

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 4

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

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profa. 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. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: 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 Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), 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: Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 4 (janeiro/junho 2009)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

Editorial

É com satisfação e júbilo que se oferece ao público e à comunidade jurídica o 4º volume da RSDE, fruto de intenso trabalho e dedicação da equipe de colaboradores e revisores da Revista, sempre com o desiderato de garantir um elevado padrão de qualidade editorial aos leitores.

Como em números anteriores, a RSDE conta com a inestimável colaboração de dois juristas estrangeiros. O professor português António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, graduado em Direito pela Universidade de Lisboa, em 1975, doutor pela mesma instituição em 1985, onde é professor catedrático, em seu artigo para a Seção “Relações Internacionais Privadas”, apresenta uma análise da crise econômica mundial, a desregulamentação da economia e proliferação dos créditos especulativos. Desse quadro preocupante e de incertezas, surgem uma nova regulamentação para o setor de crédito e uma nova *corporate governance*.

Celebrando o ano da França no Brasil, a RSDE convidou a professora da Universidade de Toulouse 1, Sciences Sociales, Marie-Hélène Monserie-Bon a apresentar um artigo para a Seção “Negócios Empresariais”. A autora elaborou um excelente estudo sobre a conclusão do contrato de franquia empresarial e a busca do equilíbrio neste momento delicado, permitindo ao leitor uma visão do direito francês e um paralelo com o pátrio, a partir dos instrumentos de proteção ao franqueado, mormente na fase pré-contratual.

Além da tradicional participação de docentes do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho, representado pelos artigos dos professores Sérgio Murilo Santos Campinho (em co-autoria com a professora Mariana Pinto) e José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, nas Seções “Direito Societário” e “Direito Econômico”, respectivamente, a RSDE abre espaço para docentes e pesquisadores de outras instituições, como no volume anterior, reafirmando sua proposta de ser um veículo de integração da academia com a advocacia. Neste volume a Seção “Direito Societário” contempla o trabalho da doutora Moema Augusta Soares de Castro, professora associada da Faculdade

de Direito da UFMG, uma das mais renomadas e tradicionais instituições de ensino do País. A autora discorre sobre a Responsabilidade dos Administradores e Prepostos das Sociedades, analisando criticamente os casos de responsabilidade pessoal do administrador/preposto ou de responsabilidade da sociedade previstos na legislação, relacionando-os às teorias *ultra vires* e da aparência.

A Seção “Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais” tem a nobre presença dos eminentes professores Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso, professores titulares da Faculdade de Direito da UERJ. O primeiro oferece aos leitores instigante parecer de sua lavra sobre *affectio societatis* e acordo de acionistas e o segundo discorre sobre propriedade intelectual e o acordo TRIPS. O prof. Luis Roberto Barroso também colaborou com artigo para a Seção “Recuperação de Empresas e Falência” sobre os dispositivos da Lei nº 11.101/05 que afastam a sucessão trabalhista na alienação judicial de unidades produtivas de devedor em recuperação judicial. Em seu trabalho o autor pugna pela constitucionalidade dos dispositivos, apresentando argumentos técnicos de alta relevância e enfrentando com êxito os argumentos invocados pelos defensores da inconstitucionalidade. Os argumentos do prof. Barroso foram vitoriosos no STF ao julgar improcedente a ADIn nº 3934/DF, em 27/05/2009. A íntegra do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, encontra-se ao final da Seção “Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais”.

Registre-se a valiosa colaboração nesse número dos advogados Joana Maria Baptista de Oliveira e Ricardo Dutra Nunes nas Seções “Recuperação de Empresas e Falências” e “Propriedade Intelectual” com trabalhos, respectivamente, sobre a insolvência da pessoa natural no direito alemão (a *privatinsolvenz*) e as reivindicações de segundo uso terapêutico em face do sistema europeu de patentes.

A todos uma excelente leitura.

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
Faculdade de Direito/UERJ

Colaboraram neste número

Antônio Menezes Cordeiro

Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália. Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil. Advogado.

Joana Maria Baptista de Oliveira

Mestre em Direito Empresarial e da Tributação pela Universidade Cândido Mendes — UCAM. Professora de Direito de Empresa da Universidade Cândido Mendes — UCAM e do IBMEC. Sócia do escritório Campinho Advogados.

José Gabriel Assis de Almeida

Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas — Paris II. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro — UNI-RIO. Advogado.

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e Livre-Docente pela UERJ.

Mariana Pinto

Mestranda em Economia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes — UCAM. Professora do Curso de Especialização em Direito Empresarial, nível de pós-graduação, na Faculdade de Direito — Cen-

tro, da Universidade Cândido Mendes — UCAM. Sócia do escritório Campinho Advogados.

Marie-Hélène Monserie-Bon

Professeur à l'Université de Toulouse. Faculté de Droit. Centre de Droit des Affaires.

Moema Augusta Soares de Castro

Especialista, Mestre e Doutora em Direito Comercial. Professora Associada de Direito Comercial e Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG. Técnico-Consultor da Assembléia Legislativa de MG, aposentada.

Ricardo Dutra Nunes

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Monitor do curso de pós-graduação em Propriedade Intelectual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado do setor de contencioso e consultivo em matéria de Patentes e Direito Regulatório do escritório Momsen, Leonardos & Cia.

