, nos arts. 4º, 5º, e 6º, os crimes relativos às relações de concorrência.

Em Portugal, a legislação infraconstitucional foi profundamente afetada por um acontecimento de outra natureza: A adesão de Portugal às então Comunidades Europeias. Esta adesão fez com que Portugal ingressasse no movimento de integração europeu que levou à

formação da União Européia, passando pela criação de um mercado único europeu.

Ora, um mercado único europeu somente é possível se, nesse espaço, a concorrência for livre. Assim, desde o Tratado de Roma de 1957, as regras comunitárias zelaram pela livre concorrência, dando origem ao direito comunitário da concorrência, um importante ramo do direito comunitário.

Este movimento influenciou o direito da concorrência português. Com efeito, não teria sentido que a ordenação da concorrência a nível local, encarregada de assegurar a livre concorrência a nível nacional (que se limita ao espaço geográfico composto pelo território português), obedecesse a princípios distintos do direito comunitário da concorrência, disciplinador da concorrência a nível comunitário (a que diz respeito às trocas intracomunitárias).

Atualmente, em Portugal, a lei de defesa da concorrência vigente é a Lei 184/2003, de 11/06/2003, que veio substituir o Decreto-Lei 371/1993, de 29/10/1993. Há ainda a assinalar a Lei 39/2006, de 25/08/2006, que criou o Estatuto da Clemência, um sistema semelhante ao acordo de leniência.

**As infrações.** Hoje, no Brasil, a concorrência é disciplinada em três planos: O administrativo, sendo os comportamentos considerados infrações administrativas que atingem o bem comum, com o conseqüente direito e dever do Estado – enquanto representante da coletividade — de prevenir e sancionar a violação da concorrência, tendo por base a Lei 8.884/94, que contém a tipificação legal e cria o processo administrativo correspondente. O plano cível, sendo os comportamentos considerados infrações privadas que atingem o bem individual de certa e determinada pessoa natural ou jurídica, com o conseqüente direito subjetivo de o lesado pela violação da concorrência procurar autonomamente a reparação pelo dano sofrido, através de uma ação judicial privada junto aos tribunais, com base no art. 29 da Lei 8.884/94. O plano penal, sendo os comportamentos considerados infrações penais, com o conseqüente direito e dever do Esta-

do de sancionar a violação da concorrência, com apoio na Lei 8.137/90.

No entanto, por razões de espaço, o presente trabalho versará apenas sobre as infrações de caráter administrativo.

A Lei 8.884/94 tipifica as infrações no art. 20, segundo o qual: *Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

- I — limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
- II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;*
- III — aumentar arbitrariamente os lucros;*
- IV — exercer de forma abusiva posição dominante.*

Em seguida, o art. 21 da mesma lei descreve uma série de comportamentos exemplificativos de infrações. Ou seja, os comportamentos apontados no art. 20 somente serão considerados infrativos à livre concorrência se, concomitantemente, estiverem preenchidos os requisitos previstos no art. 20.

Por seu turno, o art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece que: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

A redação deficiente da Lei 8.884/94 pode gerar alguma confusão sobre a relação entre o art. 20 e o art. 54.

Principalmente, dois equívocos são possíveis: O primeiro consiste em afirmar que os atos potencialmente lesivos à concorrência descritos no art. 54 não são os mesmos atos descritos no art. 20. Tal raciocínio conduz à conclusão que a Lei 8.884/94 conteria dois tipos de infrações: as do art. 20 e as do art. 54. Assim, por exemplo, o ato

que pudesse levar a um aumento arbitrário dos lucros estaria excluído dos atos a serem submetidos à autoridade de defesa da concorrência. Este raciocínio é equivocado, pois a tipificação feita no art. 20 não faz, *a priori*, uma distinção entre as práticas ou condutas e as concentrações. Assim, as concentrações proibidas serão apenas aquelas que puderem resultar em uma das infrações tipificadas no art. 20.

O segundo equívoco é considerar que — por força do art. 54 — somente podem ser submetidos à apreciação das autoridades de defesa da concorrência as concentrações. Na verdade, nada na redação do art. 54 autoriza tal conclusão, pois este dispositivo em momento algum se refere apenas a concentrações, mas descreve os atos em questão de forma muito abrangente. Deste modo, um acordo de caráter conjuntural entre operadores independentes e que assim o permaneçam — pois não há submissão de um ao controle do outro — pode perfeitamente ser submetido (na realidade, deve ser submetido) às autoridades de defesa da concorrência.

Além destes dois equívocos, a defeituosa redação da lei brasileira tornou mais difícil a classificação tradicional das infrações em matéria concorrencial em infrações de comportamento (as condutas que se desdobram nos acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas) e as infrações estruturais (as concentrações).

Já a lei portuguesa, de forma muito mais didática e clara e com melhor técnica legislativa, faz expressamente a distinção entre as condutas proibidas (as práticas descritas no art. 4º e o abuso de posição dominante previsto no art. 6º) e as concentrações (regidas pelo art. 8º).

Segundo o art. 4º da lei portuguesa: “1 — São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, [...]”

Em seguida, o art. 4º da lei portuguesa exemplifica em sete alíneas alguns comportamentos considerados infrativos, tal como o faz o art. 21 da lei brasileira.

Por seu lado, o art. 6º da lei portuguesa determina: “1 — *É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.*”

Em tema de concentrações, o art. 8º estipula: “1 — *Entende-se haver uma operação de concentração de empresas, para efeitos da presente lei:*

- a) No caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes;*
- b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas.”*

De qualquer modo, da comparação dos dispositivos da lei portuguesa acima indicados com os dispositivos da lei brasileira, também acima transcritos, resulta claro que existe alguma semelhança entre os dois sistemas, pois ambos atacam tanto as condutas como as concentrações.

**Algumas particularidades do direito da concorrência português.** Neste ponto, cabe destacar algumas particularidades da lei portuguesa.

A primeira diz respeito à possibilidade — prevista no art. 5º da lei portuguesa — de justificar as práticas proibidas, ou seja, a possibilidade de determinadas práticas, apesar de infrativas da concorrência, serem toleradas ou mesmo expressamente autorizadas pela autoridade de defesa da concorrência. Para tal é necessário que tais práticas “[...] *contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens*

*e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou econômico desde que, cumulativamente:*

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;*
- c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.”*

Esta possibilidade seria inexistente no Brasil, da forma como é comumente encarada a lei brasileira. Com efeito, conforme indicado acima, o art. 54 é habitualmente considerado como tendo aplicação apenas às operações de concentração. No entanto, tal como visto acima, nada impede que uma conduta (ou seja, um comportamento que não seja de concentração) seja submetida à apreciação da autoridade de defesa da concorrência e aprovado, desde que implique em aumento de produtividade, melhore a qualidade de bens ou serviços ou propicie eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Ainda assim, uma diferença subsistirá, pois, consoante a lei portuguesa, a prática em questão não necessita obrigatoriamente ser submetida à aprovação da autoridade de defesa da concorrência (v. art. 5º, nr. 2), enquanto que a lei brasileira impõe a submissão da conduta à autoridade de defesa da concorrência.

Uma segunda particularidade do direito português é a tipificação do abuso de dependência econômica como uma infração autônoma do abuso de posição dominante. Segundo o art. 7º, nr. 1, da lei portuguesa: *“É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer em-*

*presa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.”*

No direito brasileiro, o abuso de dependência econômica existe apenas e tão somente enquanto modalidade do abuso de posição dominante. Ou seja, não existe abuso de dependência econômica se a empresa infratora não tiver uma posição dominante no mercado.

Alternativamente, poder-se-ia tentar caracterizar o abuso de dependência econômica por via do tipo do art. 20, III, da lei brasileira, que considera infração o aumento arbitrário dos lucros. Assim, havendo abuso de dependência econômica que resultasse em aumento arbitrário dos lucros, estaria caracterizada a infração.

Uma terceira particularidade da lei portuguesa é a inclusão de disposição expressa sobre os auxílios de Estado. Nos termos do art. 13º, nr. 1: “*Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.*”

A lei brasileira não contempla diretamente as intervenções anticoncorrenciais do Estado. O art. 15 da Lei 8.884/94 afirma: “*Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*”

No entanto, apesar da expressa dicção legal, a autoridade de defesa da concorrência já se manifestou no sentido que a lei brasileira não pode alcançar o comportamento do Estado no exercício dos seus poderes de império, ainda que lesivos à concorrência, e que a Lei 8.884/94 visa apenas “*os agentes econômicos em sentido estrito, i.e. os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado*”<sup>2</sup>.

---

2 AP 08000.013661/97-95, voto do relator Cons. Luis Fernando Schuartz proferido em 13/09/06; v. ainda PA 08012.002605/97-52, voto do relator Cons. Marcelo Calliaria proferido em 20/01/99.

Assim, a solução não seria a aplicação da Lei 8.884/94, mas poderia ser considerar tais auxílios ou subsídios de Estado inconstitucionais, por violarem o princípio da livre concorrência assegurado pelo art. 170 da Constituição da República: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV — livre concorrência,*”

### **3. A estrutura de aplicação do direito da concorrência no Brasil e em Portugal**

**A estrutura dos sistemas de defesa da concorrência.** No Brasil, a defesa da concorrência, do ponto de vista administrativo, é assegurada por um grupo de três órgãos: A SDE — Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça, dirigida por um Secretário e com competência para dar início ao processo e instruí-lo, a SEAE — Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico, dirigida igualmente por um Secretário, e que tem função de análise econômica e que deve opinar nos processos conduzidos pela SDE e o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, composta por seis Conselheiros e um Presidente e que tem por função julgar os processos investigados pela SDE.

No quadro desta estrutura, a SDE é responsável, de ofício ou mediante representação de terceiros, pela abertura das investigações relativas às condutas ou práticas e pela instrução do processo administrativo. Durante a instrução, a SEAE é consultada para que proceda à análise econômica do comportamento em causa. Tendo encerrado a investigação e pronunciando-se ou pela constatação de infração ou pela inexistência de infração, a SDE remete o processo para o CADE para julgamento.

Em matéria de concentrações, o procedimento é sensivelmente o mesmo, devendo, contudo, as empresas interessadas notificarem diretamente o CADE da concentração a praticar ou já praticada.



Já em Portugal, a estrutura não se dispersa em três diferentes entidades, mas encontra-se concentrada em uma só, a AdC — Autoridade da Concorrência, criada em 2003 e composta por três Conselheiros (sendo um deles o Presidente) e um Fiscal. Subordinados ao Conselho, encontram-se três departamentos: Departamento de Controle de Concentrações, Departamento de Práticas Restritivas e Departamento Jurídico e do Contencioso. No entanto, descrever a estrutura das autoridades de defesa da concorrência não permite aferir a efetividade da aplicação do direito da concorrência. A este propósito, uma forma fácil de aferir o funcionamento das autoridades de defesa da concorrência é pela estatística dos assuntos por elas tratados<sup>3</sup>.

**A estatística relativa a concentrações.** No período de 2004 a 2005, a AdC examinou 130 notificações de concentração e proferiu 125 decisões, sendo apenas 2 no sentido de proibir a concentração e 9 pela aprovação com condições. As demais foram aprovadas sem restrições.

Já no período de 2005, o CADE julgou 497 atos de concentração, sendo que 345 foram aprovados sem restrições, 74 com restrições, não tendo havido nenhuma proibição. Comparativamente, em 1994, ou seja, no último ano da vigência da lei anterior, o CADE julgou apenas 17 casos de concentração.

Constata-se, portanto, uma enorme diferença entre o número de concentrações apreciadas pela AdC e pelo CADE (mais de 350% de casos). No entanto, esta diferença não se traduz nos resultados que são semelhantes: O CADE impôs restrições em 14,88% dos casos e a AdC em 8,46% dos casos.

---

3 Os dados a seguir foram extraídos dos relatórios relativos aos anos de 2005 da AdC e do CADE, disponíveis no sites [www.concorrência.pt](http://www.concorrência.pt) e [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) acessados em novembro de 2006; uma vez que o relatório da AdC não indica o tempo médio de duração dos processos administrativos e atos de concentração, a comparação não levará em conta este importante fator. O relatório do CADE indica que, em 2005, o tempo de decisão foi de 82 dias para as concentrações, 461 dias para as condutas e 359 dias para as averiguações preliminares.

Esta discrepância de volume de concentrações pode se explicar pelo fato da AdC ter competência apenas para examinar os casos estritamente nacionais, pois os casos de maior porte estão sujeitos ao controle das autoridades comunitárias. Assim, nem todas as concentrações praticadas em Portugal ou que geram efeitos em Portugal são examinadas pela AdC. Já o CADE tem competência para examinar todos os atos de concentração praticados no Brasil e que geram ou possam gerar efeitos no Brasil.

Por outro lado, é interessante observar que o percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é muito pequeno tanto em Portugal quanto no Brasil. No Brasil, esta situação gera a crítica habitual que o CADE perde muito tempo e recursos com o exame desnecessário de concentrações que não criam riscos para a concorrência. Ou igual crítica deve ser feita ao sistema português (cujo percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é ainda menor) ou deve se considerar que o padrão brasileiro é aceitável.

**A estatística relativa a condutas.** No tocante a condutas ou práticas, no mesmo período de 2004 a 2005, a AdC indicava ter em andamento 65 casos, tendo julgado 9. Em paralelo, existiam 12 estudos de mercado concluídos e 9 estudos de mercado em curso.

Comparativamente, no ano de 2005, o CADE indicava o tratamento de 63 processos administrativos relativos a condutas, sendo que 37 foram arquivados, 25 foram concluídos e 1 reaberto.

Novamente, vê-se uma razoável similaridade nos números que é difícil de explicar, pois seria natural, pelas razões de competência apresentadas acima, que o CADE tivesse apreciado um número muito maior de condutas. Talvez a razão para esta situação seja o fato de que o CADE, à época, ainda julgava os processos encerrados na SDE alguns anos antes, ou seja, em 2004 e 2003. Ora, a SDE somente mudou o enfoque da sua atuação, que passou a incidir mais fortemente nas condutas, em 2003, pelo que os processos resultantes desta nova atuação foram transmitidos ao CADE a partir do final de 2004,

sendo assim o impacto nos julgamentos do CADE sentido apenas a partir do final de 2005.

**O custo do sistema para o usuário.** As similitudes entre as duas estruturas de concorrência são atenuadas quando se comparam as taxas cobradas dos “usuários” do sistema. Uma empresa brasileira que submetesse em 2005 uma concentração à apreciação do SBDC pagaria pelo menos R\$ 45.000,00 de taxas. Já uma empresa que submetesse uma concentração ao exame da AdC pagaria uma taxa variável entre 7.500,00€ 25.000,00€ (ao câmbio da época, entre R\$ 18.750,00 e R\$ 62.500,00). Assim, apesar dos valores médios serem semelhantes (R\$ 45.000,00 e R\$ 40.625,00), a modulação das taxas praticada pela AdC torna menos onerosa a tramitação das concentrações.

**Os orçamentos das autoridades de defesa da concorrência (ou o custo para o cidadão).** Os orçamentos das duas autoridades de defesa da concorrência demonstram alguma discrepância.

O orçamento da AdC para 2005 foi 7,8 milhões de Euros (R\$ 19,5 milhões, ao câmbio da época), para uma estrutura de 74 funcionários.

Já o orçamento do CADE executado em 2005 foi de R\$ 7.619.113,00<sup>4</sup>. Certo é que o SBDC é ainda completado pela SDE e pela SEAE, pelo que uma comparação adequada deveria levar em consideração os orçamentos destas duas secretarias.

De qualquer modo, a relação entre o orçamento e o número de assuntos tratados (concentrações e condutas) demonstra que o orçamento do CADE é bastante inferior ao da AdC.

---

4 Dados obtidos no site do Ministério da Justiça, [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br) na página <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5F415D03ITEMID8697EB6B91ED40F28C7E10E5D1AB2AB1PTBRIE.htm>, acessada pela última vez em 14.11.08; o orçamento do CADE executado no ano de 2007 foi de R\$ 5.537.527,00 e o orçamento da SDE executado no mesmo ano de 2007 foi de R\$ 2.322.099,00.

Por outro lado, se a comparação for entre o orçamento do CADE e da AdC com o PIB do Brasil e de Portugal a diferença será igualmente importante.

**A taxa de sucesso.** Finalmente, cabe tentar medir a “taxa de sucesso” do direito da concorrência, ou seja, a efetividade jurídica da defesa da concorrência. Trata-se, portanto, de medir o número de vezes em que o direito da concorrência foi adequadamente aplicado, isto é, em conformidade com a lei.

Para medir esta “taxa de sucesso”, o critério deveria levar em consideração a efetividade administrativa e a efetividade judicial. Para medir a efetividade administrativa, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelo CADE que foram mantidas ou anuladas pelos tribunais. Para medir a efetividade judicial, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelos tribunais que não foram modificadas por um tribunal de instância superior.

Em Portugal, segundo o relatório da AdC para 2005, 6 decisões sancionadoras, de um total de 20, foram objeto de recurso. Sendo que 2 decisões da AdC foram confirmadas e as demais 4 ainda dependiam da conclusão do processo judicial. Em paralelo, 3 medidas cautelares contra decisões da AdC foram ajuizadas, sendo todas decididas em favor da AdC.

Estes dados da AdC demonstram uma razoável efetividade administrativa da defesa da concorrência, pois indicam (i) um baixo nível de oposição dos jurisdicionados às decisões da AdC, (ii) a inexistência de decisão judicial desfavorável à AdC.

Infelizmente, não foi possível encontrar uma fonte com relação ao Brasil que já tivesse levantado estes dados nem localizar uma fonte que os permitisse apurar. No entanto, o relatório anual do CADE indica que esta autarquia figurava como ré em 125 ações judiciais, sendo que 99 delas diziam respeito a decisões sancionadoras.