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e da Faculdade de Direito — Centro da Universidade Cândido Mendes — UCAM. Advogado.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| DIRETOR ESTATUTÁRIO x DIRETOR EMPREGADO: O REGIME JURÍDICO DO DIRETOR DA SOCIEDADE ANÔNIMA Sérgio Campinho e Mariana Pinto..... | 3 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E DOS PREPOSTOS DAS SOCIEDADES

| | |
|-------------------------------------|----|
| Moema Augusta Soares de Castro..... | 29 |
|-------------------------------------|----|

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DAS ESCOLHAS RAZOÁVEIS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS SOBRE SUCESSÃO NAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR Luís Roberto Barroso | 59 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

ANOTAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRIVATINSOLVENZ NA ALEMANHA

| | |
|---------------------------------------|----|
| Joana Maria Baptista de Oliveira..... | 95 |
|---------------------------------------|----|

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LA CONCLUSION DU CONTRAT DE FRANCHISE: LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE Marie-Hélène Monserie-Bon..... | 119 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

PROPRIEDADE INTELECTUAL

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ESTUDO DE DIREITO ESTRANGEIRO: O SISTEMA DE PATENTES EUROPEU E AS REIVINDICAÇÕES DE SEGUNDO USO TERAPÊUTICO Ricardo Dutra Nunes..... | 131 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A CRISE PLANETÁRIA DE 2007/2010 E O GOVERNO DAS SOCIEDADES António Menezes Cordeiro..... | 177 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

DIREITO ECONÔMICO

BREVES NOTAS SOBRE MOEDA E DIREITO

José Gabriel Assis de Almeida209

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

PARECER - RUPTURA DA AFFECTIO SOCIETATIS E SEUS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS EM ACORDO DE ACIONISTAS

Gustavo Tepedino.....235

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA – IRRETROATIVIDADE DO ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS) – ACÓRDÃO DO STJ NO RECURSO ESPECIAL nº 960.278 - RJ (2007/0134388-8)271

JURISPRUDÊNCIA – ATA DO JULGAMENTO DA ADI 3.934-2/DF E VOTO DO MIN. RELATOR. – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, NA QUAL SÃO IMPUGNADOS OS ARTS. 60, p.u.; 83, I e IV, c; e 141, II, TODOS da Lei 11.101/2005321

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.DOC” para os e-mails: mmenezes@bocater.com.br e scampinho@campinhoodv.com.
3. Os artigos deverão ser entregues na seguinte formatação:
 - (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
 - (b) Orientação: retrato;
 - (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
 - (d) Alinhamento: justificado;
 - (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. Em caso de haver alíneas, estas iniciam a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: espaço de 1,5 linha no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto, corpo 10 para notas de rodapé; cor: preta;
 - (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, salvo em caso de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída ao final do texto transcrito a expressão “grifos do autor”); Espaçamento entrelinhas: simples;
 - (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverá observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.
4. Os artigos deverão possuir:
 - (a) sumário;
 - (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto;
 - (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo o seguinte padrão: SOBRENOME DO AUTOR, Nome do Autor. *Título da Obra*. Cidade: Editora, Ano, p. [página]; e
 - (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.
5. As regras de padronização não especificadas neste roteiro deverão observar o “Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro”, divulgado em 2007, disponível no endereço eletrônico http://www.cepeduerj.org.br/roteiro_uerj_web.pdf.
6. Os Conselhos Editorial e Executivo da Revista reservam-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos aos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, aos quais cabe a decisão final sobre a publicação.

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**DIRETOR ESTATUTÁRIO X DIRETOR
EMPREGADO: O REGIME JURÍDICO DO DIRETOR
DA SOCIEDADE ANÔNIMA**

**NON EMPLOYEE DIRECTOR X EMPLOYEE DIRECTOR:
LEGAL ASPECTS OF COMPANY DIRECTORS**

*Sérgio Campinho
Mariana Pinto*

Resumo: O artigo tem por escopo apresentar estudo sobre o regime jurídico do diretor da sociedade anônima, confrontando as figuras do diretor estatutário e do diretor empregado. No desenvolvimento do tema, preliminarmente, são expostas as diversas correntes de opinião formuladas no âmbito das doutrinas trabalhista e comercialista, promovendo-se, ainda, a abordagem do direito concreto manifestado pela construção pretoriana. Posta a divergência temática, propõem os autores uma resposta à questão central do trabalho: como enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Diretor Estatutário. Diretor Empregado. Regime Jurídico. Enquadramento. Subordinação. Verbetes nº. 269, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract: This article features a study over legal aspects of company directors, confronting both figures non employee directors against employee directors. Preliminary will be shown a school of

opinion among labor and commercial law doctrines presenting an overview of legal cases brought to Superior Courts. Disclosure divergent views of the theme, the authors give an answer about its main issue: how to put, in a safety and coherent way, the company directors with or without previous labor contract.

Keywords: Company. Non Employee Director. Employee Director. Legal Aspects. Settlement. Subordination.

Sumário: I — Introdução. II — A Administração da Companhia. III — A Diretoria como Órgão da Companhia. IV — O Regime Jurídico dos Diretores. V — Conclusão. VI — Bibliografia.

I — Introdução

De há muito a qualificação do vínculo que une o diretor à sociedade anônima vem despertando os interesses doutrinário e pretoriano. Sendo ele enquadrado como *diretor estatutário*, a sua vinculação com a companhia será estritamente societária. Todavia, vindo a ser considerado *diretor empregado*, manterá com a pessoa jurídica uma relação de natureza trabalhista, merecedora do tratamento assegurado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A polêmica causada pela matéria — que traduz uma clara interseção entre os Direitos Comercial e do Trabalho — não fica restrita ao Direito Brasileiro¹.

1 No Direito Alemão, como sustenta Ulrich Preis, o cargo de direção (*Organstellung*) dentro de uma sociedade anônima (*Aktiengesellschaft*) é baseado em uma relação contratual entre a companhia e o terceiro que se torna diretor. E este contrato pode ganhar também feições trabalhistas, traduzindo, pois, um contrato de trabalho. A relação de trabalho (*Anstellungsverhältnis*) pode ser então, ainda que excepcionalmente, qualificada como relação de emprego (*Arbeitsverhältnis*) se o empregado (*Arbeitsnehmer*) passar a ocupar o cargo de diretor e se verificar a continuidade da relação típica de subordinação trabalhista. O Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*) reconhece, ainda, como válida a celebração de contrato de emprego entre a companhia e um de seus sócios. Todavia, caso este não seja subordinado àquela, não restará configurada relação típica de emprego (DIETERICH, Thomas; et. al. (Org.). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7ª ed. München: Beck, 2007, pp. 1.421/1.422).

II — A Administração da Companhia

A Lei nº. 6.404/76 veio introduzir, no Direito Societário Brasileiro, dois sistemas de estruturação administrativa da sociedade anônima: o monista e o dualista. Até então, a Lei do Anonimato adotava o sistema monista, prevendo, assim, a assembléia geral como órgão único de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial. No sistema dualista convivem dois órgãos que repartem essas funções ou atribuições: a assembléia geral dos acionistas e o conselho de administração.

Consoante dispõe o artigo 138, da Lei nº. 6.404/76, a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao

No Direito Espanhol, Manuel Alonso Olea e Maria Emilia Casas Baamonde analisam a questão sob três óticas. Primeiramente, ressaltam que os *administradores y consejeros* são as pessoas físicas que encarnam os órgãos da pessoa jurídica e mantêm com o empresário (que, na hipótese, é uma sociedade) uma relação derivada de sua representação, normalmente conforme o estatuto social, na qual a exclusão da aplicação das normas laborais vem imposta por não existir contrato de trabalho. O *alto directivo* é composto por aqueles trabalhadores que exercem poderes inerentes à titularidade da sociedade e vinculados aos seus objetivos gerais, poderes estes que devem ser exercidos com autonomia e plena responsabilidade, limitadas, apenas, pelos critérios e instruções diretivas emanadas do “dono” da sociedade ou dos órgãos do governo de onde se localiza a sua sede. Segundo asseveram os referenciados autores, a razão da antiga exclusão e da atual consideração do trabalhador de alta direção como “trabalhador especial” advém da peculiar relação de confiança que o liga ao empresário, que torna difícil a aplicação de normas comuns do contrato de trabalho, especialmente a de sua extinção, porque são precisamente os interesses empresariais os confiados ao *alto directivo* no seio da sociedade. Por fim, o *directivo de régimen común* seria o trabalhador, normalmente intelectual, altamente qualificado, com poder na sociedade, embora não alto (no sentido exposto quando da análise do *alto directivo*), ao qual se aplica o regime laboral comum, ou seja, estão sujeitos à legislação trabalhista. Aduzem, ainda, que uma mesma pessoa pode ostentar as qualidades de conselheiro e trabalhador comum (e também as de conselheiro e trabalhador de alta direção, caso relativamente freqüente do chamado ‘*consejero delegado*’); em tais casos, sob as influências do antigo entendimento pretoriano (segundo o qual a que prepondera é a primeira circunstância), o regramento atual impõe a separação das qualidades concorrentes para manter incólume e em regime trabalhista a do trabalhador comum (e, se for o caso, a do trabalhador especial de alta direção), solução que também conta com precedentes jurisprudenciais. Contudo, se se eleva a conselheiro sem pacto de reserva da condição anterior de trabalhador, o caminho é o contrário (*Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Madrid: Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Seccion de Publicaciones, 1989, p. 64/70).

conselho de administração e à diretoria, ou somente a esta. Uma primeira leitura do texto normativo poderia trazer a idéia de que a lei, consagrando um sistema de liberdade absoluta de decisão dos acionistas, daria a eles a opção de adotarem qualquer dos dois sistemas de administração. Mas não é bem assim. O modelo dualista faz-se obrigatório para as companhias de capital aberto; para aquelas que, embora de capital fechado, adotem o regime de capital autorizado; bem como para as sociedades de economia mista (§2º, do artigo 138 e artigo 239, ambos da Lei nº. 6.404/76). Essas regras são, destarte, de ordem pública, razão pela qual não admitem derrogação por parte dos acionistas.

O conselho de administração, quando presente na organicidade social, seja por opção dos acionistas, seja por imposição legal, executará funções deliberativas e de ordenação interna da companhia, dentre as quais estão compreendidas as de fixação da orientação geral dos negócios da sociedade, bem como as de cunho fiscalizatório dos atos da diretoria. Constitui-se em um órgão de deliberação colegiada, não desempenhando seus membros funções distintas. Atua, pois, em bloco, sendo suas decisões tomadas por maioria de votos. Situa-se, assim, em posição intermediária entre a assembléia geral dos acionistas — a quem cabe a nomeação e a destituição de seus membros — e a diretoria.

A diretoria, por sua vez, revela o poder executivo da companhia. Exerce, em caráter permanente, os poderes de direção e representação da sociedade anônima. De sua idoneidade e eficiência depende o êxito da empresa.

É a diretoria composta por dois ou mais diretores, pessoas naturais, eleitos e destituíveis, a qualquer tempo, pelo conselho de administração e, caso este inexistir, pela assembléia geral. Não se exige aos diretores a condição de acionista, eis que a referenciada função requer, prioritariamente, capacitação técnica para exercê-la.

Os diretores, ao contrário dos conselheiros de administração, atuam isoladamente, segundo as suas atribuições e poderes, os quais

devem ser sempre exercidos de forma harmônica, visando ao benefício e aos interesses da companhia. É facultado, todavia, estabelecer no estatuto que certas decisões de competência do aludido órgão serão tomadas de modo colegiado, em reunião de diretoria. Nesse caso, a deliberação se dará por maioria de votos.

Por desempenhar um poder executivo, a representação da companhia é sempre privativa dos integrantes da diretoria. Não definindo o estatuto as atribuições de cada diretor, nem tendo o conselho de administração, se existente, fixado-as, competirá a qualquer diretor a representação da sociedade e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Permite-se, entretanto, que os diretores, nos limites de suas atribuições e poderes, constituam mandatários em nome da companhia, devendo ser especificados, no instrumento do mandato, os atos e operações que os procuradores poderão praticar, bem como a sua duração, admitindo-se a outorga por prazo indeterminado apenas nos mandatos judiciais.