Uma pesquisa no site do STJ<sup>5</sup> indicou um total de 25 decisões, sendo 4 desfavoráveis ao CADE. Já uma pesquisa no site do Tribunal

Regional Federal da 1ª Região<sup>6</sup> – com competência territorial para julgar ações intentadas em face do CADE — apresentou um total de 88 decisões judiciais, sendo 19 contrárias ao CADE, no todo ou em parte. No entanto, estes resultados devem ser considerados com cautela, pois abrangem tanto decisões sobre matéria processual (tipo de recurso cabível, etc.) quanto decisões sobre direito substantivo<sup>7</sup> e o universo da pesquisa não representa o universo das ações judiciais nas quais o CADE está envolvido.

### **3. Conclusão**

Do que fica exposto, resulta que a lei portuguesa parece ser tecnicamente mais aprimorada do que a lei brasileira, além de – como é natural, pois tem menos quase dez anos do que a lei brasileira – tratar de questões mais atuais, como o abuso de dependência econômica, os auxílios de Estado, etc.

No entanto, em termos de efetividade, os resultados não apresentam uma discrepância tão importante como se poderia esperar em uma abordagem superficial. Na verdade, ambas as autoridades de defesa da concorrência tratam de um número de casos razoavelmente similar, fazendo-se os ajustes devidos à conjuntura em que atuam.

Por outro lado, o número de decisões judiciais contrárias às autoridades de defesa da concorrência é relativamente baixo, tanto em Portugal quanto no Brasil, o que demonstra que a atuação dessas autoridades de defesa da concorrência tem encontrado respaldo no Poder Judiciário.

---

5 Site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acessado pela última vez em 14.11.08.

6 Site [www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br), acessado pela última vez em 14.11.08.

7 A maioria das decisões contrárias ao CADE são no sentido de redução de multa por intempetividade na apresentação de atos de concentração, tendo o TRF 1ª Região considerado o valor da multa desproporcional à infração.

Inobstante, é necessário considerar que a análise realizada no presente trabalho é, em grande parte, empírica e, necessariamente, incompleta e imperfeita.

Por um lado, o método empregado tem diversas deficiências, como por exemplo, não cobrir um número maior de anos e não fazer a correlação entre as decisões proferidas pelas autoridades e os processos judiciais, ou seja, não vincular cada processo judicial à decisão administrativa que o originou.

Por outro lado, seria necessário analisar o conteúdo das decisões judiciais, para determinar não apenas a matéria delas objeto, mas também qual o resultado definitivo, isto é, quando não mais couber recurso. Basta apontar que a maioria das decisões judiciais analisadas era composta por decisões interlocutórias ou decisões das quais ainda cabia recurso.

Espera-se, contudo, que o presente trabalho estimule novos estudos sobre a matéria.

**PARECERES E ATUALIDADES  
JURISPRUDENCIAIS**





## **PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS**

### **ELEIÇÃO DE CONSELHEIRO FISCAL PELOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

*Maria Isabel Bocater*

#### **PARECER**

##### **Consulta**

A Abrasca solicita nossa opinião sobre a interpretação que deve ser dada ao art. 161, § 4º, alínea “a”, da Lei 6.404/76, notadamente no que diz respeito à vaga reservada aos acionistas detentores de ações com direito a voto (“acionistas minoritários” ou simplesmente “minoritários”).

A importância da consulta decorre da recente interpretação dada ao referido dispositivo pelo ilustre Colegiado da CVM, por ocasião da apreciação de recurso interposto por Villares Investimentos e Participações Ltda. no Processo Administrativo CVM RJ 2007/11086.

Segundo a recente decisão, para eleger um membro do conselho fiscal, não seria necessária a presença de no mínimo 10% dos acionistas minoritários na assembléia geral. Nesse sentido, o comparecimento de minoritários à assembléia, em qualquer número, desde que as ações detidas por minoritários alcancem aquele percentual, ensejaria a escolha de um membro do conselho independentemente

da verificação do *quorum* de 10% na assembléia, tal como já ocorre para os titulares de ações preferenciais.<sup>1</sup>

Para responder à consulta, entendemos ser necessário, antes de tudo, fazer algumas considerações sobre hermenêutica e sobre o próprio conselho fiscal, para, assim, fundamentar a nossa opinião.

## **I. Hermenêutica**

1/1. Inicialmente, parece-nos importante desmistificar o próprio termo “hermenêutica”, que muitas vezes sugere alta complexidade e indagação, mas que consiste em atividade normal e corriqueira de qualquer operador do direito.

1/2. Toda pessoa que lida com o direito (Constituição, leis, atos normativos, etc.), profissionalmente ou não, lida com hermenêutica. Hermenêutica não é outra coisa senão interpretar o direito aplicável, atribuindo-lhe, no caso concreto, o sentido e o alcance adequados.<sup>2</sup>

*“As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que se possam estender a todos os casos da mesma espécie. Passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato real, é a tarefa do aplicador do direito, seja ele juiz, tabelião, advogado, administrador ou contratante. Nessa tarefa, o primeiro trabalho consiste em fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar o*

---

1 Observados os requisitos para a instalação do Conselho Fiscal (art. 161, § 2º, da Lei 6.404/76 e Instrução CVM 324/00).

2 “Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém, é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.” (Maximiliano, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 1).

*seu alcance e extensão. É o trabalho de interpretação, hermenêutica ou exegese.*"<sup>3</sup>

1/3. A colocação parece singela ao extremo — e assim indigna à consulta —, mas não o é. Dela se extrai que a hermenêutica — instrumento próprio do direito — não pode ser divorciada da realidade jurídica, isto é, do modo como as pessoas entendem e aplicam o direito.

1/4. Essa consideração merece especial respeito porquanto a maior ou menor eficácia das leis — no sentido de execução da norma — depende de sua compreensão e observância espontânea. Nesse sentido é a lição do jurista Miguel Reale:

*"Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina 'assentimento costumeiro', que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.*

*O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se.*"<sup>4</sup>

1/5. Trazendo a reflexão ao caso concreto, é difícil compreender que o Colegiado da CVM, após trinta anos de prática diuturna da Lei 6.404/76, tenha chegado à conclusão de que a eleição de membro do conselho fiscal pelos minoritários prescindia da presença do *quorum* de 10% em assembléia, prática incontroversamente adotada no

---

3 Montoro, André Franco, *Introdução à Ciência do Direito*, Editora Revista dos Tribunais, 22ª edição, São Paulo, 1994, p. 369.

4 Reale, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, Editora Saraiva, 27ª edição, São Paulo, 2003, pp. 112-113.

mercado (por controladores e por minoritários) e nunca contestada pela Autarquia.

1/6. A guinada interpretativa parece-nos desconsiderar o senso comum dos operadores do direito, a práxis jurídica... e — por que não? — o próprio direito, o qual não pode, em hipótese interpretativa alguma, ser dissociado da dimensão concreta da vida social e dos valores positivados pela ordem jurídica.

1/7. Em outras palavras, se o aplicador do direito se dissocia da realidade jurídica consolidada e aceita pelos agentes, e desse modo estabelece nova orientação, corre sério risco de ultrapassar a lei. Como lembra Caio Mário, “a posição correta do intérprete há de ser uma posição de termo médio.”<sup>5</sup>

1/8. Veja-se que não se trata aqui de regulamentar o que a lei não disciplinou minuciosamente, mas sim de dar nova e distinta orientação à disciplina fixada na lei em sentido estrito, em cujo seio está constituída a institucionalidade da sociedade anônima, o que é muito diferente.

## **II. Conselho Fiscal**

2/1. O conselho fiscal é órgão que assume internamente na companhia funções típicas de controle e fiscalização da gestão admi-

---

5 Caio Mário da Silva Pereira assevera: “A pretexto de interpretar, não pode o aplicador pender para o campo arbitrário e julgar a própria lei, de recusar-lhe aplicação ou de criar um direito contrário ao seu texto.” (Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Editora Forense, 21ª edição, Rio de Janeiro, 2005, p. 200).

No mesmo sentido, Carlos Maximiliano ensina que para bem compreender o sentido e o alcance da lei, o intérprete deve “... possuir um intelecto respeitoso da lei, porém ao mesmo tempo inclinado a quebrar-lhe a rigidez lógica; apto a apreender os interesses individuais, porém conciliando-os com o interesse social, que é superior; capaz de reunir em uma síntese considerações variadíssimas e manter-se no difícil meio termo – nem rastejar pelo solo, nem voar em vertiginosa altura.” (Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 101).

nistrativa, sob o prisma e exame de legalidade, e não de conveniência ou oportunidade da gestão desenvolvida<sup>6</sup>. Sua atuação se concentra na fiscalização da atuação dos administradores.

2/2. É sabido que a Lei 6.404/76 trouxe avanço inegável à legislação societária. Ao assegurar garantias mínimas e definidas aos acionistas minoritários, pavimentou o caminho para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. Assim esclarece a sua Exposição de Motivos:

*“A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.”*

2/3. Mesmo antes da edição da Lei 6.404/76, ainda sob o regime do Decreto-Lei 2.627/40, muitas críticas já eram feitas à efetividade da atuação do conselho fiscal, por ele ser geralmente composto exclusivamente por membros indicados pelo controlador, o que, para muitos juristas, esvaziaria o próprio papel do órgão.

2/4. Para enfrentar essa realidade, a Lei 6.404/76 inseriu expressamente no rol de garantias asseguradas aos acionistas a faculdade de exigirem a instalação do conselho fiscal, disciplinando a participação de minoritários e preferencialistas (sem voto ou com voto restrito) no referido órgão (art. 161, § 4º, alínea “a”).

2/5. As críticas subsistiram após a edição da Lei 6.404/76, por-

---

6 “O Conselho Fiscal, de acordo com o modelo oferecido pela Lei 6.404/76, como já foi visto, apresenta-se com tipicidade marcante, caracterizado como órgão de controle e fiscalização e também de informação, não se esgotando assim na mera revisão das contas, indo atingir a própria fiscalização da gestão administrativa.” (Bulgarelli, Waldirio, *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 126).

quanto a maioria do órgão continuou a ser composta, sempre, por membros indicados pelo controlador (art. 161, § 4º, *b*).

2/6. O cenário evoluiu significativamente com as Leis 9.457/97 e 10.303/01<sup>7</sup>, que instituíram prerrogativas individuais aos conselheiros, permitindo assim atuação mais eficaz dos representantes dos acionistas não controladores, a despeito de sua minoria no referido órgão.

2/7. Feitas essas considerações preliminares, que contextualizam a disciplina do conselho fiscal, cabe destacar que o regramento para a composição do órgão continua sendo a mesma, desde a edição da Lei 6.404/76.

2/8. E quais os requisitos legais para a participação dos acionistas não controladores no conselho fiscal? A lei estabeleceu uma regra para os preferencialistas, e outra para os minoritários.

2/9. Para os preferencialistas, a LSA assentou que lhes seria reservada uma vaga no conselho, independentemente do percentual de acionistas dessa espécie de ações presentes na assembléia geral. Portanto, na assembléia deve ser realizada votação em separado entre os preferencialistas, independentemente do percentual dos presentes, para que seja eleito um membro do conselho.

2/10. Para os minoritários, a Lei 6.404/76 disciplinou diferentemente. O legislador estabeleceu como pressuposto de legitimação para essa eleição o *quorum* mínimo de 10% dos minoritários. Isto é: presentes no mínimo 10% dos minoritários na assembléia geral, se desejarem eleger um profissional para o órgão, será feita uma votação

---

7 “A alteração na redação dos diversos itens que estabelecem a competência do Conselho Fiscal — originada de emenda apresentada pelo Deputado Sampaio Doria à Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados — explicita que a atuação do Conselheiro Fiscal é individual, não podendo ser cerceada pela submissão de um conselheiro à vontade da maioria dos integrantes do órgão de fiscalização.” (Cantidiano, Luiz Leonardo, *Reforma da Lei das S.A. Comentada*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 205).

em separado, na qual os presentes elegerão um membro do conselho fiscal.

2/11. Veja-se, portanto, que a faculdade de eleger o conselheiro se dá àquele acionista ou grupo de acionistas que, diante da presença de pelo menos 10% dos minoritários na assembléia geral (colégio eleitoral), consegue obter a maioria dos votos.

2/12. O tratamento diferenciado entre preferencialistas (sem voto ou com voto restrito) e minoritários certamente decorreu da consideração do legislador de que os primeiros, por não possuírem direito de voto, deveriam ter sua participação no órgão facilitada.

2/13. Como se vê, nossa interpretação não se coaduna com a nova exegese adotada pela CVM. Por quê?

### **III. Nossas Razões**

3/1. O que significa a eleição de membro do conselho pelos minoritários? Essa é a chave interpretativa da controvérsia, não merecendo prevalência, a nosso ver, a interpretação literal do dispositivo, já amplamente debatida nos diversos e recentes pronunciamentos sobre o assunto.

3/2. A eleição pelos minoritários de membro do conselho fiscal consiste em exercício regular de um direito, conferido a uma minoria ativa. Não é por acaso que a Exposição de Motivos da Lei 6.404/76 já falava em “minoría acionária ativa” ao tratar da instalação do conselho fiscal, requisito que está intrinsecamente ligado à própria eleição dos seus membros.

*“Daí a solução do Projeto, de deixar ao estatuto da companhia discricão para dispor sobre o seu funcionamento permanente, ou apenas quando solicitado por minorias acionárias (art. 162). Quando não funcionar permanentemente, poderá ser instalado, em qualquer assembléia geral, a pedido de acionistas que representem, no mínimo,*

*1/10 das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto. Por essa via, seu funcionamento poderá ficar restrito às companhias ou nas épocas em que se justifica, pela existência de minoría acionária ativa.”*

3/3. E o que legitima o exercício desse direito (participação dos minoritários no conselho fiscal) não é a mera existência de *free float* de 10% de ações com direito a voto, mas sim a participação efetiva de, no mínimo, 10% dos minoritários na assembléia geral. Esse conceito, que reúne dois elementos — a presença dos acionistas e a sua representatividade — está implícito na dicção legal, como se pode deduzir adiante, a partir da análise da sistemática da lei.<sup>8</sup>

3/4. O conceito de maioria e minoria, herança da prática democrática, pressupõe a atitude “eleitoral” do voto. Não há minoria ou maioria sem exercício do voto. Tanto é assim que a Lei 6.404/76 caracteriza como acionista controlador aquele que detém ações com direito a voto que lhe assegurem maioria e que use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia<sup>9</sup>.

---

8 Maria Helena Diniz bem esclarece, invocando lição de Francesco Degni, que não é possível encontrar no texto normativo uma fórmula perfeita, devendo, portanto, o intérprete compreender o que está implícito no texto: “Francesco Degni ensina-nos que a interpretação extensiva ou estrita exprimem o efeito ou o resultado a que chegará o hermeneuta empenhado em desvendar o sentido e o alcance do texto normativo. É preciso esclarecer que não se trata de defeito de expressão, por ser impossível concentrar numa fórmula perfeita tudo que pode se enquadrado num comando normativo; assim sendo, às vezes, o alcance ou o sentido é mais estrito do que se poderia concluir do exame das palavras; outras, vai mais longe do que elas parecem indicar. A relação lógica entre o pensamento e a expressão e as circunstâncias extrínsecas permitirão verificar se a norma contém algo de mais ou de menos do que parece exprimir, indicando se se deve restringir ou ampliar o sentido ou o alcance do preceito. Logo, na aplicação ampla ou restrita da norma, deve-se considerar o fim por ela colimado e os valores jurídico-sociais que influíram em sua gênese e condicionam a sua aplicabilidade.” (Diniz, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*, Editora Saraiva, 12ª edição, São Paulo, 2007, p. 176).

9 Alfredo Lamy e Bulhões de Pedreira, a propósito do art. 116 da LSA, esclarecem os requisitos para a identificação do controle acionário: “Por essas normas legais, a caracterização do controle supõe a ocorrência cumulativa de três requisitos: a) maioria de votos nas assembléias



3/5. O mesmo raciocínio jurídico vale para os minoritários. Estes somente constituem “minoría” — para efeito da eleição de membros dos órgãos sociais — se participarem efetivamente da vida social, se comparecerem à assembléia para exercerem suas prerrogativas, perfazendo os quoruns estabelecidos pela Lei 6.404/76.

3/6. É fácil identificar a razão pela qual o legislador exige, para o exercício de certas prerrogativas, a representatividade de acionistas não controladores. Trata-se de medida que, de um lado, busca evitar abusos de minorias, e, de outro lado, busca um equilíbrio entre forças representativas desiguais.

3/7. Em excelente artigo intitulado *Direito das Minorias na Sociedade Anônima*<sup>10</sup>, José Alexandre Tavares Guerreiro destaca que a preservação do equilíbrio societário permeia o funcionamento das sociedades anônimas. Por isso mesmo as garantias asseguradas à minoria dependem da sua atuação ativa e, ao mesmo tempo, representativa.<sup>11</sup>

3/8. Essa é a sistemática da LSA, que estabelece requisitos mínimos para o exercício de direitos pelos acionistas, sendo que jamais

---

gerais, com a eleição da maioria dos administradores; b) permanência dessa maioria; c) uso efetivo do poder de dominação.” (Lamy, Alfredo; Pedreira, José Luiz Bulhões, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 425).

10 Guerreiro, José Alexandre Tavares, *Direito das Minorias na Sociedade Anônima*, Revista de Direito Mercantil nº 63, Malheiros Editores, julho/setembro 1986, p. 108).

11 Idem, pp. 107-108: “Minorias atuantes tendem a se unir, para poderem exercer seus direitos, como sucede, p. ex., no agrupamento de acionistas para requerer a instalação do conselho fiscal, que depende da manifestação de 10% das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto (art. 161, § 2º), ou para promover a ação de responsabilidade civil contra os administradores, na hipótese de a própria companhia deixar de ajuizá-la, cuja propositura pressupõe, no pólo ativo da demanda, acionistas que representem 5% pelo menos do capital social (art. 159, § 4º), ou ainda para pleitear a exibição judicial de livros da companhia, a que também se habilitam acionistas que detenham 5% do capital social, e sempre que sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia (art. 105).”

se cogitou que os percentuais fixados não se referissem aos titulares de ações que efetivamente exercem seus direitos.<sup>12</sup>

3/9. Por outro lado, não se extrai da LSA princípio algum no sentido de que os “direitos de minoria” (e aqui o conceito de minoria abrange apenas acionistas com direito a voto) pudessem ser exercidos simplesmente a partir da verificação de certo percentual acionário desvinculado da atuação ativa do acionista (ativismo acionário). Veja-se que não há “voz ativa” de minoria representativa se ela provém da titularidade de uma única ação. A bem da verdade, não há na Lei 6.404/76 nenhum dispositivo que assegure prerrogativas de participação ao acionista minoritário que decorra simplesmente da existência de *free-float* mínimo.