É ilegal, portanto, a prática de os diretores constituírem, em nome próprio, mandatários que os representem e os substituam no exercício de suas funções. O que a lei permite é que a sociedade, por intermédio de seus diretores, constitua mandatários para a realização de atos devidamente especificados no respectivo instrumento de mandato. Trata-se, portanto, de mandatário da sociedade, em cujo nome é constituído, e não do diretor que subscreve a procuração.

As funções dos administradores da companhia (membros do conselho de administração e da diretoria), por prescrição legal, são indelegáveis (artigo 139, da Lei nº. 6.404/76). Suas atribuições e poderes não podem, portanto, ser outorgados a outros órgãos criados pela lei ou pelo estatuto².

2 Ainda à luz do Decreto-Lei nº. 2.627/40, Carvalho de Mendonça sustentava que “os poderes substanciais confiados por lei a cada um dos três órgãos acima enumerados [assembleia geral, administração e conselho fiscal], não podem ser suprimidos nem reduzidos pelos estatutos. A

Dessa feita, por mais que haja, de fato, uma *subordinação de órgãos*, não há que se cogitar da existência de uma *subordinação funcional* de pleno direito entre os membros da diretoria e os do conselho de administração. Em outros termos, a subordinação existente entre os órgãos da companhia não se confunde com uma pretensa *subordinação funcional pleno iure* entre os integrantes da diretoria e do conselho de administração. No mais, a *subordinação de órgãos*³, em si considerada, não se identifica com a subordinação caracterizadora do vínculo trabalhista (artigo 3º, da CLT). Esta poderá se materializar caso ocorra, na vida prática da sociedade, uma subordinação funcional hierárquica de fato dos membros da diretoria a outros órgãos sociais.

III — A Diretoria como Órgão da Companhia

Por muito tempo, prevaleceu no direito societário a visão contratualista da relação que se estabelece entre os diretores da companhia e a própria sociedade. Nesse cenário traçado, eram eles considerados ora prestadores de serviços, ora representantes legais ou mandatários da pessoa jurídica.

Ante a absoluta inadequação da teoria contratualista, culminou a mesma por ceder espaço à teoria organicista, segundo a qual

lei os distribuiu com caráter imperativo. Não se poderia, por exemplo, confiar ao conselho fiscal a aprovação das contas, nem à diretoria a fiscalização de si própria ou a faculdade de modificar os estatutos” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, pp. 8/9).

3 Ao analisar o “tipo de subordinação que envolve o diretor”, Fábio Ulhoa Coelho salienta que “é inegável que o membro da diretoria está submetido seja ao conselho de administração, seja à assembléia geral, uma vez que esses outros órgãos detêm o poder de o destituir do cargo a qualquer tempo”. E, adiante, conclui que “a subordinação entre os órgãos societários tem natureza diversa daqueloutra que caracteriza o vínculo empregatício. Entre os membros da diretoria e os órgãos superiores da companhia (conselho de administração, se houver, e assembléia geral, sempre) verifica-se subordinação *de órgão para órgão* (dependência societária), e não *pessoal* (dependência trabalhista)” (*Curso de Direito Comercial*, v. 2, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 243/244).

os administradores são meio de exteriorização da capacidade jurídica da sociedade. Não atuam, assim, como simples representantes da pessoa jurídica. São mais do que isso. Enquanto titulares de um órgão de administração, apresentam⁴ a companhia, ou seja, fazem presente a vontade da pessoa jurídica. Desse modo, quando a sociedade age por meio de seus administradores é ela própria quem manifesta a sua vontade na realização dos atos que venha a praticar. Não se estabelece, pois, entre os diretores e a companhia uma relação de contrato, independentemente de serem eleitos pela assembléia geral ou pelo conselho de administração.

A nomeação traduz ato jurídico unilateral, por meio do qual se atribui aos diretores a qualidade de órgãos da sociedade, valendo mencionar que a eficácia da referida atribuição fica condicionada à aceitação pessoal da nomeação por parte de cada nomeado. Uma vez concretizada, passam os integrantes deste órgão executivo a realizar funções indelegáveis, fato que afasta a concepção equivocada da existência de uma *subordinação funcional pleno iure* de seus integrantes a outro órgão social.

Se, como pretendem alguns sustentar, os diretores estivessem subordinados⁵ de pleno direito aos membros do conselho de administração, quando existente, estes deveriam estar aptos a acumularem as funções e atribuições daqueles, pois, como curial em matéria de exegese, quem pode o mais pode o menos. A própria indelegabilidade das atribuições e dos poderes de cada órgão⁶, enfatize-se, evidencia a ausência de *subordinação funcional* de pleno direito entre os órgãos da sociedade anônima.

4 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 384.

5 Continuamos tratando da *subordinação funcional*.

6 Ao cuidar da indelegabilidade de funções Modesto Carvalhosa chama atenção para o fato de que “não pode o Conselho de Administração, no caso de vacância de cargos na diretoria, assumir provisoriamente, ou seja, até a próxima reunião do órgão, poderes de execução administrativa e de representação da companhia” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43).

Com efeito, quando a lei estabelece que cada órgão da sociedade titulariza funções e atribuições próprias (artigo 139 e §7º, do artigo 163, ambos da Lei nº. 6.404/76) sem a intervenção de outros órgãos, quer manter incólume o equilíbrio interno que deve existir na estrutura social, sem o qual a sociedade não prospera, e evitar uma sobreposição organizacional⁷. No caso da diretoria, essa autonomia funcional, por lei assegurada, repousa justamente no fato de não serem os diretores sociais meros mandatários dos sócios ou da própria sociedade e sim por corporificarem a própria companhia ao atuarem no desempenho de suas competências.

IV — O Regime Jurídico dos Diretores

Como ressaltamos na introdução deste trabalho, não é de hoje que se discute a qualificação do vínculo que une o diretor e a companhia, mormente quando se está diante de empregado que é chamado a ocupar o referenciado cargo de administração.