3/10. Quando a Lei 6.404/76 atribuiu alguma faculdade ao acionista não controlador desvinculada do percentual de sua representação (e, portanto, de sua presença na assembléia) ela foi explícita. É o caso da eleição de membro do conselho fiscal por acionistas preferencialistas (art. 161, § 4º, *a*, primeira parte), por acionistas minoritários de sociedades de economia mista (art. 240) e, ainda, do pedido de funcionamento do conselho fiscal e eleição de membro desse conselho em companhia filiada a grupo (art. 277).

3/11. Vê-se, por conseguinte, que a interpretação dada pela CVM ao dispositivo objeto da consulta foge inteiramente ao padrão

---

12 São os seguintes os dispositivos mencionados: a) art. 4º-A (convocação de assembléia especial para deliberar sobre nova avaliação do valor da companhia na hipótese de fechamento do capital – acionistas representando 10% das ações em circulação); b) art. 105 (exibição de livros societários – acionistas representando mais de 5% do capital social); c) art. 123, *c* e *d* (convocação de assembléia geral quando os administradores não atenderem a pedido anteriormente apresentado – acionistas representando 5% do capital social ou, tratando-se de assembléia para instalar conselho fiscal, 5% do capital votante ou 5% das ações sem voto); d) art. 141 (voto múltiplo – acionistas representando 10% do capital votante); e) art. 157, § 1º (dever de prestação de informações pelo administrador – acionistas representando 5% do capital social); f) art. 161, § 2º (pedido de instalação do conselho fiscal – acionistas representando um décimo das ações com voto ou 5% das ações sem voto).

adotado pela Lei 6.404/76, levando a resultado incompatível com o seu sistema.

3/12. A finalidade do dispositivo, como demonstrado, não autoriza a mudança interpretativa da CVM, pois a *ratio legis* sempre foi associar o exercício de direitos de minoria à sua representatividade e à sua atuação ativa, ao passo que a interpretação da CVM prestigia a atuação de minoria não representativa, o que altera, sem base legal, o sistema de pesos e contrapesos contido na LSA.

3/13. Cabe ainda notar que a mudança que se vem processando no perfil acionário das companhias brasileiras (maior número de companhias com capital composto apenas por ações ordinárias) e o crônico absentismo dos minoritários não autorizam a nova interpretação. À época da edição da Lei 6.404/76 já havia companhias que não emitiam ações preferenciais. Quanto ao absentismo, que era um dado relevante, verifica-se até mesmo uma mudança de atitude por parte dos investidores, que passaram a ser mais ativos nos últimos anos. Logo, é de se concluir que, quando de sua edição, a LSA contemplou e regulou essas situações, não havendo margem para suscitar mudança da interpretação do dispositivo legal.

#### **IV. Conclusão**

4/1. Com base nessas sucintas razões, entendemos que a nova interpretação dada ao art. 161, § 4º, alínea “a”, da Lei 6.404/76 não é a mais adequada, apesar de ter sido proclamada com vistas à defesa dos direitos dos acionistas minoritários.

4/2. Sempre será possível questionar se o quorum de presença de 10% dos minoritários em assembléia geral é adequado ao estágio do mercado de capitais brasileiro. Mas isso é questão de política legislativa. A via de questionamento e de modificação do direito, nesse caso, não pode decorrer de solução interpretativa, mas sim de modi-

ficação legal, visto que é só no processo legislativo constitucional que se pode legitimar a mudança da Lei 6.404/76.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2008.

Maria Isabel do Prado Bocater

## **A PERDA DO PRIVILÉGIO DO CRÉDITO TITULARIZADO PELO BANCO CENTRAL EM DECORRÊNCIA DE SUA CESSÃO**

*Sérgio Campinho*

*EMENTA: I – Da consulta; II – Do parecer; II.1 – Regime legal da matéria consultada; II.2 – Classificação dos créditos na falência – razão de ordem; II.3 – Títulos legais de preferência; II.4 – O privilégio do crédito fazendário; II.5 – O crédito detido pelo Banco Central do Brasil; II.6 – A cessão de crédito; II.7 – Cessão de crédito x privilégio creditório; II.8 – Quadro-geral de credores; II.9 – Os efeitos de coisa julgada; II.10 – Revisão da sentença (ação rescisória falencial); III – Resposta à quesitação formulada.*

### **I – DA CONSULTA**

Relata o consulente que, em 22.11.1994, por força da verificação de incapacidade financeira do -----, o Banco Central do Brasil decretou a liquidação extrajudicial da referida instituição.

Durante o procedimento de liquidação, teria sido elaborado quadro-geral de credores, sendo que o Banco Central do Brasil nele figurava como titular de crédito privilegiado no valor de R\$5.116.084,41 (cinco milhões, cento e dezesseis mil e oitenta e quatro reais e quarenta e um centavos). A origem do indigitado crédito remontaria a saldo devedor na “conta de reservas bancárias”.

Também informa o consulente que, em novembro de 1996, teria sobrevindo a falência da referenciada instituição financeira e

que, em 1997, à massa falida do ----- foi noticiado que o Banco Central do Brasil havia cedido seus créditos para outras instituições financeiras privadas.

No âmbito do concurso falimentar, os aludidos créditos teriam sido classificados como quirografários no quadro-geral de credores, publicado em 06.12.1999, lá permanecendo até a presente data.

Consta, ainda, que, em 16.10.2007, o Curador de Massas Falidas pugnou pela retificação do quadro-geral de credores, de modo que os créditos cedidos continuassem a ostentar os privilégios que detinham na época em que eram titularizados pelo Banco Central do Brasil. O requerimento teria sido reforçado em 18.07.2008.

Diante do inconformismo da sociedade falida frente à tese esposta pelo representante do Ministério Público Estadual no processo falimentar, somos instados a responder os seguintes quesitos:

- O Banco Central do Brasil possui crédito privilegiado em procedimentos falimentares. Qual é a origem desse privilégio? Na hipótese de cessão de créditos para terceiros, o privilégio é mantido? O cessionário goza dos mesmos privilégios do Banco Central?
- Na hipótese de o cessionário do crédito não gozar dos mesmos privilégios do Banco Central do Brasil, é correto dizer que, após a cessão, o referido crédito se torna quirografário?
- É possível, após a homologação do quadro-geral de credores, alterar-se a classificação dos créditos? Exemplificativamente: um crédito listado como quirografário no quadro-geral de credores pode, posteriormente, ser reclassificado como privilegiado? Caso uma hipótese como esta ocorra, não se estaria diante de uma violação ao artigo 471 do Código de Processo Civil? Em outras palavras, a coisa julgada tem o condão de impedir a reclassificação de um crédito no quadro-geral de credores?

## **II – DO PARECER**

### **II.1 – REGIME LEGAL DA MATÉRIA CONSULTADA**

É princípio assente no direito processual o isolamento dos atos processuais, garantindo-se, desse modo, a imediata incidência da lei nova aos processos em curso.

Contudo, fiel no sentimento de que a natureza da falência não é exclusivamente processual, mas o resultado de uma mistura de regras de fundo e de forma, impondo ao instituto uma feição híbrida que lhe é peculiar, o legislador de 2005, nas disposições finais e transitórias, conferiu ultratividade à legislação de 1945, dispondo, no *caput* do artigo 192, que a Lei nº 11.101/2005 “não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945”.

Portanto, aqueles processos mencionados, em curso na data de entrada em vigor da nova lei, prosseguem na forma da lei anterior, e assim serão concluídos, porque o regime atual é distinto do da lei antecedente, havendo de se observar, apenas, quatro ressalvas contidas nos parágrafos que compõem o preceito citado.

A primeira diz respeito à concordata suspensiva, que não mais pode ser impetrada, desde a vigência do hodierno diploma (§1º); a segunda pertine à recuperação judicial, que pode ser requerida pelo concordatário, exceto se for microempresário ou empresário de pequeno porte, a despeito da fase em que se encontrar a concordata preventiva ou suspensiva (§§2º e 3º); a terceira refere-se à possibilidade de se promover, nos processos de falência em curso na data da entrada em vigor do novel diploma, desde logo, a alienação dos bens da massa falida, assim que concluída a sua arrecadação, independente do encerramento da fase cognitiva prevista na sistemática da lei revogada (§1º); a quarta consiste na submissão à nova lei das falências instauradas a partir da sua vigência, quando resultante da

convolação de concordata preventiva ou, ainda, quando o respectivo pedido de falência tenha sido ajuizado anteriormente à sua vigência (§4º).

O processo de falência, a partir do qual é formulada a consulta, teve início, conforme informação do consulente, em novembro de 1996, sendo a ele, por consequência, integralmente aplicável a disciplina do Decreto-Lei nº 7.661/45, inclusive no que se refere ao regime da verificação dos créditos e da ordem de sua classificação no concurso falimentar (matéria consultada).

## **II.2 – CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS NA FALÊNCIA – RAZÃO DE ORDEM**

A decretação da falência instaura a execução coletiva universal. Com ela ocorrerá um desapossamento global do patrimônio do devedor, o qual será expropriado para o pagamento dos credores. Estes deverão concorrer na falência, alinhados segundo uma ordem legal de preferência resultante de seus títulos, estabelecendo-se um sistema de classificação dos créditos<sup>1</sup>.

Essa classificação, insta salientar, diz respeito aos créditos concursais e concorrentes, ou seja, àqueles que estão aptos a participar e efetivamente concorrem ao pagamento proporcionado por meio da liquidação do patrimônio insolvente. Esse patrimônio, não se pode olvidar, embora constitua garantia comum dos credores, não deixa de considerar e atender à ordem de prelação estabelecida por lei ou pela convenção das partes. Assim é que, no esquema legal de preferências, considerado não só pela Lei de 1945, mas também pela legislação vigente (Lei nº 11.101/2005), os créditos de maior força em preferência têm prioridade no pagamento concursal sobre os mais fra-

---

1 Sérgio Campinho, *Falência e recuperação de empresas – o novo regime da insolvência empresarial*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 405.



cos, podendo-se chegar, caso a massa liquidanda comporte, ao pagamento dos créditos sem preferência alguma, intitulados, na dicção legal, de quirografários e, até mesmo, por fim, aos créditos subordinados, isto é, aqueles que apresentam cláusula de subordinação aos créditos quirografários.

Mas, é importante destacar, conforme lecionava Carvalho de Mendonça<sup>2</sup>, que a falência não transforma os direitos materiais dos credores. Não lhes retira, nem altera, dessa forma, as garantias legais e convencionais legitimamente fundadas. Apenas modifica o exercício dos direitos.

O concurso de credores, assim, vem pautado em um critério de preferências, justificadas pela **qualidade** ou **causa** do crédito. Com a providência se busca evitar tratamentos iníquos e assegurar a *par conditio creditorum*.

## **II.3 – TÍTULOS LEGAIS DE PREFERÊNCIA**

A ordenação ou classificação das preferências, no processo falencial, deriva do inter-relacionamento do direito falimentar com o direito civil – sede ordinária da disciplina das preferências creditícias –, embora aquele lhe imprima algumas alterações peculiares<sup>3</sup>, bem assim com os ajustes resultantes das leis especiais, notadamente das leis tributárias e trabalhistas.

O regime jurídico da preferência confere ao credor, que mereceu da lei tratamento preferencial, a pretensão a ter satisfeito, pelo Estado-Juiz, o seu crédito, antes de outros créditos.

---

2 *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VIII, 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 154.

3 Rubens Requião, *Curso de direito falimentar*, 1º vol., 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 326.

Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

No âmbito dos privilégios figuram créditos a que a lei, atendendo à sua causa ou a razões de equidade ou conveniência pública<sup>4</sup>, expressamente atribui a prioridade no pagamento. Sua fonte, portanto, é a lei e não a vontade das partes. Os privilégios são de ordem exclusivamente legal, sem exceção<sup>5</sup>.

Neste fato reside a clássica distinção entre privilégio e direito real. Aquele é estabelecido por lei e este decorre de contrato.

Na precisa lição de Carvalho de Mendonça<sup>6</sup>, a garantia que um direito real oferece – salvo casos excepcionais, como o da hipoteca legal – funda-se na diligência do credor, supondo uma convenção entre as partes. Diferentemente, a garantia que decorre do privilégio tem sua origem única na lei.

Mas não é só. Distinguem-se, ainda, esses títulos legais de preferência, em função da operacionalidade de suas respectivas exigibilidades e vínculos jurídicos estabelecidos.

O direito real recai sobre o bem e está ligado ao conceito da alienação da coisa que lhe serve de objeto, assumindo, no dizer de Carvalho de Mendonça<sup>7</sup>, um caráter de peso, de ônus real sobre a coisa, visto ficar o credor premunido de sua alienação.

O privilégio, ao revés, não é um direito em si. Seu objeto não é o bem, porquanto, diversamente do direito real, inexistente relação jurídica que sobre ele recaia. Funda-se, dessarte, não na coisa móvel ou imóvel, mas no processo de satisfação do crédito, a partir da liqui-

---

4 Carvalho de Mendonça, ob. cit., v. VIII, p. 156.

5 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado, parte especial*, tomo XXVII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960, p. 164 e Carvalho de Mendonça, ob. cit., v. VIII, 156.

6 Ob. cit., v. VIII, pp. 155/156.

7 Ob. cit., v. VIII, p. 155.

dação do patrimônio insolvente, compulsoriamente promovido pelo Estado.

Consoante escólio de Pontes de Miranda<sup>8</sup>, o privilégio não é direito, à parte do crédito privilegiado, mas sim sua adjetivação; é efeito do direito quando se abre o concurso de credores e, com acuidade, arremata: “o privilégio foi criado pelo Estado para que não fosse sem lei a satisfação dos credores concorrentes, na eventualidade de não darem os bens do devedor para os satisfazer integralmente”.

Postos nestes termos, os privilégios, foco da matéria consultada, por não constituírem um direito do credor, *a latere* do direito de crédito, mas apenas uma qualidade deste, são desprovidos de patrimonialidade<sup>9</sup>. Por isso, costuma-se afirmar que privilégio é a qualidade que a lei confere ao crédito pessoal, em oposição ao real, de ser pago com preferência a outros<sup>10</sup>, quando se instaura o concurso creditório. Retrata, pois, a preferência de um credor face a outro na disputa pelo pagamento de seu crédito, no âmbito do processo de satisfação e liberação que o Estado-Juiz desenvolve quanto ao patrimônio do devedor insolvente.

Os privilégios, em última *ratio*, como atestava Pontes de Miranda<sup>11</sup>, “ou atendem à qualidade da pessoa do credor, ou à qualidade do próprio crédito”. Na primeira hipótese, são eles de ordem personalíssima, instituídos por lei *cum intuitu personae*, não existindo senão em razão da qualidade pessoal do credor, como se tem em relação aos créditos trabalhistas e fiscais. Ficam, assim, atrelados à pessoa do próprio credor, não podendo se transmitir a terceiros. Na segunda, tem-se como fundamento a causa do próprio crédito e, por conseguinte, em razão de não ser ligado à pessoa do credor, acompa-

---

8 Ob. cit., tomo XXVII, p. 148.

9 Pontes de Miranda, ob. cit., tomo XXVII, p. 149.

10 Sampaio de Lacerda, *Manual de direito falimentar*, 12<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1985, p. 190.

11 Ob. cit., tomo XXVII, p. 163.

nham o crédito, caso haja cessão. Por isso, em profícua síntese, afirmava Carvalho Santos<sup>12</sup>: “os privilégios pessoais não são transferidos, mas os que derivam da natureza do crédito, passam, evidentemente, para o cessionário”.

#### **II.4 – O PRIVILÉGIO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO**

Os créditos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios podem ser de natureza tributária ou não tributária, e assim serão considerados no concurso de credores no que tange à ordem de prelação legal.

Nos créditos tributários encontram-se os impostos, as taxas, as contribuições e os empréstimos compulsórios. As contribuições, por seu turno, são divididas em de melhoria, parafiscais e especiais.

O Ministro Carlos Velloso, em seu voto proferido no Recurso Extraordinário nº 138.284-8, apreciado no Tribunal Pleno e decidido à unanimidade, apresenta um quadro das diversas espécies tributárias no modelo constitucional brasileiro, que merece ser reproduzido, em função de seu traço didático: “a) os impostos (C.F., arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (C.F., art. 145, II); c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1. de melhoria (C.F., art. 145, III); c.2. parafiscais (C.F., art. 149), que são: c.2.1. sociais, c.2.1.1. de seguridade social (C.F., art. 195, I, II, III), c.2.1.2. outras de seguridade social (C.F., art. 195, parág. 4º), c.2.1.3. sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, C.F., art. 212, parág. 5º, contribuições para o SESI, SENAI, C.F., art. 240); c.3. especiais: c.3.1. de intervenção no domínio econômico (C.F., art. 149) e c.3.2. corporativas (C.F., art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária: d) os empréstimos compulsórios (C.F., art. 148)”.

---

12 *Código civil brasileiro interpretado, direito das obrigações*, v. XIV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 342.

Os créditos tributários gozam de super privilégios, de caráter *intuitu personae*, dentre os quais se destaca<sup>13</sup> a preferência, no concurso de credores, a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou tempo de constituição, ressalvados os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho (*caput* do artigo 186, do Código Tributário Nacional). Com o advento da Lei Complementar nº 118/2008, que deu nova redação ao artigo 186 do Código Tributário Nacional, essa preferência restou um pouco arrefecida, porquanto se possibilitou que o crédito tributário não venha a preferir, nos termos da lei falimentar, aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado.

Em relação aos créditos de natureza não tributária, estes, em princípio, são classificados como quirografários. Contudo, nos termos do §4º, do artigo 4º, da Lei nº 6.830/80, exercida a faculdade de sua inscrição na Dívida Ativa da Fazenda Pública, passarão a gozar do mesmo regime de privilégio do crédito de natureza tributária.

A respeito já escrevemos<sup>14</sup>:

As pessoas jurídicas de direito público acima referenciadas poderão desfrutar de créditos de natureza não tributária, como, por exemplo, indenizações devidas em virtude de ilícito contratual ou extracontratual. Esses créditos, uma vez inscritos na dívida ativa, terão, a teor do §4º, do artigo 4º, da Lei nº 6.830/80, o mesmo tratamento de preferência dos créditos tributários, aplicando-se-lhes o artigo 186 do Código Tributário Nacional. Todavia, não estando regularmente inscritos, concorrerão como quirografários.

Não é outra a conclusão de Fábio Ulhoa Coelho<sup>15</sup>:

---

13 O outro seria a sua cobrança judicial, a qual não está sujeita ao concurso de credores ou à habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento (artigo 187, do Código Tributário Nacional). Mas não obstante isso, integram o quadro-geral de credores e estão sujeitos a uma ordem de classificação dentre os créditos que participam do concurso falimentar.

14 Ob. cit., p. 413.

15 *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220.

Quanto aos créditos fiscais não tributários, por sua vez, o Poder Público pode optar por inscrevê-los ou não na dívida ativa. Definir a melhor forma de cobrar o devedor, nesse caso, é ato discricionário. Em relação a eles, portanto, o administrador judicial deve guiar-se por critério estritamente formal: quando inscrito na dívida ativa, o crédito não tributário do estado tem a mesma classificação do tributário (Lei nº 6.830/80, art. 4º, §4º) e deve ser pago igualmente após os trabalhistas e equiparados e os credores com garantia real, mas, quando não está inscrito, sua classificação correta é a dos quirografários, devendo o administrador judicial processar o pagamento junto com o dos demais credores dessa categoria.

Em havendo privilégio em favor de créditos fazendários não tributários, por certo, este será de natureza personalíssima.

## **II.5 – O CRÉDITO DETIDO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL**

Nos termos do artigo 50<sup>16</sup>, da Lei nº 4.595/64, o Banco Central do Brasil goza dos favores, isenções e privilégios próprios da Fazenda Nacional.

Desse modo, a alocação de seu crédito no concurso falimentar seguirá o mesmo fluxo dos créditos públicos, ou seja, aqueles titularizados pelo Estado ou por ente ao qual a lei estende as garantias e as prerrogativas deste, até porque o artigo 8º, da citada Lei nº 4.595/64,

---

16 Art. 50. O Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco do Brasil S.A., O Banco do Nordeste do Brasil S.A. e o Banco de Crédito da Amazônia S.A. gozarão dos favores, isenções e privilégios, inclusive fiscais, que são próprios da Fazenda Nacional, ressalvado quanto aos três últimos, o regime especial de tributação do Imposto de Renda a que estão sujeitos, na forma da legislação em vigor. Parágrafo único. São mantidos os favores, isenções e privilégios de que atualmente gozam as instituições financeiras. Fica evidente que esses privilégios não mais se podem sustentar para as sociedades de economia mista, como nos casos do Banco do Brasil S.A., do Banco do Nordeste do Brasil S.A. e do Banco de Crédito da Amazônia S.A., a teor do que dispõe o inciso II, do §1º e o §2º, do artigo 173, da Constituição Federal.

atribui ao Banco Central do Brasil a qualificação jurídica de autarquia federal.

O crédito contemplado na consulta é concernente a “saldo devedor na conta de reservas bancárias”. Tal conta é similar a uma conta-corrente, porquanto nela é processada toda e qualquer movimentação financeira diária dos bancos, decorrente de operações próprias e de seus clientes. Não dispondo o banco de saldo suficiente para satisfazer os pagamentos previstos, o Banco Central imprime curso à liquidação de tais obrigações e a instituição financeira passa a apresentar saldo negativo na conta de reservas bancárias.

Sendo assim, evidencia-se que a natureza do crédito detido pelo Banco Central do Brasil, *in casu*, não pode ser tributária. O regime a ser seguido, portanto, é o mesmo dos créditos fazendários não tributários.

Disso resulta que, não estando inscrito o prefalado crédito na Dívida Ativa da Fazenda Pública, como lhe é por lei facultado, a classificação se fará no rol dos créditos quirografários. Do contrário, havendo a inscrição desse crédito de natureza não tributária, ser-lhe-á aplicável a preferência contemplada no artigo 186, do Código Tributário Nacional, passando a gozar do mesmo regime de privilégio do crédito de natureza tributária. Nesse caso, todos os privilégios que, por equiparação legal, passa a desfrutar, são de índole personalíssima, porquanto concedidos em função da qualidade de seu titular e não da causa do crédito.

## **II.6 – A CESSÃO DE CRÉDITO**

A cessão de crédito é negócio jurídico bilateral de transmissão de crédito entre o credor e um terceiro<sup>17</sup>, a qual opera seus efeitos

---

17 Pontes de Miranda, ob. cit., tomo XXIII, p. 267.

independentemente da anuência do devedor, que dele não participa<sup>18</sup>.

Trata-se de negócio jurídico abstrato<sup>19</sup>, que se completa, pois, independentemente da verificação de sua causa. Não se vincula, desse modo, ao negócio jurídico que lhe é subjacente ou sobrejacente. Daí traduzir Pontes de Miranda<sup>20</sup> que o objeto da cessão é o crédito e não a relação jurídica que se estabeleceu entre o primitivo credor e o devedor; ou, nas palavras de Galeno Lacerda<sup>21</sup>, “na cessão de crédito, portanto, permanece, com o cedente, pelo menos em parte, a titularidade da relação jurídica material”. Retrata, em última análise, uma alteração na titularidade do crédito e não na relação jurídica que lhe serviu de causa.

## **II.7 – CESSÃO DE CRÉDITO X PRIVILÉGIO CREDITÓRIO**

Cumprido, neste tópico, especificamente analisar se os privilégios creditórios irão, invariavelmente, acompanhar o crédito em caso de sua cessão.

Conforme já ensaiado anteriormente, o privilégio, por ser uma adjetivação do crédito, não é um direito, em si considerado. É uma promessa do Estado-Juiz de que, aberto o concurso de credores, pagará o crédito privilegiado antes dos demais, segundo a gradação que por fonte exclusiva de lei lhe venha a ser atribuída. São eles legalmente estabelecidos em atenção à qualidade da pessoa do credor, ou

---

18 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código civil interpretado*, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 567.

19 Pontes de Miranda, *ob. cit.*, tomo XXIII, p. 269 e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. II, 21 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 404.

20 *Ob. cit.*, tomo XXIII, p. 275.

21 *Cessão de crédito e legitimação no sistema bancário*, Revista dos Tribunais, Junho de 1989, v. 644, p. 23.



à causa do próprio crédito. Surgem, aí, os privilégios personalíssimos e os causais.

Quanto à cessibilidade ou transmissibilidade, é assente, como princípio geral, que os privilégios causais acompanham o crédito transferido; o mesmo não se verifica em relação aos ligados à qualidade pessoal do credor, que dele não se podem afastar, cumprindo relacionar as diversas opiniões a respeito.

Pontes de Miranda<sup>22</sup>, ao analisar privilégios e direitos de preferência atrelados ao crédito, demonstra que “o que não é personalíssimo, vai com o crédito cedido”. Mais adiante, ao enfrentar o concurso de credores<sup>23</sup>, arremata:

De ordinário, os privilégios ligam-se à causa do crédito, razão porque, em caso de cessão de crédito, notificado o devedor, os privilégios vão ao cessionário. Se o crédito tem privilégio atinente à pessoa, a cessão de crédito extingue o privilégio, como se o Estado cede o seu crédito de impostos ou de outros tributos que têm privilégio.

Carvalho Santos<sup>24</sup>, questionando se entre os acessórios do crédito encontram-se compreendidos os privilégios, assim se exprime:

A resposta tem que ser afirmativa, pelo menos, em regra. Os privilégios são também acessórios e, desta forma, passam ao cessionário, com os direitos que a este são transferidos por força de cessão.

Como exceção, porém, há certos privilégios que se não transmitem, como, por exemplo, o executivo fiscal, que somente pelo Estado pode ser exercitado. Mesmo que o Estado faça cessão de uma dívida fiscal a um particular claro que não poderá ser transmitido com o crédito o privilégio do executivo fiscal, precisamente porque trata-se

---

22 Ob. cit., tomo XXIII, p. 296.

23 Ob. cit., tomo XXVII, p. 163.

24 Ob. cit., v. XIV, p. 342.

de um privilégio intransferível, personalíssimo, se assim nos podemos exprimir.

Importa dizer: os privilégios pessoais não são transferidos, mas os que derivam da natureza do crédito, passam, evidentemente, para o cessionário.

Igual conclusão estabelece para a hipótese de sub-rogação<sup>25</sup>:

O sub-rogado, como é bem de ver, não adquire senão os direitos, ações e privilégios do credor primitivo.

Essa regra, entretanto, precisa ser entendida em termos, e por isso mesmo, propositadamente, dissemos linhas atrás que o sub-rogado não se podia valer dos direitos que foram alterados em virtude da própria sub-rogação.

Se não podia, como não pode, valer-se de tais direitos, não o poderá, também, da mesma ação, mas, sim, de outra, que couber ao seu direito, que se apresenta com outro caráter.

É o que se verifica, por exemplo, nas sub-rogações resultantes de pagamento de dívidas fiscais.

Paga a dívida, perde ela a natureza de fiscal, que é inerente e peculiar ao fisco. Não pode, por isso mesmo, o sub-rogado intentar o executivo fiscal para reaver o que pagou.

Serpa Lopes conduzia seu convencimento em idêntica direção<sup>26</sup>:

Quanto à sua extensão, salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito se abrangem todos os seus acessórios (Cód. Civ., art. 1.066). Do princípio assente na disposição supracitada resulta que

---

25 Ob. cit., v. XXIII, p. 103.

26 *Curso de direito civil*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, p. 414.

um crédito garantido mediante hipoteca, penhor ou anticrese, é transferido com todas essas garantias, inclusive os privilégios, salvo aqueles que por sua natureza são exclusivamente pessoais.

Caio Mário professava<sup>27</sup>:

Por via de regra, o credor sempre pode transferir o seu crédito, pois em princípio todos são suscetíveis de mutação, como qualquer elemento integrativo do patrimônio. Por exceção, e somente por exceção, será defesa. **As proibições ou decorrem da natureza da obrigação** ou da vontade da lei ou da convenção entre as partes. **Pela própria natureza, não podem ser objeto de cessão** os créditos acessórios, enquanto tais, sem a transferência do principal, **também aqueles que derivam de obrigações personalíssimas**. (...) Uma vez que não ocorram oposições naturais, legais ou convencionais à cessão, é lícito ao credor fazê-la, transferindo a razão creditícia ao cedido com todos os acessórios da obrigação – *accessorium sequitur principale* (Código Civil de 2002, art. 287), salvo se houver, quanto a estes, disposição em contrário, como no caso de cessão de um crédito pecuniário com reserva dos juros, ou a transferência dos direitos creditórios com exclusão expressa das garantias que o asseguram, **ou, ainda, quando os acessórios são inseparáveis da pessoa do cedente**. A transferência da razão creditória abrange-lhe os frutos, rendimentos e garantias. **Não opera pleno iure a transferência de acessórios que são inseparáveis da pessoa do cedente**. (o grifo é nosso)

Orlando Gomes igualmente leciona<sup>28</sup>:

Da transmissão se excluem os direitos inseparáveis da pessoa do credor (...). Transmitem-se os direitos de preferência, se não concedidos em atenção à pessoa do credor. Os outros créditos aos quais a lei confere natureza privilegiada se transferem com essa vantagem, assu-

---

27 Ob. cit., v. II, pp. 405/407.

28 *Obrigações*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 249.

mindando o segundo credor a posição preferencial do primeiro. Por outras palavras, o cessionário investe-se no privilégio de que gozava o cedente.

Não é outra a idéia desenvolvida por Gustavo Tepedino, He-loisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>29</sup>:

Como se verá adiante, as obrigações acessórias, por sua natureza, são incessíveis sem a transferência do principal, assim como os créditos já penhorados (CC, art. 298). Da mesma forma, os créditos que derivem de obrigações personalíssimas, que só podem ser prestadas pelo devedor originário, não admitem transmissão, **e bem assim, os direitos inerentes à pessoa do titular** (o grifo é nosso).

E tudo isso se tem, porque o que é cessível ou transferível é o crédito e não a relação jurídica da qual resulta. Os privilégios pessoais, derivados, assim, da qualidade do credor, ficam atrelados à pessoa do cedente; deles não se pode valer ou beneficiar o cessionário, pois não há, nesse ponto, qualquer sub-rogação, por total falta de qualidade pessoal deste último. Os privilégios que acompanham o crédito cedido, repita-se, são aqueles vinculados a sua causa ou natureza, que independem, desse modo, dos atributos pessoais do credor.

## **II.8 – QUADRO-GERAL DE CREDITORES**

A finalidade do processo de verificação dos créditos é apurar, de forma esmerada, o passivo falencial. Desse modo, no modelo do Decreto-Lei nº 7.661/45, julgadas as declarações de crédito, quanto a sua existência, valor e natureza, encontrar-se-á o síndico apto a apresentar um quadro que retrate o elenco dos credores, o *quantum* de seus créditos e a classificação, quanto aos privilégios, que lhes cabem.

---

29 Ob. cit., p. 569.

Nesse sentido, prescreve o artigo 96 daquele Decreto-Lei, que, na conformidade das decisões do juiz, nos processos de declarações de créditos, o síndico organizará o quadro-geral de credores admitidos à falência, mencionando as importâncias dos créditos e sua classificação, na ordem estabelecida no artigo 102.

Como professava Rubens Requião<sup>30</sup>, “com a publicação desse quadro, encerra-se, no processo falimentar, a fase de informação, dando azo a que se incida a liquidação falimentar”. O quadro de credores, portanto, como sustentava o mesmo autor, somente poderia ser “organizado e publicado, quando, efetivamente, todos os créditos, inclusive os que tiverem sido impugnados, houverem sido decididos por sentença do juiz”<sup>31</sup>. Mostra-se, nos processos regidos pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, de suma importância a prefalada publicação, pois, a partir dela, tem início o prazo para recurso da sentença proferida nas impugnações de créditos (§1º, do artigo 97).

Portanto, no indigitado regime, faz-se imperiosa a prolação de sentença, julgando tanto os créditos não impugnados, quanto os impugnados (artigo 92). Excluem-se, por certo, desse julgamento do juízo falimentar as eventuais controvérsias acerca dos créditos de natureza trabalhista, fazendária ou equiparados, dada a sua evidente incompetência. Havendo contradita aos créditos citados, deverá ela ser remetida ao juízo competente. Mas isso não quer significar que tais créditos não devam figurar no quadro-geral de credores. Ao revés, sua inclusão é imperativo de lei, sem o que não se tem a visão precisa do passivo falencial.

A publicação do quadro aponta, destarte, para o fato de que o acertamento do passivo, de certa forma, estaria consumado, ressalvados os julgamentos dos créditos retardatariamente habilitados e das eventuais ações de revisão.

---

30 Ob. cit., 1º vol., p. 322.

31 Ob. cit., 1º vol., p. 323.

## **II.9 – OS EFEITOS DE COISA JULGADA**

A doutrina processualista sempre sustentou que a decisão que julga a declaração de crédito, impugnada ou não, constitui, em todos os sentidos, uma sentença definitiva<sup>32</sup>. Incumbe ao juiz, consoante os termos do artigo 92 já invocado, decidir não só acerca dos créditos impugnados, mas também em relação àqueles não impugnados, sendo, neste caso, a sentença proferida, no dizer de Rubens Requião<sup>33</sup>, “não apenas um ato administrativo homologatório, mas uma sentença declarativa em toda a sua extensão”.

Em assim sendo, impende indagar se aquele ato judicial, que julga as declarações de crédito, e decide sobre sua classificação, faz ou não coisa julgada.

A conclusão a favor da formação da coisa julgada parece-nos evidente, porquanto o Decreto-Lei nº 7.661/45 exige ação própria, de conteúdo efetivamente rescisório, para eventualmente modificar as decisões sobre as declarações de crédito, consoante se infere da leitura da regra trazida pelo artigo 99<sup>34</sup>.

A doutrina abalizada corrobora a assertiva, senão vejamos.

Trajano de Miranda Valverde<sup>35</sup> apresenta irretocável magistério:

A lei vigorante (Decreto-Lei nº 7.661/45) exige, porém, do juiz o julgamento expresso, manifesto por escrito, de todas as declarações de

---

32 Confira-se Rubens Requião, ob. cit., 1º vol., p. 319.

33 Ob. cit., 1º vol., p. 320.

34 Art. 99. O síndico ou qualquer credor admitido podem, até o encerramento da falência, pedir a exclusão, outra classificação, ou simples retificação de quaisquer créditos nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou de documentos ignorados na época do julgamento do crédito. Parágrafo único. Esse pedido obedecerá ao processo ordinário, cabendo da sentença o recurso de apelação.

35 *Comentários à lei de falências*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 48.

crédito, haja ou não impugnação. Ora, as decisões do juiz no processo declaratório, que admite ou não, definitivamente, o crédito declarado, tem, fora de toda a dúvida, autoridade da coisa julgada, eis que não mais suscetível de reforma pelo recurso comum (procedimento ordinário).

No mesmo fluxo doutrina Sampaio Lacerda<sup>36</sup>:

O quadro geral de credores, que é assinado pelo juiz e pelo síndico, será junto aos autos da falência e publicado no órgão oficial dentro do prazo de cinco dias, contados da data da sentença que haja ultimado a verificação dos créditos (art. 96, § 2º). Tem eficácia de verdadeira sentença, estabelecendo a ordem no processo falimentar e o prazo para recurso das decisões que admitiram ou não os créditos. Uma vez transitando em julgado, só por ação de revisão, como veremos adiante, poderá ser modificado.