Em 1950, por ocasião do julgamento, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº. 13.117/SP, o Ministro Relator Lafayette de Andrada, assim enunciava a questão⁸:

7 Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “o direito societário absorveu o princípio da indelegabilidade do direito constitucional, visando exatamente a estabelecer os pesos e contrapesos que permitem instituir o controle da legitimidade do exercício de competência de seus órgãos” (*ob. cit.*, p. 40).

8 O aludido julgamento ocorreu no dia 16.05.1950. A decisão foi proferida por unanimidade e o acórdão em comento veio assim ementado: “Empregado eleito diretor da empresa. Decisão de que deixando o cargo da diretoria volta ao exercício anterior. Salários atrasados. Exame de fatos. Não conhecimento dos recursos”. Ante a relevância histórica da decisão em tela, cumpre mencionar, em síntese, que o reclamante fora contratado como contador da reclamada em 22.03.1922, tendo sido nomeado diretor da sociedade em 11.06.1934. Em 05.01.1945, por não concordar com a orientação de um colega de diretoria, renunciou o cargo de diretor com o escopo de voltar, como empregado, a ser contador da companhia, a qual o despediu, sob o argumento de que “aceitando a comissão consistente em eleição para o cargo de diretor, havia o reclamante renunciado à situação de empregado”. Consoante relatado no corpo da decisão, o juízo *a quo* considerando que “o fato do empregado aceitar cargo eletivo de administração

Insurge-se o recorrente [a reclamada] contra a solução dada pelo Tribunal Superior do Trabalho a seguinte tese: “eleito diretor, perde o empregado de sociedade anônima a sua qualidade de empregado?” (...)

De fato, se analisarmos o problema sob o aspecto formal, como no substancial, verificaremos que não há razão alguma de ordem moral, jurídica ou social que determine a perda da condição de empregado para aquele que foi chamado a fazer parte da diretoria. Seria profundamente injusto se tal ocorresse, já pelo lado humano, como também porque subsiste o contrato de trabalho, se quisermos distinguir entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa física do empregado eleito diretor. Ainda aqui vencerá o princípio da continuidade do contrato de trabalho, acolhido há muito pelas decisões de nossos tribunais, em face das transformações jurídicas das empresas.

Na evolução do tema, quanto aos casos em que se verifica a existência de vínculo de emprego prévio entre aquele que é eleito diretor e a sociedade, pode ser identificada na doutrina trabalhista a existência de quatro posicionamentos distintos⁹.

ou gerência não importa em automática rescisão de seu contrato de trabalho, salvo proibição expressa na lei ou nos estatutos sociais (...), ficando em suspenso a subordinação do empregado enquanto exerce poderes de administração, aplicou o artigo 496, convertendo a reintegração em indenização tendo em vista a incompatibilidade reconhecida por ambas as partes”. Por fim, cumpre destacar que a tese da reclamada baseava-se no argumento consoante o qual “o diretor de uma sociedade anônima não poderá ser considerado empregado da mesma, não sendo admissível essa figura híbrida de empregado-empregador”.

9 Sérgio Pinto Martins aponta a existência de duas teorias, as quais se desdobrariam nas quatro correntes por nós mencionadas. Eis o seu texto: “no Direito do Trabalho podemos dizer que existem duas teorias para justificar a situação em que se encontra o diretor da empresa, embora sejam encontrados os seus desdobramentos: a primeira considera o diretor um mandatário da sociedade, não gozando este de quaisquer direitos trabalhistas, mas de vantagens estatutárias; a segunda, em que o diretor é um verdadeiro empregado, subordinado aos dirigentes máximos da empresa e até mesmo ao Conselho de Administração, nas sociedades que o possuem. (...) Se o empregado for eleito diretor da empresa, são encontradas quatro orientações para justificar a sua situação na sociedade: (a) há a extinção do contrato de trabalho; (b) há a suspensão do contrato de trabalho; (c) há a interrupção do contrato de trabalho; (d) não se altera a situação jurídica do empregado eleito para o cargo de diretor (*Direito do Trabalho*, 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 178). Maurício Godinho Delgado, ao tratar do tema em comentário, também elenca

Como chegou a sustentar Mozart Victor Russomano, em posição originalmente defendida¹⁰, a elevação do empregado ao patamar efetivo de diretor provoca a extinção de seu antigo contrato empregatício, dada a incompatibilidade dos cargos e funções.

Para uma segunda corrente, a alteração qualitativa no *status* da pessoa física do empregado que passa a diretor não culmina na extinção do vínculo precedente. Todavia, a incompatibilidade de situações jurídicas provoca a suspensão do contrato de trabalho. São adeptos desta tese Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho¹¹, Amauri Mascaro Nascimento¹², Alice Monteiro de Barros¹³, além de Arnaldo

estes quatro posicionamentos doutrinários (*Curso de Direito do Trabalho*, 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006, pp. 359/361).

10 Argumentava que “se a investidura foi permanente, é preciso que se haja de entender ter sido extinto o contrato anterior, para que se abstraia dos direitos que adquirira ou viria a adquirir” (*O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º v., 4ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1965, p. 121). Anos depois, o referenciado autor filiou-se à corrente que trataremos a seguir, consoante a qual o contrato de trabalho resta suspenso. Senão, vejamos: “Um dos pontos que têm provocado profundas divergências nas decisões da Justiça do Trabalho em geral e do Tribunal Superior em particular é a *condição jurídica do empregado eleito para o cargo de diretor de sociedade anônima*. Três são as posições que vêm sendo sustentadas a propósito: a) A primeira — mais drástica — parte do princípio de que o empregado que aceita sua eleição para cargo de diretor da sociedade anônima renuncia à condição de empregado, operando-se, por isso, a *extinção* do contrato de trabalho. (...) A jurisprudência e a doutrina abandonaram esta primeira posição, que nós próprios defendemos em outras oportunidades. (...) Nós nos temos manifestado em favor da idéia de que — não tendo havido rescisão formal do contrato em decorrência da eleição para diretor da sociedade anônima — o exercício desse cargo *suspende* o contrato (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 18/19).

11 MARANHÃO, Délio & CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 74.

12 Eis as suas palavras: “o contrato do empregado eleito diretor é suspenso durante a vigência de seu mandato? Sim, quando expresso na ata da assembléia que deliberou sobre a suspensão do contrato de trabalho e eleição para o cargo estatutário da diretoria e desde que neste o diretor passe a ter atribuições diferentes daquelas que vinha exercendo como empregado. Na Carteira de Trabalho e Previdência Social deve ser anotada a suspensão. (...) Quando não consta da ata de assembléia de eleição a suspensão do contrato de trabalho, a empresa fica sem prova de que houve essa suspensão. Ainda que venha a constar da ata, mas desde que o diretor continue a exercer as mesmas funções que vinha cumprindo como empregado, fica

Sussekind, o qual sustenta¹⁴ que “as condições de órgão da pessoa jurídica e de empregado do mesmo sujeito de direito são, lógica e juridicamente excludentes: ‘*burlent de se trouver ensemble*’”¹⁵. E ao tratar especificamente da incompatibilidade entre a função de diretor e o exercício de emprego, aduz o ilustre jurista¹⁶:

O bom senso e a lógica jurídica evidenciam que a mesma pessoa física não pode exercer o poder de comando, característico da figura do empregador, e permanecer juridicamente subordinado a esse poder, que se objetiva nos poderes diretivo e disciplinar. (...)

Destarte, ou se acolhe a tese da suspensão do contrato de trabalho ou se entende, como o faz Renato Corrado, que: “A relação de subordinação originária, em conseqüência da nomeação para o cargo de administrador, não se suspende, mas é dissolvida para dar lugar a uma colaboração autônoma, ainda que possa vir a ser restaurada” (*Trattado di Diritto del Lavoro*, Torino, vol. II, 1966, pp. 343/344).

Ainda no que tange a esta segunda corrente, esclarece Délio Maranhão¹⁷ que “não há como computar o tempo em que o empre-

prejudicada a suspensão do contrato diante da continuidade das mesmas condições de trabalho anteriores. A tendência da Justiça do Trabalho, nesses casos, é declarar que não houve, de fato, suspensão do contrato de trabalho” (*Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho — relações individuais e coletivas do trabalho*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 613/614).

13 Confira-se: *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 254.

14 *Empregado de S.A. Eleito Diretor in* Revista Forense, v. 339, julho-agosto-setembro de 1997. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 49/52, encontrado, ainda, em www.chermondebritto.adv.br/ingles/paginas/material_juridico/empregado_diretor.htm (acessado em 11.04.2009). No referenciado artigo o autor faz menção a parecer elaborado em co-autoria com Délio Maranhão, o qual, como já ressaltamos, partilha do mesmo entendimento (*Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*, v. III. São Paulo: LTr, 1973, pp. 79/90).

15 Em tradução livre: “urram por se encontrarem juntas”.

16 *Ob. cit.* (1997), pp. 50/51.

17 SUSSEKIND, Arnaldo... [et. al.]. Outros autores: Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. I, 22ª ed. atualizada por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 321.

gado *não podia ser empregado*. (...) Aliás, na hipótese de suspensão, o respectivo período, de regra, não é computável como tempo de serviço, salvo expressa exceção”.¹⁸

Uma terceira corrente, que encontra como adepto Evaristo de Moraes Filho¹⁹, com fulcro em contestável exegese do artigo 499²⁰, da CLT, baseia-se na existência de mera interrupção da prestação de serviços, sendo o período despendido na diretoria computado no tempo de serviço do empregado.²¹

18 Refere-se o autor à permanência de subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

19 *Pareceres de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, pp. 75/97 e 171/180.

20 Art. 499 — Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. §1º — Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado. §2º — Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança e que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa, é garantida a indenização proporcional ao tempo de serviço nos termos dos arts. 477 e 478. §3º — A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478.

21 Tal posicionamento é combatido com veemência por Arnaldo Sussekind, *litteris*: “há os que consideram que o preceituado no art. 499 da CLT pode fundamentar a tese da simples interrupção remunerada da prestação de serviços do empregado eleito diretor da sociedade anônima. Que diz esse dispositivo? Simplesmente que: ‘não haverá estabilidade no exercício de cargo de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais’. Como se vê, o artigo diz respeito à inexistência de estabilidade no exercício, pelo empregado, como empregado (sem o que não teria sentido, nem razão de ser), de certos cargos. Por isso, está no artigo, com todas as letras, que esses cargos devem ser de confiança imediata do empregador. Que tem isso a ver com a eleição para a diretoria de sociedade anônima? Atingiria às raízes do ridículo supor que o legislador trabalhista precisasse dizer que o diretor de sociedade anônima, no exercício desse cargo, não adquire estabilidade... Esquecem os ‘construtores’ do aludido entendimento — escrevemos no mencionado parecer — ao invocar o art. 499 da CLT, ‘que o cargo de diretor pode existir nas sociedades civis e até mesmo nas empresas de empregador em nome individual. E de que, aí sim, tratar-se-á de diretor-empregado, exercendo cargo de confiança do empregador, e que, como empregado, no exercício desse cargo, não adquire estabilidade. Não é possível, portanto, na conformidade do Direito e do simples bom-senso, confundir essa hipótese, da qual, logicamente, cogita o art. 499 da CLT, com a eleição para o cargo de órgão da sociedade anônima, matéria, inclusive, estranha ao Direito do Trabalho’ (*ob. cit.*, p. 104)” (*ob. cit.* — 1997 — p. 51).

Uma quarta corrente, oriunda da posição defendida por José Antero de Carvalho²² e Octávio Bueno Magano²³, postula que a nomeação para o cargo de diretor não altera a situação jurídica do empregado, o qual continua, como tal, a desfrutar dos direitos inerentes a essa condição. Para eles, somente se o diretor for considerado “dono do negócio” ou acionista controlador é que não será empregado.