Não de forma diferente sustentava Rubens Requião<sup>37</sup>:

Baseamos a nossa opinião na circunstância de a Lei de Falências, no art. 99, ter estabelecido um processo simplificado de rescisão da sentença, a que Carvalho de Mendonça chamou de *revisão da sentença*. Estabelece-se, portanto, um processo de rescisão da sentença, à qual, como qualquer outra do processo comum, está sujeita. Isso nos firma a convicção de que a sentença declaratória da inclusão do crédito constitui coisa julgada, que somente pode ser revista mediante um procedimento especial, que dá nascimento a uma sentença contrária.

## **II.10 – REVISÃO DA SENTENÇA (AÇÃO RESCISÓRIA FALENCIAL)**

Faculta o artigo 99, do Decreto-Lei nº 7.661/45 o exercício, pelo síndico ou qualquer credor admitido, isto é, que teve seu crédito

---

36 Ob. cit., p. 195.

37 Ob. cit., 1º vol., p. 320.

mandado incluir, e não apenas declarante, de uma ação destinada a demandar a exclusão, reclassificação ou simples retificação de quaisquer créditos já acolhidos por decisão transitada em julgado.

O pedido deverá basear-se em vícios, retratados pela descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou de documentos ignorados na época de julgamento do crédito. Esse pleito, que se processará perante o mesmo juízo da falência que mandou incluir o crédito, obedecerá ao procedimento ordinário, cabendo da respectiva sentença recurso de apelação. A oportunidade para a propositura da indigitada ação é até o encerramento da falência, por sentença, inclusive.

Dita ação tem a configuração revisional creditória ou rescisória falencial, fundada exclusivamente em questões de direito material e não processual<sup>38</sup>, equiparada à ação rescisória do processo comum<sup>39</sup>.

O exame do motivo em que se configura o pedido (*judicium rescidens*) deverá estar relacionado com fatos preexistentes à admissão do crédito<sup>40</sup>. Daí a lei usar o termo “descoberta”. Do contrário, aplicar-se-ia o princípio da imutabilidade da decisão de mérito, eis que todas as questões existentes, propostas ou proponíveis, já teriam sido examinadas<sup>41</sup>. Em outras palavras, a descoberta do vício há de ser posterior à sentença que julgou o crédito, devendo o autor da ação rescisória falencial provar esta posterioridade<sup>42</sup>.

Em relação ao erro estampado no preceito legal, urge ressaltar

---

38 Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, São Paulo: Saraiva 1978, p. 128.

39 Trajano de Miranda Valverde, ob. cit., vol. II, p. 59; Sampaio Lacerda, ob. cit., p. 197; e Rubens Requião., ob. cit., 1º vol., p. 322.

40 Trajano de Miranda Valverde, ob. cit., vol. II, p. 57; e Sampaio Lacerda, ob. cit., p. 197.

41 Sampaio Lacerda, ob. cit., p. 197.

42 Silva Pacheco, *Processo de falência e concordata*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 462; e Revista dos Tribunais 151/720.



que não se deve cogitar de erro de direito, mas simplesmente de erro de fato<sup>43</sup>.

### **III – RESPOSTA À QUESTITAÇÃO FORMULADA**

A partir das reflexões acima, passamos a, objetivamente, responder a quesitação formulada:

**1º Quesito:** O Banco Central do Brasil possui crédito privilegiado em procedimentos falimentares. Qual é a origem desse privilégio? Na hipótese de cessão de créditos para terceiros, o privilégio é mantido? O cessionário goza dos mesmos privilégios do Banco Central?

No concurso de credores instaurado pelo procedimento falimentar, o crédito do Banco Central do Brasil poderá gozar de privilégio. A gênese desse privilégio repousa, abstratamente, no artigo 50, da Lei nº 4.595/64, que a ele torna extensíveis, generalizadamente, os favores, isenções e privilégios próprios da Fazenda Nacional, sem contar o fato de que, pelo artigo 8º da indigitada lei, o Banco Central do Brasil recebeu a qualificação jurídica de autarquia federal. Há, portanto, uma equiparação legal aos créditos públicos, isto é, aqueles titularizados pelo Estado ou por ente ao qual a lei estende as garantias e prerrogativas deste.

O crédito da Fazenda Pública poderá ter natureza tributária ou não tributária, fato que influenciará em sua classificação na ordem de prelação legal, no concurso falimentar.

Impõe-se à Fazenda Pública, em caso de não pagamento, inscrever o crédito tributário na Dívida Ativa. Não lhe é dada outra alternativa, por tratar-se de ato administrativo vinculado.

Os créditos de natureza tributária contra o devedor falido, as-

---

43 Revista dos Tribunais 150/183.

sim, deverão sempre estar inscritos na Dívida Ativa e gozarão do privilégio que prioriza o seu pagamento na falência (no regime do Decreto-Lei nº 7.661/45, disciplina da matéria consultada, após os créditos derivados de acidentes do trabalho e os decorrentes da legislação do trabalho ou equiparados).

Em relação aos créditos fazendários não tributários, fica facultado ao Poder Público promover sua inscrição na Dívida Ativa. Poderá, desse modo, definir a melhor forma de cobrá-los do devedor, optando por inscrevê-los ou não, visto tratar-se de ato discricionário. Dessa feita, o pagamento na falência é direcionado por um critério estritamente formal: se inscrito, aplicar-se-lhe-á o disposto no artigo 186, do Código Tributário Nacional (Lei nº 6.830/80, §4º, do artigo 4º), encontrando-se na mesma classificação dos créditos tributários; se não inscrito, sua classificação adequada será como crédito quirografário.

O mesmo curso deve ser observado para o crédito do Banco Central do Brasil, equiparado, por força de lei, ao crédito da Fazenda Nacional.

O crédito objeto da consulta refere-se a “saldo devedor na conta de reservas bancárias”. Sua natureza, como facilmente se percebe, é não tributária. O regime de sua alocação no concurso falimentar seguirá o dos créditos fazendários não tributários. Portanto, não estando inscrito na Dívida Ativa da Fazenda Pública, como lhe é por lei facultado, sua classificação se fará no rol dos créditos quirografários; estando inscrito, todavia, ser-lhe-á extensível o privilégio contemplado no artigo 186 do Código Tributário Nacional, passando a gozar, destarte, de sua ordem de classificação.

Na hipótese de cessão do crédito privilegiado, detido pelo Banco Central do Brasil, a terceiros, pessoas jurídicas de direito privado, o privilégio não acompanha a transmissão do crédito.

Com efeito, o privilégio é uma adjetivação do crédito e não um direito, em si considerado. É uma promessa do Estado-Juiz de

que, aberto o concurso de credores, pagará o crédito privilegiado antes dos demais, segundo a gradação que por fonte exclusiva de lei lhe venha a ser atribuída. São eles legalmente estabelecidos em atenção à qualidade da pessoa do credor, ou à causa do próprio crédito. Surgem, aí, os privilégios personalíssimos e os causais.

É assente, como princípio geral prestigiado na doutrina, que os privilégios causais acompanham o crédito transferido, o que não se verifica em relação àqueles ligados à qualidade pessoal do credor, que dele não se podem afastar.

Tudo isso porque o que é cessível ou transferível é o crédito e não a relação jurídica da qual resulta. Portanto, os privilégios pessoais, como os que recaem sobre os créditos de titularidade do Banco Central do Brasil, derivados, assim, da qualidade desse credor, ficam atrelados à sua pessoa. Uma vez cedido o crédito, dos privilégios inerentes à pessoa de seu titular não se pode beneficiar o cessionário, pois não há, nesse ponto, qualquer sub-rogação por total ausência de qualidade ou atributo pessoal deste último.

Desse modo, há sucessão do cedente pelo cessionário apenas quanto ao crédito transferido, restando extinto o privilégio, visto que permanece vinculado à relação jurídica subjacente à cessão. Importa dizer, em outros termos, que os privilégios pessoais não são transmissíveis, sendo inseparáveis da pessoa do cedente.

O cessionário não gozará, portanto, dos privilégios personalíssimos atribuídos ao Banco Central, por força de lei, no concurso falimentar.

**2º Quesito:** Na hipótese de o cessionário do crédito não gozar dos mesmos privilégios do Banco Central do Brasil, é correto dizer que, após a cessão, o referido crédito se torna quirografário?

Como se pode tranquilamente inferir do que fora exposto na resposta ao quesito anterior, é inarredável a conclusão de que o cessionário desfrutará, no concurso de credores instaurado no processo falimentar, de um crédito sem privilégios ou quirografário.

**3º Quesito:** É possível, após a homologação do quadro-geral de credores, alterar-se a classificação dos créditos? Exemplificativamente: um crédito listado como quirografário no quadro-geral de credores pode, posteriormente, ser reclassificado como privilegiado? Caso uma hipótese como esta ocorra, não se estaria diante de uma violação ao artigo 471 do Código de Processo Civil? Em outras palavras, a coisa julgada tem o condão de impedir a reclassificação de um crédito no quadro-geral de credores?

No sistema do Decreto-Lei nº 7.661/45, impõe-se o julgamento de todos os créditos habilitados no passivo falimentar, tanto aqueles não impugnados como os impugnados. Esse ato do juiz constitui, em todos os sentidos, uma sentença definitiva.

Em conformidade das decisões do juiz, nos processos de declaração de crédito, cabe ao síndico organizar o quadro-geral de credores admitidos na falência, mencionando as importâncias dos créditos e a classificação que por direito lhes toca. Sua publicação dar-se-á, efetivamente, após todos os créditos, submetidos ao crivo do juízo falimentar, impugnados ou não, terem sido julgados.

A sentença que julga as declarações de crédito, decidindo quanto a sua existência, valor e classificação, tem autoridade de coisa julgada.

Tanto assim o é que o artigo 99, do Decreto-Lei nº 7.661/45 estabeleceu um processo próprio para a rescisão da sentença, ou seja, a sentença que manda incluir um crédito no quadro-geral de credores constitui coisa julgada, que somente pode ser revisada por meio de um procedimento especial, que enseja o nascimento de uma sentença contrária. É o que se convencionou chamar de ação revisional creditória ou rescisória falencial, fundada exclusivamente em questões de direito material.

Portanto, um crédito admitido no passivo falimentar, e assim espelhado no quadro-geral de credores, como quirografário, não pode ser de ofício reclassificado ou mediante simples requerimento

feito nos autos, por qualquer interessado, senão por meio da mencionada ação prescrita no artigo 99, da Lei de 45.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 2008.

Sérgio Murilo S. Campinho

**ACÓRDÃO – TJSP – RECUPERAÇÃO JUDICIAL –  
AVALIAÇÃO DA VIABILIDADE  
ECONÔMICO-FINANCEIRA DO PLANO AFETA  
À ASSEMBLÉIA-GERAL DE CREDORES E  
NÃO AO MAGISTRADO**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 554.633-4/9-00, da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, em que é agravante ROGÉRIO LUIZ MARTINS TRANSPORTES M.E. (FALIDA), sendo agravado STRAZZA PETRO COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA E ROGÉRIO LUIZ MARTINS TRANSPORTES M. E. (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO e ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 27 de agosto de 2008.

PEREIRA CALÇAS  
Presidente e Relator

Comarca: Ribeirão Preto – 9ª Vara Cível  
Agravante: Rogério Luiz Martins Transportes ME (falida)  
Agravadas: Strazza Petro Comércio e Transportes Ltda. e Outra

## VOTO Nº 14.931

“Agravado de Instrumento. Falência com base na impontualidade de duplicatas mercantis, não aceitas, não pagas e protestadas por falta de pagamento. Alegação de afronta ao princípio do juiz natural, em razão da sentença ter sido proferida por juiz designado para auxiliar o Juízo da Falência, rejeitada. Cerceamento de defesa decorrente do julgamento da lide, sem realização da audiência de instrução, repellido, já que a prova dos fatos relevantes alegados deve ser feita por documentos. Impontualidade comprovada por protesto cambial comum por falta de pagamento que, realizado, dispensa o protesto especial para fins falimentares. Inteligência do artigo 94, § 3º, da LRF. Instrumentos de protesto com certidão do tabelião, que tem fé pública, certificando a realização de intimação pessoal no ato do protesto. Atendimento de determinação para a apresentação de cópia dos avisos de recebimentos, com o que restaram identificadas as pessoas que foram intimadas para os protestos. Desnecessidade de intimação do protesto na própria pessoa do empresário individual. Duplicatas mercantis, não aceitas, acompanhadas da prova da remessa e recebimento das mercadorias, devidamente protestadas, configuram título executivo que autoriza o pedido de falência. Administrador judicial, novo nome do antigo síndico, deve ser escolhido pelo juiz, entre profissionais idôneos, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contabilista. Agravo provido, em parte, apenas para ser escolhido novo administrador judicial, consoante o critério do artigo 21 da LRF. De ofício, determina-se a complementação da sentença de quebra, de acordo com o artigo 99 da LRF.”

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado por ROGÉRIO LUIZ MARTINS TRANSPORTES ME, no pedido de falência que lhe move STRAZZA PETRO COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA., inconformada com a decisão que, com fundamento no artigo 94, I, da Lei nº 11.101/2005, decretou sua falência. Alega que a decisão hostilizada merece ser reformada pelos seguintes motivos: a) Violação do princípio do JUIZ natural previsto no artigo 5º, I e III, da Carta da Repúbli-

ca, pois a falência foi distribuída e processada perante o Juízo da 9ª Vara Cível de Ribeirão Preto, enquanto a sentença foi prolatada por Juiz da Comarca da Capital (São Paulo); b) Cerceamento de defesa, eis que pretendia provar sua alegação apresentada na defesa, no sentido de que houve relevante razão de direito para não pagar as duplicatas, visto que, como atua na atividade de transportadora, quando a agravada, abruptamente, suspendeu o fornecimento de combustível à agravante, sem pré-aviso, viu-se impossibilitada de pagar as cambiais, não caracterizada a mora, já que não agiu com culpa (art. 396, CC); c) Os protestos dos títulos estão irregulares, pois o artigo 94, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, exige protesto especial para fins falimentares para demonstração da impontualidade, ademais, é preciso que do instrumento de protesto conste a identificação da pessoa que foi intimada para o ato, e, no caso em exame, sendo ele empresário individual, apenas ele poderia ter recebido aludidas intimações, uma vez que não tem preposto, o que deveria ser documentalmente comprovado com a petição inicial (art. 283, CPC), os documentos que instruem a inicial não indicam quem foi intimada para os protestos, fato que impede o decreto de quebra e impõe a extinção do processo, sem julgamento do mérito; d) A nomeação da própria requerente da falência como Administrador Judicial é equivocada, eis que o artigo 21 da Lei nº 11.101/2005 prevê que tal função seja exercida por profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador. Pede o prequestionamento do artigo 5º, III, LIL e LV, da Carta da República, artigos 21; 94, I e parágrafo 3º; 96, III, V, VI; e 101, da Lei nº 11.101/2005, artigos 166, IV, V, 396, e 1.171, do Código Civil, art. 283 do CPC, artigos 7º, 8º, III, e 15, II, “a”, da Lei nº 5.474/68, e artigo 1º, da Lei nº 9.492/97. Postula, a final, a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso para ser reformada a decisão agravada.

Pela decisão de fls. 145/vº, concedi o efeito suspensivo, determinando à agravada para apresentar cópias dos avisos de recebimento das intimações dos protestos.



A agravada contraminutou e apresentou os documentos referentes aos avisos de recebimento (fls. 153/191).

A D. Procuradoria de Justiça alvitrou fosse concedida vista ao agravante para se manifestar sobre os documentos apresentados pela agravada e opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 193/198). Revoguei o efeito suspensivo inicialmente concedido (fls. 199/vº).

A agravante manifestou-se sobre os documentos apresentados na contraminuta (fls. 207/209).

Relatados.

2. Rejeita-se a preliminar de violação ao princípio constitucional do JUIZ natural, em virtude de o processo de falência tramitar na 9ª Vara Cível de Ribeirão Preto e a sentença de quebra ter sido proferida pelo JUIZ do Foro Regional de Santo Amaro, Capital.

O artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal preceitua que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”*.

O pedido de falência foi corretamente ajuizado na Comarca de Ribeirão Preto, eis que o empresário individual-agravante é estabelecido na Rua Barretos, 1.394, Vila Elisa, Ribeirão Preto, incidindo na espécie o artigo 3º, da Lei nº 11.101/2005, que determina ser competente para decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor, regra de competência funcional e absoluta. Distribuído o processo ao Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, lá tramitou o feito normalmente e, na oportunidade adequada, determinou o Juiz Titular daquele Juízo a abertura de conclusão do processo ao MM. Juiz de Direito Auxiliar da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, designado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para auxiliar e sentenciar na 9ª Vara de Ribeirão Preto, no período de 26 a 30.11.2007, conforme publicação no Diário Oficial do Estado de 07.11.2007. Evidente, portanto, que não houve qualquer violação ao princípio do JUIZ natural.

Da mesma forma, sem qualquer fomento jurídico a assertiva de que houve maltrato ao princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), alegação que chega às raias da litigância de má-fé.

Rejeita-se a preliminar de maltrato ao princípio constitucional do juiz natural e ao devido processo legal.

Além disso, não prospera a preliminar de cerceamento de defesa, sob o argumento de que pretendia a agravada produzir provas para demonstrar que a agravada, ao deixar de fornecer combustível, de forma abrupta e sem constituí-lo em mora, como exige o artigo 396 do Código Civil, não lhe permitindo demonstrar a existência de relevante razão de direito, a teor do artigo 94, I, da LRF, justificaria o não pagamento das cambiais.

Totalmente impertinente e irrelevante a alegação da agravante, no sentido de que a interrupção inesperada de fornecimento de combustível para seu posto de revenda de tais produtos foi a causa que o levou a não aceitar e pagar as duplicatas, eis que, nossa Carta Federal estabelece o princípio da livre empresa e concorrência, inexistindo obrigação legal, de quem quer que seja, de vender produtos ou prestar serviços compulsoriamente.

A matéria alegada na contestação exigia exclusivamente, prova documental, sendo desnecessária a realização de audiência de instrução e julgamento, incidindo na espécie o artigo 330, II, do Código de Processo Civil.