Para chegar a esta conclusão, Bueno Magano ampara-se na seguinte assertiva: essa condição estável de empregado decorre da subordinação que o diretor tem em relação aos acionistas integrantes do conselho de administração da companhia²⁴. Basta, pois, em seu entender, haver conselho de administração para restar caracterizada a existência de subordinação da diretoria àquele órgão e, por conseguinte, de vínculo de emprego a unir a sociedade e seus diretores.²⁵

22 *Diretor, CLT, FGTS, Previdência e a Mensagem nº. 25/1981* in Revista de Direito do Trabalho, nº. 33, setembro-outubro de 1981. São Paulo, 1982, pp. 43/51.

23 *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*, v. II. São Paulo: LTr, 1980, pp. 117/118.

24 “Como homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração, que os pode destituir a qualquer tempo, hão de ser necessariamente os diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho” (*ob. cit.*, p. 119). Eis aqui reconhecida pelo mencionado doutrinador o que denominamos de “subordinação funcional”.

25 Mas essa linha de raciocínio, cumpre desde já anotar, deixa a desejar. A uma, porque, conforme desenvolvemos no item III, *supra*, o simples fato de a lei estabelecer que cada órgão da sociedade titulariza funções e atribuições próprias (artigo 139 e §7º, do artigo 163, ambos da Lei nº. 6.404/76) e, portando, indelegáveis afasta esta equivocada concepção de *subordinação funcional pleno iure*. A duas, porque, como bem ressalta Fábio Ulhoa Coelho (*ob. cit.*, p. 242), a aludida “tese não esclarece, contudo, a situação do diretor de companhia estruturada pelo sistema monista”. Em outras palavras, caso estivéssemos diante de uma companhia de capital fechado, sem o regime de capital autorizado, a qual não tivesse optado pela adoção do conselho de administração como órgão, em que pilares se embasaria a referenciada tese? A quem os diretores estariam subordinados? Estariam os mesmos, neste caso, subordinados à assembléia geral, a qual traduziria órgão único de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial? Ou seriam os mesmos considerados diretores estatutários? Amauri Mascaro Nascimento comunga de entendimento semelhante ao por nós aqui sustentado: “segundo decidem alguns juízes, esse aspecto, o Conselho como órgão da sociedade, é suficiente para caracterizar a subordinação à empresa, uma vez que o diretor está adstrito a seguir as diretrizes

Em meio a essa pluralidade de posicionamentos, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o seu entendimento — o qual se harmoniza com a tese defendida pela segunda corrente *supra* mencionada — através da edição do enunciado nº. 269 de sua súmula, o qual dispõe:

Diretor Eleito. Cômputo do Período como Tempo de Serviço. O Empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Todavia, como salta aos olhos, o enunciado, seguindo o mesmo curso da matéria posicionada na doutrina trabalhista, não contempla a hipótese em que o diretor não tenha prévio vínculo de emprego com a companhia.

por ele estabelecidas. Não nos parece assim, sabendo-se que o Conselho de Administração da sociedade anônima não é um órgão subordinante de empregados, mas de definição das políticas da empresa como deixa claro a legislação específica” (*ob. cit.*, p. 616). Sérgio Pinto Martins, por seu turno, também manifesta a sua discordância em relação à *subordinação funcional pleno iure*. Após salientar que “à primeira vista” verifica-se “que os diretores podem ser destituídos *ad nutum* pelo Conselho de Administração (art. 143), o que importaria dizer que haveria subordinação do diretor ao conselho de administração, como órgão intermediário entre a assembléia geral e a diretoria que exerce controle sobre os atos dos diretores” conclui, adiante, que “o fato de o diretor estar sujeito a determinações do Conselho de Administração ou à Assembléia Geral não o torna empregado, pois a sujeição ocorre em relação a órgãos da sociedade e não a pessoas” (*ob. cit.*, pp. 179/180). Outro não é o entendimento de Mozart Victor Russomano, o qual aduz que “no modelo dualista de administração, a subordinação existente entre a Diretoria e o Conselho de Administração é meramente societária e, portanto, inexistente relação de emprego também” (*O Empregado e o Empregador no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, pp. 116/119 *apud* CALVO, Adriana. *Diretor de Sociedade Anônima: Patrão — Empregado?* São Paulo: LTr, 2006, p. 61). Contrariamente a esta *subordinação funcional pleno iure* também já entendeu a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do Recurso de Revista nº. 412290/1997 de Relatoria do Ministro José Luiz Vasconcellos, julgado à unanimidade, em 11.04.2000, assim ementado: “Diretor. Sociedade anônima. Vínculo empregatício. Sendo o reclamante diretor de sociedade anônima, eleito na forma da lei e ‘subordinado’ tão-somente ao Conselho Administrativo, não é empregado. Recurso de Revista conhecido e provido”.

Dentre os comercialistas, a matéria também não se encontra uniformemente disposta.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo²⁶ não considera de direito do trabalho o vínculo estabelecido entre o diretor e a companhia, porquanto “o contrato de trabalho exige um vínculo de subordinação, e esta não se afina com as características das atribuições dos administradores de sociedades anônimas”. Ressalta, ainda, que o administrador deve agir “de acordo com sua convicção pessoal e os interesses da companhia, responsabilizando-se, é claro, pelos atos praticados, quando for o caso”.

Fábio Ulhoa Coelho²⁷, por seu turno, assevera:

(...) se a hipótese é de antigo empregado eleito para a diretoria, deve-se presumir a continuidade da subordinação empregatícia; se, no entanto, o primeiro e único contrato entre a companhia e o diretor foi já para integrar a diretoria, deve-se presumir o inverso, quer dizer, a ausência daquela forma pessoal de subordinação.