Rejeita-se a preliminar de inobservância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Relativamente aos protestos, cumpre, em primeiro lugar, afastar a afirmativa de que apenas o protesto especial para fins falimentares tem o condão de comprovar a impontualidade, em face da exigência prevista no artigo 94, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, que menciona que no caso de falência fundada na impontualidade (artigo 94, D), o pedido será instruído com os títulos executivos, acompanhados dos

respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica

Conforme se verifica pelos instrumentos de fls. 34, 37, 40, 43, 46, 49, 51, 54, 56, 59, 61, 64, 66, 69, 71, todas as duplicatas foram protestadas por falta de pagamento.

O Prof. SÉRGIO CAMPINHO, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, ao tratar do protesto de título de crédito para o escopo de falência diz “*Conquanto sujeitos a protesto especial, os títulos cambiais e cambiariiformes são deles dispensados, se realizado o protesto que lhes é próprio. Essa era a exegese que se extraía do artigo 10 do Decreto-Lei nº 7 661/45. A jurisprudência sempre amparou a conclusão. Não vemos razão lógica nem razoável traduzida na lei atual para alterar o entendimento*” (Falência e Recuperação de Empresa, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2ª edição, pág. 238).

O festejado professor menciona precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido acima mencionado. Confira-se.

“*Protesto cambial. Duplicata. Segundo pontifica a melhor doutrina nacional, os títulos de crédito, subordinados ao protesto comum, escapam à necessidade do protesto especial*” (REsp 50 827-GO). Nessa mesma linha REsp 203 791-MG.

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo também profere o seguinte escólio: “*A prova da impontualidade é sempre o protesto do título por falta de pagamento. Qualquer que seja o documento representativo da obrigação a que se refere a impontualidade injustificada, deve ser protestado. Se for título de crédito (letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédula de crédito etc), o protesto cambial basta à caracterização da impontualidade, mesmo que extemporâneo, isto é, ainda que ultrapassado o prazo fixado na legislação cambial para a conservação do direito de regresso contra co-devedores*” (Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Ed Saraiva, 2ª edição, São Paulo, p 256) (grifei).

Esta Colenda Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais já firmou entendimento no sentido de que, se o título foi submetido ao protesto comum, desnecessário que se tire o protesto especial para se demonstrar a impontualidade em que se fundamenta o pedido de falência.

*“O protesto especial é desnecessário se a duplicata foi protestada por falta de pagamento, nos termos da Lei nº 5.474/68. Por outro lado, tirado o protesto por indicação, a teor do artigo 13, parágrafo 1º, da Lei das Duplicatas, o pedido de falência pode ser apresentado sem necessidade da instrução física da cambial, que é substituída pelo instrumento de protesto acompanhado de documento hábil, que comprove a remessa e o recebimento das mercadorias, conforme artigo 15, II, do mesmo diploma legal, configurada exceção ao princípio da cartularidade (Agravo de Instrumento nº 423.414.4/9-00).*

*“Falência com fundamento em duplicata mercantil, protestada, acompanhada dos documentos de remessa e recebimento da mercadoria. Título executivo que autoriza o pedido de falência a teor do artigo 15, II, “a”, “b”, da Lei das Duplicatas, sendo desnecessária a prova da remessa do título para o aceite. Outrossim, submetida a duplicata ao protesto por falta de pagamento de natureza cambial, não há necessidade de protesto especial, nem da identificação da pessoa que recebeu a notificação para fins do protesto” (Apel. com Revisão nº 372.522.4/6-00).*

*“Falência. Pedido com fundamento no artigo 94, I, da Lei nº 11.101/2005, arrimado em notas promissórias derivadas de instrumento de novação e confissão de dívida. Estando as cambiais protestadas por falta de pagamento, não há necessidade do protesto especial para fins falimentares. Inteligência do parágrafo 3º do artigo 94 da nova Lei. Nos termos de orientação pacífica do STJ, deve ser identificada, no instrumento de protesto ou no aviso de recebimento, a pessoa que foi intimada para fins do protesto, a qual, no entanto, não precisa ser a presentante legal da sociedade, nem ter poderes de representação” (Agravo de Instrumento nº 498 367 4/7-00).*

Outrossim, conforme se verifica pela ementa acima reproduzida, esta Câmara Especializada perfilha o entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que do instrumento de protesto exige-se que identifique a pessoa que foi intimada para o ato notarial, não sendo preciso, no entanto, que referida pessoa seja o próprio devedor, no caso de ser empresário individual, nem seu preposto ou pessoa com poderes para representá-lo. Basta a prova de que a intimação foi entregue no endereço constante do título de crédito, devendo constar a assinatura de quem a recebeu.

No caso vertente, a petição inicial da ação de falência veio instruída regularmente, nos exatos termos do artigo 283, do Código de Processo Civil e artigo 94, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, com as triplicatas, as notas fiscais-faturas, com a identificação e assinatura das pessoas que receberam as mercadorias e os instrumentos de protestos, constando destes a certidão do Tabelião de que a intimação foi pessoal por meio de aviso de recebimento.

Apesar da fé pública do tabelião, e de não haver exigência expressa em lei sobre a necessidade de se indicar o nome da pessoa que foi intimada para o ato do protesto, esta Câmara Especializada vem perfilhando o entendimento consagrado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que se comprove, por documento, a intimação para o ato notarial.

Bem por isso, foi concedida a oportunidade à agravada para apresentar cópias dos avisos de recebimento, que foram juntados às fls. 174/189. As intimações foram feitas nas pessoas de Rogério Luiz Martins (fls.174, 175, 176, 178, 179, 180, 182, 184, 186, 187, 188, 189), Márcio Martins (fls. 177 e 181) e Rosângela Martins (fls. 183 e 185). Diante disso, ao se conceder a oportunidade para a agravada apresentar as cópias dos avisos de recebimento das intimações dos protestos, em face da insistência da agravante em afirmar a irregularidade dos instrumentos de protestos, verifica-se que bem se houve o magistrado em repelir a defesa e decretar a quebra, não se justificando o

pleito do recorrente em obter a extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Em suma, as duplicatas que deram embasamento ao pedido de falência estão dotadas de todos os requisitos exigidos pelo artigo 15, inciso II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 5.474/68, sendo, portanto, títulos executivos extrajudiciais que autorizam o pedido de falência fundado na impontualidade prevista no artigo 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005, destacando-se que os instrumentos de protesto certificam a realização de intimação pessoal, complementados pelos avisos de recebimento que identificam as pessoas intimadas, mercê do que, a quebra foi corretamente decretada.

Apenas em um ponto o agravante tem razão. Com efeito, a partir da Lei nº 11.101/2005 o nome do antigo síndico passou a ser administrador judicial e, deve ele ser escolhido nos termos do artigo 21, ou seja, “será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”. Será provido, em parte, o recurso, somente para que o MM. Juiz “a quo” nomeie outro administrador judicial, de acordo com os critérios acima referidos. De ofício, determina-se ainda ao digno magistrado de Ribeirão Preto para que complete a sentença de falência, observando-se os incisos do artigo 99, da Lei nº 11.101/2005.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento, em parte, ao agravo, para os fins acima especificados.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS — RELATOR

**ACÓRDÃO – TJSP – IMPONTUALIDADE  
COMPROVADA POR PROTESTO CAMBIAL  
COMUM POR FALTA DE PAGAMENTO DISPENSA  
A REALIZAÇÃO DE PROTESTO ESPECIAL**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 561.271-4/2-00, da Comarca de CAIEIRAS/FCO DA ROCHA, em que são agravantes IBERPRIDE S/A, PRIBER COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS LIMITADA E.P.P. sendo agravado PLASTUNION INDUSTRIA DE PLÁSTICOS LIMITADA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL):

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO e ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 30 de julho de 2008.

PEREIRA CALÇAS  
Presidente e Relator

Comarca: Franco da Rocha — 1a Vara Cível do Foro Distrital de Caieiras  
Agravantes: Iberpride S/A e Priber Comércio e Locação de Máquinas Limitada EPP

Agravada: Plastunion Indústria de Plásticos Limitada (em recuperação judicial)

#### **VOTO Nº 14.794**

“Agravado de Instrumento interposto contra decisão que concede recuperação judicial. Pretensão das recorrentes, que formularam objeção ao plano, de ser anulada a sentença, por falta de fundamentação, em face de não ter apreciado as objeções deduzidas. Competência da Assembléia-Geral de Credores, e não do juiz, de apreciar as objeções formuladas. Sentença corretamente fundamentada, a teor do artigo 458, do CPC. Nulidade rejeitada. Observadas todas as formalidades legais e aprovado o plano pelo quorum previsto no artigo 45, o juiz, ao afastar a exigência do artigo 57, deve conceder a recuperação judicial. Não compete ao magistrado apreciar a viabilidade econômico-financeira do plano, que deve ser instruído com pareceres técnicos de profissional habilitado, sujeitos ao crivo exclusivo do conclave assemblear. Agravado desprovido.”

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado por IBERPRI-DE S/A e PRIBER COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS LTDA — EPP, na recuperação judicial de PLASTUNION INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA., inconformadas com a r. decisão que homologou o plano de recuperação da agravada. Dizem que apresentado o plano de recuperação judicial, formularam objeção, argumentando que o plano é inconsistente e inexecutável, o que pode ser constatado pelo exame da contabilidade da devedora, que age temerariamente, com o escopo de retardar sua inevitável quebra. A Assembléia-Geral aprovou o plano, em que pese o voto contrário das agravantes e dos outros credores presentes, quando, então, as agravantes formularam petição ao Juiz postulando a rejeição da recuperação, que, no entanto, foi homologado pela decisão hostilizada, que não veio fundamentada como exige o artigo 99, X, da Constituição Federal e por isso deve ser anulada. Enfatiza que o artigo 59, § 2o, da Lei nº 11.101/2005, prevê a possibilidade de se recorrer contra a decisão concessiva do plano, o



que evidencia que ela deve ser fundamentada, podendo o juiz apreciar as objeções ao plano e indeferir a recuperação, mesmo que os credores tenham aprovado o plano. Pede o provimento do recurso para anular a decisão desafiada, devendo os autos retornar ao primeiro grau, onde o magistrado deverá apreciar as objeções deduzidas.

Contraminuta às fls. 299/310. O Administrador Judicial, Dr. Rolff Milani de Carvalho, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 345/348).

A D. Procuradoria Geral de Justiça alvitra o não conhecimento do recurso por insuficiência de fundamentação das razões e, no mérito, o improvimento (fls. 350/353).

Relatados.

2. Em que pese não se constituírem as razões recursais um modelo de clareza, possível é o entendimento do pleito recursal e o fundamento da pretensão deduzida.

Por isso, conheço do agravo.

A preliminar de nulidade da sentença, por falta de fundamentação, não se sustenta, eis que conforme se verifica pelo exame da cópia reprográfica de fls. 276/278, foram observados os requisitos do artigo 458, I, II e III, do Código de Processo Civil, em atenção ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Rejeita-se, a preliminar de nulidade da sentença.

Relativamente ao mérito, também não prospera a irresignação.

Apresentado pedido de recuperação judicial ele teve regular processamento, com a apresentação do plano de recuperação de fls. 22/247, tendo as agravantes formulado objeção que se encontra reproduzida às fls. 248/256, alegando, em síntese, a incoerência do plano, que, no entanto, foi aprovado, conforme comunicação do administrador judicial (fls. 257/270), comprovada pela cópia da ata de fls. 271/272, onde consta a aprovação de 100% dos credores trabalhistas presentes e 84,59% dos credores quirografários e com privilégio geral presentes.

As agravantes peticionam postulando o indeferimento do pedido de recuperação judicial (fls. 274/275), sobrevindo a sentença de fls. 276/278 que examinou as formalidades exigidas para a recuperação, afastou a necessidade da apresentação das certidões negativas fiscais e, a final, concedeu a recuperação judicial. Interpostos embargos de declaração foram rejeitados.

A pretensão recursal não pode ser acolhida, eis que, uma das principais alterações que a Lei nº 11.101/2005 promoveu ao revogar o Decreto-lei nº 7.661/45 e abolir a concordata preventiva que foi substituída pela recuperação judicial da empresa, foi dar aos credores o direito de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação, deliberando sobre ele em Assembléia-Geral, órgão com soberania para deliberar sobre o plano.

A nova Lei prevê que, apresentado o plano no prazo legal e sendo formulada objeção, deverá o juiz convocar a Assembléia-Geral para deliberar sobre o plano de recuperação (art. 56).

Na Assembléia-Geral, convocada e instalada na forma prevista na LRF, a deliberação sobre o plano deve observar o quorum previsto no artigo 45, §§ 1º e 2º e, sendo aprovado, atendidas as exigências do artigo 57 (que a jurisprudência tem afastado), o juiz concederá a recuperação.

O Prof. SÉRGIO CAMPINHO, da UERJ anota: *“Verificadas todas as condições, a recuperação deverá ser concedida pelo magistrado. O vocábulo “poderá” empregado no texto legal (§ 1º do artigo 58) não quer traduzir uma faculdade do juiz, mas sim um poder-dever. Só não irá concedê-la caso verifique a ocorrência de ilegalidade no conteúdo do plano ou nas pré-condições para o devedor entrar em recuperação”* (Falência e Recuperação de Empresa, Ed. Renovar, 2ª edição, 2006, pág. 84).

O Prof. FÁBIO ULHOA COELHO, da PUC SP, leciona: *“Em suma: três podem ser os resultados da votação na Assembléia: a) aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao quo-*

*rum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quorum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos.*

Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o quorum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial.” (Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Ed. Saraiva, 2a edição, 2005, p.168-169).

Esta Câmara Especializada tem se pronunciado no sentido de que em relação à proposta do plano de recuperação da empresa, a Assembléia-Geral é soberana, não podendo o juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira, eis que, devendo ele ser instruído com a demonstração de sua viabilidade econômica e com o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado (artigo 53, II e III), caberá aos credores examinarem os pareceres técnicos e concluir pela viabilidade ou inviabilidade econômico-financeira da proposta da empresa devedora. Somente em casos em que se demonstre abuso de direito por algum credor que imponha sua vontade à assembléia para rejeitar o plano é que se tem admitido, em casos excepcionais, nova oportunidade de ser deduzido outro plano a ser submetido também à assembléia geral de credores.

Nesta linha é o parecer da Dra. Selma Negrão Pereira dos Reis, eminente Procuradora de Justiça: *“Aprovado o plano sem qualquer ressalva ou qualquer razão manifestada que demonstrasse que o deferimento da recuperação violasse os princípios da preservação da empresa, evidentemente não cabe ao Magistrado decidir de forma diversa da que fez.”* (fls. 353).

Em suma: sendo o plano aprovado regularmente pela Assembléia-Geral de Credores com o quorum previsto no artigo 45º, §§ 1º e

2º, com observância de todas as formalidades legais, não pode o magistrado deixar de conceder a recuperação judicial por entender que o plano é inviável sob o prisma econômico-financeiro. Outrossim, concedido o plano, se não for cumprido, o juiz decretará a falência da empresa recuperanda.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS — RELATOR

**DEBATES E  
ATUALIDADES**



**ARBITRAGEM  
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E  
COMPROMISSO ARBITRAL**

**ARBITRATION  
ARBITRATIONAL COMMITMENT AND  
ARBITRATION CLAUSE**

*Viviane Perez*

*Resumo:* O presente estudo busca analisar os mecanismos legais disponíveis para que as partes de uma relação jurídica submetam a solução de eventuais litígios à arbitragem. Trata-se, portanto, de discutir questões relativas à convenção arbitral, tanto sob a forma de cláusula compromissória, quanto de compromisso arbitral. O estudo passa também pela análise da Lei nº 9.307/96 que, se por um lado, solucionou as discussões acerca dos efeitos da cláusula compromissória, por outro fez surgir uma nova questão: a de saber se a Lei da Arbitragem tem aplicabilidade àqueles contratos munidos de cláusula compromissória firmados anteriormente à sua promulgação.

*Palavras-Chave:* Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Cláusula Compromissória. Compromisso Arbitral. Direito Intertemporal.

*Abstract:* The present study seeks to analyze the legal mechanisms available to allow parts to submit to arbitration the solution of eventual legal disputes. Therefore, it analyses the arbitral convention in the both forms recognized by Brazilian legislation: arbitration clause and arbitral commitment. The study also passes for

the analysis of the Law nº 9.307/96 that, if in one hand, has solved the quarrels concerning the effect of the arbitrational clause, in the other made appear a new question: is this Law applicable to contracts with arbitration clause previously firm?

*Keywords:* Arbitration. Law nº 9.307/96. Arbitration Clause. Arbitrational Commitment. Intertemporal Law.

## **I – Introdução**

A arbitragem, como se sabe, constitui-se em importante meio de solução de litígios, alternativo ao processo jurisdicional. Sendo conceituada como “*uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial*”<sup>1</sup>, pode-se afirmar que a arbitragem é um instrumento paraestatal de heterocomposição de conflitos, totalmente em conformidade com a terceira onda renovatória do Direito Processual.

Pode-se apontar inúmeros aspectos que tornam a adoção da arbitragem, cada vez mais usual na prática contratual, uma atraente alternativa para as partes, tais como a celeridade do procedimento se comparado com o regular processo judicial, ou o melhor conhecimento técnico dos árbitros sobre as questões que lhe são submetidas. Há ainda um outro aspecto que merece ser observado: como são os próprios contratantes que decidem submeter o litígio a um juízo arbitral – entenda-se, por ato voluntário – a possibilidade de composição supera enormemente àquelas existentes na regular jurisdição estatal. Assim é que Alexandre Câmara demonstra a relevância do instituto na busca da pacificação social:

---

1 Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros 1993, p. 19.



*“Ao optar por este meio alternativo de solução de litígios, os titulares dos interesses em conflito já demonstram uma predisposição a se conformarem com a decisão do árbitro, já que este foi escolhido pelos contendores, sendo alguém de sua confiança. Assim sendo, é bastante provável que a decisão proferida pelo árbitro efetivamente componha o conflito, fazendo com que este desapareça do mundo dos fatos.”<sup>2</sup>*

A instituição de uma arbitragem, como se percebe, decorre de ato voluntário das partes em conflito, estando, pois, condicionada à declaração de vontade das mesmas. Assim é que o presente estudo visa analisar os mecanismos legais disponíveis que permitem às partes de uma relação jurídica, que envolva direito disponível, submeter a solução de eventuais litígios à arbitragem. Trata-se, portanto, de discutir questões relativas à convenção arbitral, tanto sob a forma de cláusula compromissória, quanto de compromisso arbitral. A análise ganha relevo na medida em que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) trouxe, dentre inúmeras inovações, algumas em relação à sua forma de convenção, conferindo maior solidez ao instituto, como se demonstrará ao longo do trabalho.

## **II – Cláusula compromissória e compromisso arbitral antes da lei nº 9.307/96**

Sendo a arbitragem um meio paraestatal de solução de litígios, cumpre observar o grau de obrigatoriedade decorrente da convenção das partes de sujeição de eventuais litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis ao juízo arbitral. Em princípio, duas são as formas de instituição da arbitragem, quais sejam: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Vale ressaltar, entretanto, que, antes da edição da Lei nº 9.307/96, somente o compromisso arbitral vinculava as partes à arbitragem, não sendo, segundo o entendimento majoritário, cogente a cláusula compromissória, conforme se verá a seguir.

---

2 Alexandre Câmara, *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997, p. 9.

Antes, porém, cumpre distinguir os dois institutos. A cláusula compromissória pode ser entendida como aquela que, inserida em um contrato, prevê a sujeição de qualquer litígio à arbitragem. Na definição de Caio Mário da Silva Pereira, a cláusula compromissória é “o pacto preliminar, pelo qual se estabelece que, na eventualidade futura de uma divergência, os interessados deverão recorrer ao juízo arbitral”<sup>3</sup>. Já o compromisso arbitral “é o acordo celebrado após o surgimento do litígio, pelo qual as partes decidem ou confirmam a sua intenção de se submeter à arbitragem”<sup>4</sup>. Como se percebe, a diferença essencial entre a cláusula e o compromisso arbitral consiste justamente no momento de sua celebração, sendo a primeira anterior a qualquer litígio e o segundo instituído em face de um litígio concreto. Outras distinções, todavia, existem entre ambos, sendo de relevo examiná-las juntamente com os efeitos que se lhe concediam antes da Lei de Arbitragem.

Tal qual o compromisso, a cláusula arbitral encerra uma convenção contratual e, como tal, deveria ter força cogente entre as partes. Nada obstante, o Decreto 3.900 de 1867<sup>5</sup>, através de seu artigo 9º, esvaziou os efeitos desta no ordenamento brasileiro:

*“(...) a cláusula compromissória, **sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos da art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10º**”*

---

3 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol.II, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.191.

4 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito Internacional Privado – arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

5 Embora a Lei nº 9.307/96 tenha trazido alterações de grande relevância para a Arbitragem, cumpre apontar o fato de que o instituto já havia sido regulado por diplomas anteriores à referida lei. Um deles, entretanto, merece destaque para a análise em tela: o Decreto 3.900 de 1897, que regulou o juízo arbitral do comércio, foi a primeira norma a disciplinar a cláusula compromissória.

Observe-se que a norma expressamente determina que a cláusula arbitral, para que tenha efeitos cogentes, deve trazer a nomeação do(s) árbitro(s) e a indicação do objeto do litígio. Não estando presentes tais elementos, a cláusula compromissória valeria apenas como promessa, sendo incapaz, portanto, de gerar efeitos por si só. A imposição quanto à nomeação de árbitros poderia até ser sanada no momento em que o contrato fosse firmado, o problema apresentava-se quanto à determinação do objeto do litígio no momento da contratação, requisito de eficácia impossível de ser atendido na aludida fase contratual.

Com efeito, até o advento da Lei da Arbitragem, no Brasil, somente o acordo firmado entre os contratantes que apresentasse os árbitros e o objeto do litígio, além dos requisitos do artigo 8º e do artigo 10º, do referido Decreto 3.900<sup>6</sup>, teriam eficácia e imporiam às partes a instituição do juízo arbitral. Ora, o acordo capaz de atender a tais requisitos era o próprio compromisso arbitral<sup>7</sup>, que se apresentava, portanto, como único instrumento apto à instauração da arbitragem.

Como é possível perceber, no plano da arbitragem doméstica, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral apresentavam diferenças essenciais, sendo notório que a cláusula arbitral não cumpria qualquer função efetiva à instauração da arbitragem. No plano internacional, entretanto, as discussões doutrinárias e os próprios diplomas já apontavam para um caminho mais moderno, com vistas a garantir maior efetividade ao instituto da arbitragem. Com efeito, o Protocolo Relativo às Cláusulas Arbitrais, celebrado em Genebra em 1923, ratificado pelo Brasil e vigente por meio do Decreto nº

---

6 O art. 8º trata dos requisitos essenciais do compromisso e o art. 10º revê os elementos facultativos.

7 De acordo com José Carlos de Magalhães, o compromisso arbitral é “contrato perfeito, que regula a instituição do juízo arbitral, com a nomeação dos árbitros, o estabelecimento de regras do procedimento a ser adotado ou a previsão da competência dos árbitros para definir tais normas”. *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 25.

21.187/32, era um desses diplomas a conferir força cogente à cláusula arbitral, equiparando seus efeitos ao do compromisso arbitral. Isso o que dispunha seu artigo primeiro:

*“Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, **do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam**, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, **a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem**, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”*

Tal Protocolo, todavia, dizia respeito apenas aos contratos internacionais, não sendo aplicável às convenções firmadas em contratos domésticos. Aliás, mesmo em relação aos contratos internacionais a aplicação do referido diploma encontrava óbices. Isso porque o Código de Processo Civil de 1939, que lhe era posterior, somente conferia efeitos ao compromisso arbitral, e sequer tratava da cláusula compromissória – tais disposições, vale notar, se reproduziram no Código de Processo Civil de 1973, que igualmente exigiu a especificação do litígio como requisito da convenção de arbitragem (art. 1074, III).

Tendo em vista o conflito entre as fontes internas que regulavam a arbitragem – em especial, a cláusula compromissória – e as fontes internacionais sobre o tema, a doutrina brasileira valeu-se do critério da especialidade para tentar aplicar aos contratos internacionais a equivalência entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral consagrada pelo Protocolo de Genebra. A lógica apresentada era a de que, embora o Código de Processo Civil fosse norma mais recente (1939), o Protocolo (1923) deveria prevalecer em razão de ser regra especial, dirigida aos contratos internacionais. O entendimento da jurisprudência, entretanto, foi no sentido de que, como ambos diplomas são de igual hierarquia, sobrepõe-se o mais recente, ou seja,

o CPC. Manteve-se, assim, também quanto aos contratos internacionais, o entendimento de que somente o compromisso vincula as partes à arbitragem, enquanto a cláusula compromissória apresentar-se-ia apenas como promessa de realizá-lo.

Mas que efeitos, então, teria o descumprimento da cláusula arbitral? A jurisprudência revelou três formas distintas de resolver a questão: a primeira não conferia eficácia alguma à cláusula compromissória; a segunda tratava a cláusula compromissória como mera obrigação de fazer, resolvendo o seu descumprimento em perdas e danos<sup>8</sup>; a terceira, minoritária anote-se, defendia a execução específica da cláusula compromissória, garantindo à mesma eficácia contratual. Essa última vanguardista corrente, animada pela doutrina, foi a que inspirou as inovações trazidas pela Lei nº 9.307/96.

### **III – Inovações trazidas pela lei nº 9.307/96: a convenção arbitral**

Todas as controvérsias apresentadas em relação à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral tiveram fim com a edição da Lei nº 9.307/96. O desejo já há tanto manifestado pela doutrina em equiparar, em relação aos efeitos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral enfim foi realizado pela referida lei. Observe-se que em seu artigo 3º, a Lei conferiu tanto ao compromisso arbitral quanto à cláusula compromissória, ambas espécies de convenção arbitral, o poder para instituir a arbitragem. A vinculação agora imposta às partes pela cláusula compromissória também pode ser notada no artigo 4º do mesmo diploma:

---

8 “Cláusula compromissória (*pactum de compromitendo*) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem”. Recurso Extraordinário nº 58.696/SP, Terceira Turma STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 02.06.67, RTJ 42/212.

**“Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.**

**Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.**

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” (negrito acrescentado)

Com efeito, a cláusula compromissória, após a Lei da Arbitragem, por si só é suficiente para impor a solução de quaisquer conflitos advindos do contrato ao juízo arbitral, não mais sendo necessário recorrer a novo acordo entre as partes, qual seja: o compromisso arbitral. Deve ficar claro, entretanto, que o compromisso arbitral continua a existir, sendo, em conformidade com o *caput* do artigo 9º, da Lei nº 9.307/96, “a convenção através da qual as partes submetem **um litígio** à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. O compromisso, portanto, é firmado após a existência de um conflito entre as partes e independe de cláusula arbitral prévia.

A equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral, trazida pela Lei da Arbitragem, se deu em relação aos efeitos, sendo válido frisar que os instrumentos ainda se diferenciam quanto a outros elementos e podem cumprir funções distintas. Em primeiro lugar, lembre-se que a cláusula compromissória distingue-se do compromisso, quanto ao objeto, em razão de ser o mesmo, na primeira,

futuro e incerto, sendo que no segundo o conflito já é determinado. A Lei também decreta, em seus artigos 10 e 11<sup>9</sup>, que o compromisso arbitral apresente determinadas informações que não devem, necessariamente, constar da cláusula compromissória.

Outro ponto a ser salientado é o fato de que a cláusula compromissória só pode ser convencionada pela livre vontade das partes, enquanto o compromisso arbitral pode ser igualmente extrajudicial e voluntário, ou firmado como decorrência de imposição de sentença judicial. Isto porque, uma vez tendo sido firmada a cláusula compromissória, os contratantes ficam vinculados a este contrato preliminar, devendo cumprir a obrigação de fazer nele prevista (instituição da arbitragem); a própria norma, em seu artigo 7<sup>o</sup>, previu a execução específica da cláusula. Pois bem. A sentença, em caso de execução específica da cláusula compromissória, permanecendo a recusa de a parte demandada apresentar o compromisso em o fazê-lo, valerá como o próprio compromisso arbitral.

Nada obstante tais diferenças, é preciso reconhecer que a Lei de Arbitragem previu a possibilidade de a própria cláusula compromissória vir instruída com alguns elementos originalmente atinentes ao compromisso arbitral, como a indicação do procedimento a ser aplicado à arbitragem (Art. 11, IV); o local onde se desenvolverá a

---

9 Art. 10. Constará, **obrigatoriamente**, do compromisso arbitral: I — o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II — o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III — a matéria que será objeto da arbitragem; e IV — o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. **Poderá**, ainda, o compromisso arbitral conter: I — local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II — a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III — o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV — a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convençionarem as partes; V — a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI — a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

arbitragem (Art. 11, D); ou nome, profissão, estado civil e domicílio das partes e dos árbitros (Art. 10, I e II).

Segundo o artigo 5º da Lei, “*Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem*”. Com efeito, passou-se a entender que diante de cláusula compromissória cheia – instruída das regras acerca da forma de instituição da arbitragem – é possível a instauração da arbitragem doméstica<sup>10</sup> com base apenas nesta cláusula. Pela mera lógica, é possível perceber que nestes casos prescinde-se do compromisso arbitral.

A auto-executoriedade da cláusula compromissória cheia passou a ser reconhecida e afirmada pela jurisprudência, sendo relevantes os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“Arbitragem. Cláusula compromissória. Execução. Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada. Hipótese de cláusula compromissória cheia. Submissão às normas do órgão ou entidade, livremente escolhido pelas partes. Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral. Recurso provido.”*<sup>11</sup>

*“Lei de Arbitragem – Contrato – Embargos de Declaração. (...) Compromisso arbitral. Cláusula ‘cheia’. Nulidade. Inexistência. Contra-*

---

10 No plano internacional, desde o Protocolo de Genebra, de 1923, a instauração da arbitragem prescinde da celebração dos dois instrumentos, uma vez que a cláusula compromissória basta para a instauração do juízo arbitral.

11 TJSP, AgIn 124.217-4, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16.09.1999, referido por Selma M. Ferreira Lemes, em Cláusula compromissória. Ação declaratória. Pretendida inaplicabilidade de cláusula de arbitragem. Improcedência. – jurisprudência comentada, *Revista de Mediação e Arbitragem* nº 02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 264.



*tantes que elegeram o órgão arbitral e se obrigaram a aceitar as normas por ele impostas. Aplicação do art. 5º da Lei nº 9.307/96. Intervenção judicial desnecessária. Art. 7º da mesma lei que trata de cláusula 'vazia'. Arbitragem já instituída. Tentativa de paralisação da solução da controvérsia. Inadmissível descumprimento de cláusulas contratuais. Reserva mental. Caracterização. Cláusula compromissória que fixa o objeto da arbitragem. Cientificação do alegado descumprimento de cláusulas. Ocorrência. Regulamento da Câmara de Comércio. Nulidade da cláusula 5.9. Não-verificação. Regulamento que assegura, em qualquer hipótese, o contraditório. Recurso não provido.”<sup>12</sup>*

Em oposição à cláusula compromissória cheia, tem-se aquela denominada cláusula compromissória vazia ou em branco, assim chamada por não trazer disposição alguma relativa à instituição da arbitragem, prevendo apenas a sujeição genérica à arbitragem dos conflitos decorrentes da relação contratual<sup>13</sup>. Quando as partes convençionarem a cláusula desta forma, não há como escapar do compromisso arbitral, tornando-se este essencial à instauração da arbitragem. Tanto assim que o artigo 7º previu uma ação específica através da qual a parte interessada poderá recorrer à tutela jurisdicional para ver satisfeita a obrigação convencionalizada na cláusula compromissória: seja intimando o réu (contratante resistente quanto à instauração da arbitragem) a apresentar o compromisso arbitral, seja permitindo que a sentença judicial substitua a vontade da parte recalcitrante, valendo como compromisso:

---

12 TJSP, AC 296.036-4/4, Rel. Des. Souza Lima, j. 13.11.2003, referido por Tarcísio Araújo Kroetz, Rodrigo Costenaro Cavali e Alexandre Bley Ribeiro Bonfim, em Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória completa. – jurisprudência comentada, *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 03, São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125/126.

13 A distinção entre a cláusula compromissória cheia e vazia foi primeiramente referida pelo Min. Nelson Jobim em seu voto na SEC 5.206-7, na qual o STF pacificou a questão da constitucionalidade da lei de arbitragem (Lei nº 9.307/96).

*“Art. 7º **Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso**, designando o juiz audiência especial para tal fim.*

*§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.*

*§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.*

*§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, desta Lei.*

*§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.*

*§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.*

*§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.*

*§ 7º **A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral**” (negrito acrescentado)*

Resta patente que a Lei nº 9.307/96 qualifica a cláusula compromissória como um contrato preliminar, cuja obrigação é a sujeição dos litígios advindos da relação contratual à arbitragem. Note-se que sob a vigência da Lei da Arbitragem a execução específica da aludida obrigação é inquestionável, tendo o diploma solucionado a questão dos efeitos do descumprimento da cláusula compromissória, existente antes da edição da norma. Vale lembrar que embora parte da dou-

trina e jurisprudência tendesse neste sentido<sup>14</sup>, outra parte apontava como solução para o não cumprimento da obrigação sua resolução em perdas e danos ou, pior, deixava a questão sem solução, por entender que a cláusula não gerava qualquer efeito.

#### **IV – Direito intertemporal: efeitos da cláusula de arbitragem nos contratos anteriores à Lei n.º 9.307/96**

O advento da Lei n.º 9.307/96 solucionou as discussões acerca dos efeitos da cláusula compromissória, mas, todavia, fez surgir uma nova questão: a de saber se a Lei da Arbitragem tem aplicabilidade àqueles contratos munidos de cláusula compromissória firmados anteriormente à sua promulgação. O ponto não seria tão polêmico caso houvesse consenso acerca da natureza jurídica das normas contidas na Lei da Arbitragem: se regras de direito material ou se de direito processual civil.

A relevância da caracterização se coloca na medida em que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito estão protegidos à incidência da lei nova de caráter material, na forma do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e do artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Por outro lado, as regras processuais têm aplicabilidade imediata a todas as situações, independentemente do momento de sua constituição, conforme determinação expressa do artigo 1.211, do CPC: “*Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes*” (negrito acrescentado).

---

14 De acordo com Celso Barbi Filho, “os Tribunais brasileiros já firmaram o entendimento de que a cláusula arbitral inserida em contratos internos não admite execução específica da obrigação de fazer nela consignada. Todavia, já é hora de que se comece a repensar essa posição, considerando relevantes argumentos que se apresentam contra a mesma.” (Execução específica da cláusula arbitral, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n.º 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31).

Com efeito, se se considerar que as normas da Lei nº 9.307/96 são de direito material, as mesmas não serão aplicáveis aos contratos firmados anteriormente à sua vigência. Se, de outra forma, entender-se que se tratam de regras processuais, haverá incidência àqueles contratos. A doutrina e a jurisprudência divergem acerca do tema. Se para alguns a Lei traz tanto normas de caráter material, quanto processual, deixando a resposta sobre a aplicabilidade atrelada à análise do caso concreto<sup>15</sup>, para outros a Lei nº 9.307/96 tem caráter integralmente processual, devendo ser aplicada inclusive às situações constituídas anteriormente a sua vigência. Nada obstante a animosidade do tema, prevalece hoje nos tribunais o segundo entendimento.

Confirmam-se julgados de diferentes tribunais do País corroborando o entendimento da aplicabilidade imediata da Lei da Arbitragem a contratos firmados antes de sua vigência, especialmente no tocante à validade plena da cláusula compromissória:

*“Em tema de juízo arbitral, matéria estritamente processual, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei nº 9.307/96, uma vez que como se depreende do art. 1.211 do CPC, a lei tem incidência imediata, sendo, destarte, inteiramente aplicável à execução ajuizada em sua vigência. (...) à luz de tais considerações, indubitado é que a existência da cláusula compromissória e do compromisso arbitral funcionam como verdadeiras condições negativas para o regular exercício da*

---

15 Carmem Tiburcio e Jacob Dolinger compartilham desse entendimento, como é possível perceber em trecho de seu livro *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 505: “A maioria das decisões relativas à aplicação da Lei de Arbitragem no tempo perfilha o entendimento de que a Lei tem natureza de direito processual e por isso deve ser aplicada imediatamente. Entretanto, deve-se distinguir a hipótese concreta: 1) se a questão diz respeito a cláusula compromissória celebrada anteriormente à vigência da Lei, ou 2) a laudo proferido no exterior antes da vigência da Lei, não homologado pelo Judiciário estrangeiro, como exigível à época, ou 3) a laudo proferido no exterior antes da vigência da Lei, em que a citação do réu domiciliado no Brasil tenha sido realizada por outra via que não a rogatória, também como exigível à época. A determinação da hipótese concreta é importante pois, no primeiro caso, trata-se de questão de direito material, como já comentado, ao passo que as outras duas hipóteses são relativas a direito processual”.

**ação perante o Judiciário, porquanto os arts. 267, VII e 301, IX, do CPC, com redação alterada pelo art. 412 da Lei nº 9.307/96, determinam respectivamente, a extinção do processo sem julgamento do mérito ‘pela convenção de arbitragem’.** Incumbindo ao réu alegar na sua defesa a presença dessa cláusula contratual. Assim é que a simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecidas pela nova lei – cláusula compromissória ou o compromisso arbitral – conduz, desde que alegada pela parte contrária, ‘a extinção do processo sem o julgamento do mérito, visto que nenhum dos litigantes, sem a concordância do outro, poderá arrepender-se da opção anterior, livremente estabelecida para que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral.’ (...) **Não se pode acolher a tese de inaplicabilidade, in casu, da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, sob o fundamento de que a cláusula compromissória fora inserida no contrato executado assinado em 30.06.1994, uma vez que o questionado instituto consubstancia matéria estritamente processual, fato este que torna irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da lei em comento, visto que, como se depreende do art. 1211 do Estatuto Processual, a lei tem incidência imediata, vale dizer, alcança contratos em andamento.** Essa regra, de ordem geral, só não se aplica se houver previsão legal em contrário (...). Efetivamente, quanto à eficácia da lei processual no tempo, o direito brasileiro adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem qualquer limitação”<sup>16</sup>

“(...) *Direito Processual Civil. Convenção de arbitragem. Em nítido caráter processual a disposição constante no art. 267, VII, do Código de Processo Civil, a reclamar a extinção do processo, sem cognição do mérito, quando a parte argüir a existência de convenção de arbitragem. Ainda que antecedente à vigência da Lei 9.307, de 23 de*

---

16 Caso Mendes Júnior, Apelação Cível nº 254.852-9, Tribunal da Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Jurema Brasil Martins, j. 03.06.98, RT 759/125.

***setembro de 1996, é eficaz a cláusula compromissória que oferece adequado e suficiente suporte para a instituição da arbitragem. A nova Lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos, desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos. Desprovemento do recurso e manutenção da sentença.***<sup>17</sup>

Nada obstante o entendimento que se constrói em nossos tribunais, merece ponderação o entendimento de Hamilton de Moraes Barros sobre o caráter misto das normas que cuidam da arbitragem, cunhado ainda em face do Código de Processo Civil de 1973. Para o autor, é “o juízo arbitral um negócio jurídico processual que visa à declaração e ao acerto das relações entre as partes, mediante poderes conferidos para tal fim a um terceiro, o árbitro. (...) Prende-se ao direito material o fato de nascer o compromisso arbitral de um acordo de vontades, para fugir à jurisdição comum, ou ordinária, isto é, ao trato das controvérsias por seus juízes e em obediência total ao seu processo. Liga-se o compromisso ao Direito Processual pelo fato de ser dele a disciplina do juízo arbitral”<sup>18</sup>.

Pois bem. Não se pode deixar de reconhecer que a constituição do juízo arbitral decorre da emissão de vontade das partes contratantes em afastar a solução do litígio da jurisdição estatal. Ora, a essa emissão de vontade não há como se afastar o caráter de direito material; o que está em jogo é um acordo das partes alterando o meio tradicional de resolução de um conflito e não mero regulamento de caráter procedimental. Com efeito, *a ratio* de se garantir a inviolabilidade do ato jurídico perfeito é justamente a de conferir segurança e

---

17 Apelação Cível nº 28.808/2001, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Rego, j. 30.04.02, DORJ 31.10.02.

18 Hamilton Moraes de Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 461.

tutela às declarações de vontade, tanto às de caráter unilateral quanto aos negócios jurídicos<sup>19</sup>.

Assim sendo, é preciso reconhecer que as normas que regulam os efeitos da cláusula compromissória trazidas pela Lei nº 9.307/96 têm caráter de direito material e, portanto, não se aplicam aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor. No âmbito de tais contratos prevalecem os efeitos previstos na legislação em vigor à época da convenção da cláusula compromissória.

## **V – Conclusão**

Diante de tantas inovações, cumpre reforçar a importância da Lei da Arbitragem no Direito Brasileiro, tendo materializado tendência moderna já apontada no plano internacional desde o Protocolo de Genebra, em 1923. A equivalência entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral no tocante aos seus efeitos permitiu a simplificação do instituto da arbitragem e seu fortalecimento como meio de solução de litígios, afinal, não mais se exige que as partes reafirmem, quando diante de conflito, o desejo de submetê-lo à arbitragem. Nada obstante, a inovação não pode ser aplicada aos pactos firmados anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, sob pena de violação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito.

## **VI — Bibliografia**

BARBI FILHO, Celso. Execução específica da cláusula arbitral, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29/38.

---

19 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 102: “O ato jurídico perfeito é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais”

BARROS, Hamilton Moraes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Cármen. *Direito Internacional Privado – arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro e BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória completa, *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 03, São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125/133.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusula compromissória. Ação declaratória. Pretendida inaplicabilidade de cláusula de arbitragem. Improcedência, *Revista de Mediação e Arbitragem* nº 02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 261/271.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol.II, Rio de Janeiro: Forense, 1997.



# **THE CISG IN A GLOBALISED WORLD**

## **A CIVM NO MUNDO GLOBALIZADO**

*Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer*

*Abstract:* The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is classified as an important instrument capable of facilitating the solution of disputes which involve international sale of goods. The Convention is so important in that scenery because of its advantages which are, for example, the reduction of costs and time spent on the resolution of cases, and the possibility of making the decisions more predictable for the parties. Note that the CISG already has a significant role as an inspiring example for the internal legislation of different countries and, in the future, that role will develop even more in virtue of the accelerated growth of international trade. Besides that, the Convention also represents a great success deriving from the efforts to unify the legislation in that context.

*Keywords:* Convention on International Sale of Goods. CISG. International sale of goods. Unification of legislation. International trade.

*Resumo:* Analisa-se a importância da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais de Venda de Mercadorias (CIVM) como um instrumento capaz de facilitar a solução de litígios que envolvam a venda internacional de mercadorias. Com esse intuito demonstram-se suas vantagens, como a diminuição dos custos e do tempo gastos na resolução de casos, e a possibilidade de tornar as decisões mais previsíveis para as partes, gerando assim uma maior

segurança jurídica. Conclui-se que a CIVM já tem um papel significativo como modelo inspirador das legislações internas de diversos países e que, no futuro, esse papel se desenvolverá ainda mais em virtude do acelerado crescimento do comércio internacional. Além disso, reconhece-se o grande sucesso que a Convenção representa decorrente dos esforços no sentido de alcançar a unificação da legislação sobre a matéria.

*Palavras-Chave:* Convenção Internacional sobre Venda de Mercadorias. CIVM. Venda internacional de mercadorias. Unificação da legislação. Comércio internacional.

## **I. Introduction**

“The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (...) has now gained worldwide acceptance.”<sup>1</sup> With this statement the late Professor *Peter Schlechtriem* described the process of the unification of international trade law that began with the works of the famous Professor *Ernst Rabel* in the 1920s and has recently seen Japan become the 71<sup>st</sup> member state of the CISG. It is indeed a story of worldwide success everyone has hoped for but most probably did not expect. And even though much has been said about the scepticism of commercial trade practice towards the Convention and its alleged minor role in the legal community – today this can be discarded as gossip.

Approximately 2,500 – published – court decisions and arbitral awards, an abundant number of scholarly writings, numerous conferences and last but not least the Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot show the prominent role the CISG plays in practice, legal science and legal education.

---

1 Peter Schlechtriem, in; Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2 ed., 2005, ‘Introduction’ paragraph 1.

## **II. History**

The historical developments of international sales law have often been reported and this is certainly not the place to give another full account. Thus only the most important milestones will be addressed.

The roots of the unification of sales law dates back to the year 1928 when Ernst Rabel suggested pursuing the unification of international sales law. In 1964 the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFIS) and the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) were drafted and finalized at the conference in The Hague. However, these first uniform sales laws did not fulfil their high hopes and expectations. Although their practical relevance should not be underestimated, only nine countries became member states while important economies like France and the USA did not participate. Furthermore, the so-called socialist and developing countries perceived these uniform laws as favouring sellers from industrialised Western economies.

In the 1960s the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) resumed the work on the unification of sales law using the Hague Conventions as a basis. In 1980 delegates from 62 nations deliberated the CISG at the now famous Vienna Conference. Finally, the Convention entered into force on 1 January 1988. The official languages are Arabic, Chinese, French, English, Russian and Spanish.

## **III. Member states**

Today the CISG has 71 member states. A few figures may shed further light on this number. Nine out of the ten leading trade nations in 2006 are today member states with the United Kingdom being the sole exception. In the first quarter of 2008 the first ten countries importing goods from Brazil and nine out of the first ten countries exporting goods to Brazil were member states. Within the ever increas-

ing market of the European Union 23 out of the 27 members are member states of the CISG.

Having regard to the development of international trade these figures become all the more impressive. In 2006 the worldwide merchandise trade amounted to USD 11.783 billion, about ten times as much as when the Convention was drafted. This is not in the least due to the containerisation that has revolutionised cargo shipping. As of 2005 some 18 million total containers made over 200 million trips per year. There are ships that can carry 15.000 20-foot equivalent units. Today it is cheaper to ship a bottle of wine from South America to Hamburg than to bring it from Hamburg to Munich.

#### **IV. Cisg as role model**

Today it is a well known fact that the CISG has exerted influence on an international as well as domestic level. Thus, when the first set of PICC was launched in 1994 they closely followed the CISG not only in its systematic approach but also with respect to the remedy mechanism. The same holds true for the PECL issued in 1999. Furthermore the EC Directive on certain aspects of the sale of consumer goods should be mentioned here. It took its definition of conformity of goods from Article 35 CISG and thus introduced this concept into the domestic sales laws of the EU member states. In Africa the 16 member states of the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa, or in French, *l'Organisation pour harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) have adopted the *Acte uniforme sur le droit commercial général* (AUDCG) which is also primarily based on the CISG. Finally, the Draft Common Frame of Reference published in the beginning of 2008 is not much more than a continuation of all these different unification efforts based on the CISG.

Three main features can be identified that have influenced all of these instruments. First, the drafters of the CISG endeavoured to

depart from domestic legal terms and concepts, instead seeking an independent legal language. Indeed, to a large extent they succeeded. Likewise, traditional domestic systematic approaches have been discarded. Instead the Convention features a transparent structure unfettered by any historical whimsicalities. Thus, for example, the sections on the obligations of the seller are followed by the section on remedies for breach of contract by the seller. What has proven most influential on a substantive level is, however, the remedy mechanism. The Convention, unlike the Roman heritage in Civil Law countries, does not follow the cause oriented approach but the breach of contract approach of Common Law descent. Special features of these systems have been overcome making the CISG truly suitable for the international context.

Over the last two decades the CISG has also proven to be a decisive role model for domestic legislators and not just on an international level. Finland, Norway and Sweden took the coming into force of the CISG in their countries on 1 January 1989 as an opportunity to enact new domestic sale of goods acts, thereby heavily relying on the CISG albeit without Part II of the CISG (the provisions on formation of contracts). Lately, Denmark has joined the other Scandinavian states by adopting a similar Sale of Goods Act. With the end of the cold war and the collapse of the former Soviet Union the young Eastern European states looked to the CISG when facing the task of formulating their new civil codes. This holds true on the one hand with regard to the Commonwealth of Independent States (CIS) and the Baltic states amongst which Estonia is the most prominent exponent. Nowadays, China is of utmost importance for international trade. The contract law of the People's Republic of China dated 15 March 1999, again, closely follows the CISG. Finally, the modernisation of the German Law of Obligations which began in the 1980s was from the very beginning strongly influenced by the CISG. Although the final outcome that entered into force on 1 January 2002 had lost much of that initial spirit, one may still identify the basic concepts of the CISG.

## V. Cisg in practice

It certainly is clear nowadays that the mere existence of the CISG is well known amongst lawyers engaged in international trade. However, there still seems to be a certain tendency to recommend the exclusion of the Convention, especially in commodity trade. Recent surveys seem to confirm this finding stating that around two thirds of the survey participants indicate to exclude the CISG. There are three main reasons given for this strategy. First, although the CISG is commonly known the degree of familiarity with its application and functioning in practice is still very low. Lawyers still prefer their own domestic law and seem to stick to the saying "You can't teach an old dog new tricks". Second, and following from the first reason, whenever the position of a party in the market allows for retaining its own domestic law in a contract, it prefers to do so. Third, the parties are not yet convinced of the advantages of the CISG compared to domestic sales laws. This argumentation, however, holds several shortages.

Although it is now common ground in western, industrialised countries that the parties are free to choose the law applicable to their contract it is certainly not a standard that holds true in all parts of the world. The fear of giving western trade corporations too many advantages still leads developing and transition countries to deny validity to choice of law clauses. The most prominent example is still Brazil, where the validity of choice of law clauses is highly controversial. Thus, for example an American buyer acquiring goods from a Brazilian seller, being proud and confident of having contracted on the basis of the American UCC, may find itself in a very precarious condition when trying to sue the seller before Brazilian courts with domestic Brazilian law being applied to the sales contract. In the end this may very well lead to a situation where a party is confronted with a law that was hardly foreseeable and is not understandable or even truly accessible.

With respect to choice of law clauses stipulating the CISG as the law applicable this position should, however, be reassessed.

Whereas it seems quite understandable to rule out domestic laws tailored to the needs of experienced traders this protection mechanism does not seem necessary in relation to the CISG. The Convention takes the respective interests of buyer and seller into consideration in a well-balanced way.

But even if a choice of law clause is recognised a party insisting on its own domestic law may still encounter difficulties when litigating before the courts in a foreign country. First of all, the law has to be proven in court. This implies not only the necessity to translate statutes as well as other legal texts such as court decisions and scholarly writings into the language of the court but also to provide expert opinions. In some countries the experts may be appointed by the court, in others each party will have to come forward with sometimes even several experts. Needless to say the procedures can be very expensive. This may even be harsher under a procedural system where each party bears its own costs regardless of the outcome of the proceedings as is especially the case under the so called “American Rule”. However, even if a party is willing to bear all these costs to prove a foreign law in court the question as to how this law is interpreted and applied is at best unpredictable and amounts to a lottery.

It can be argued that nowadays more and more international sales law disputes are not litigated before national state courts but rather are being resolved by international commercial arbitration. Still, the problem of proving the domestic law remains and translations are still necessary where this law is not accessible in English. Furthermore it is still not clear how arbitrators often coming from different legal backgrounds will apply any domestic law.

In many cases parties think to solve their problems by resorting to what they believe is a “neutral law” thereby often confusing political neutrality with suitability of the chosen law for international transactions. In particular, this seems to be the case with Swiss law. If the parties choose such a third law they are even worse off. First, they have to investigate this foreign law. Second, the trouble and costs in

proving it are even more burdensome. Last but not least, especially Swiss domestic sales law in core areas is unpredictable and not suitable to international contracts. This can be demonstrated by reference to only two examples. First, the Swiss Supreme Court distinguishes between *peius* and *aliud*; the latter giving the buyer the right to demand performance during ten years after the conclusion of the contract notwithstanding whether it gave notice of non-performance or not. Where the line between *peius* and *aliud* will be drawn in a particular case is almost impossible to forecast. The second example is compensation of consequential losses. Whether there is a claim for damages without fault depends on the number of links in the chain of causation. Extremely short periods for giving notice of defects as well as a limitation period of one year in case of a *peius* militate against domestic Swiss law for the international context.

All these shortcomings of domestic laws are prevented by applying the CISG. The text of the CISG is not only available in six authoritative languages but has been translated into numerous other languages. Court decisions, arbitral awards as well as scholarly writings are either written or at least translated into today's *lingua franca* of international trade, namely English. These are readily accessible not only via books or journals but also via websites. The abundant number of legal materials available gives reason to expect that judges and arbitrators are knowledgeable and able to apply the CISG in a predictable fashion.

## **VII. Conclusion**

To sum up, better accessibility of the CISG saves time and costs, and makes the outcome of cases more predictable. These are the main advantages of the CISG when compared to the application of domestic law.

Most importantly, the success of the CISG shows that pursuing the unification of laws is the right way. The harmonising effect the



Convention had and has on domestic legal systems and its influence on other uniform instruments and projects prove the superiority of the CISG and disprove the argument that the competition of domestic legal systems may offer a viable perspective for the future of commercial law.

Uniform law not only helps resolving disputes, common language and common understanding of key concepts also facilitate negotiating and drafting sales contracts. This, in turn, again considerably helps in limiting transaction costs.

At the end of the day all criticism boils down to the aforementioned saying of the old dog unwilling to learn new tricks. However, a new generation of lawyers is already waiting at the doorstep to take over business; a generation trained in the CISG knowing the advantages of this set of rules and in general a generation bursting with curiosity about the world elsewhere.