Tavares Borba²⁸, após ressaltar que “as relações entre a sociedade e seus administradores apresentam natureza comercial e não trabalhista” culmina por filiar-se àqueles que defendem a suspensão do contrato de trabalho ao aduzir que “os chamados diretores empregados, ou seja, os empregados que se elevam à posição de diretores²⁹, têm o contrato de trabalho suspenso quando exercem funções de diretores. Todavia, se ao empregado, mesmo enquanto diretor, são asseguradas as condições de seu contrato de trabalho, mantém-se, a toda evidência, uma relação trabalhista”.

26 *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 45.

27 *Ob. cit.*, p. 244.

28 *Direito Societário*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 419.

29 Neste trabalho, a expressão “diretor empregado” é utilizada quando almejamos nos referir aos diretores que são enquadrados como empregados, os quais merecem, pois, o tratamento assegurado pela CLT.

A tese da suspensão do contrato de trabalho ganha, ainda, como adepto Modesto Carvalhosa³⁰, o qual sustenta que “sendo o empregado eleito diretor, o vínculo de emprego permanece, ficando suspensos os efeitos do contrato de trabalho durante todo o seu mandato”.

Lamy Filho e Bulhões Pedreira³¹, autores do anteprojeto da Lei nº. 6.404/76, sustentavam que o empregado nomeado diretor teria o seu contrato de trabalho interrompido:

O empregado da companhia eleito para o cargo de administrador, sem contrato de trabalho que discipline a hipótese — e se o Estatuto nada dispuser a respeito, e a deliberação da Assembléia Geral que o eleger for omissa sobre o assunto — ao aceitar as funções, passa a fazer jus à remuneração nas condições vigorantes para os demais administradores; seu contrato de trabalho entende-se interrompido, tendo direito a reverter ao cargo efetivo quando deixar o exercício da função, e à contagem desse tempo para todos os efeitos legais, menos o da estabilidade (art. 499, da CLT).

Uma vez expostas as diversas correntes de opinião acerca do tema, cumpre-nos responder à seguinte questão: como enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de uma sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia?

Como a própria indagação denuncia, mister se faz repartir a análise da questão em dois cenários: (i) o diretor era empregado da sociedade; e (ii) o diretor não possuía vínculo de emprego com a companhia.

Tendo o diretor vínculo trabalhista precedente com a pessoa jurídica, impõe-se bifurcar mais uma vez a análise, verificando se os

30 *Ob. cit.*, p. 165.

31 *A Lei das S.A.*, v. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 403.

direitos ostentados pelo mesmo antes da assunção do cargo de diretor foram mantidos ou não.

Caso se constate, na hipótese concreta, que os seus direitos foram preservados, ainda que não totalmente, mas em sua substancial maioria, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho, ou seja, o diretor continua sendo empregado da sociedade, mantendo-se inalterada a relação trabalhista. Este foi o escorreito entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 100.531-9/SP, de relatoria do Ministro Soares Muñoz, cujo acórdão veio assim ementado³²:

SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETOR. Empregado de Sociedade Anônima eleito Diretor-Presidente e a quem a empresa assegurou todos os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício. Competência da Justiça do Trabalho para julgar a ação de cobrança movida pela sociedade contra o seu ex-Diretor, exigindo-lhe o numerário recebido como adiantamento anteriormente à renúncia do cargo. Recurso extraordinário de que não se conhece.

Contudo, se os aludidos direitos não tiverem sido mantidos, tendo o diretor passado a receber honorários e outros benefícios próprios dos diretores da companhia (definidos no estatuto ou pela assembléia geral) ou, ainda, característicos de um tratamento geral conferido à diretoria da sociedade, em princípio, não se verifica a manutenção do vínculo trabalhista, estando o contrato de trabalho suspenso, por força do prefalado enunciado nº. 269, da súmula do TST. Mas, esta conclusão — ao contrário daquela mencionada no parágrafo imediatamente anterior — não é absoluta. Faz-se necessário investi-

32 O aludido julgamento ocorreu no dia 09.09.1983. A decisão foi proferida por unanimidade e, em seu voto, o Ministro Relator Soares Muñoz consignou que “realmente, o recorrido [ex-diretor da sociedade recorrente], quando foi designado Presidente da recorrente, era seu empregado e conservou a relação empregatícia, de conformidade com o que lhe foi assegurado pela empregadora em documento inequívoco”.

gar a eventual presença de subordinação, como a parte final do próprio verbete preconiza.

Ao tratar especificamente da subordinação caracterizadora do vínculo de emprego, ressalta Sérgio Pinto Martins³³:

Mais se aproxima o diretor da condição de empregado se verificado o requisito subordinação. É o caso de o diretor ter horário fixo para trabalhar, ser controlado pelo empregador por intermédio de cartão de ponto, livro de ponto ou folha de ponto.

Estando o “diretor” obrigado a cumprir ordens de serviço dos superiores, sofrendo fiscalização, penalidades e advertências, estará evidenciada a relação de emprego. O diretor subordinado à presidência, ou à vice-presidência ou a diretor superintendente da empresa, que praticamente decide tudo e a quem presta contas, não lhe dando margem a qualquer decisão, é um verdadeiro empregado. (...)

Quando o diretor é recrutado do quadro de funcionários da própria empresa, a relação de emprego torna-se mais aparente. Se antes a pessoa era empregada e continua a fazer o mesmo serviço como diretor, sem qualquer acréscimo de atribuições, em que não se verifica nenhuma mudança, será considerada empregado. Não tendo a diretoria eleita nenhuma autonomia, pois é apenas figurativa, sendo o diretor subordinado ao gerente-geral, nota-se também a existência do elemento subordinação. É o caso de todas as decisões que envolvem grandes valores como vendas e investimentos, ou quanto a aumentos de salário e outras decisões estratégicas, dependentes da decisão de uma pessoa na empresa, a quem cabe a palavra final sobre tais aspectos e a quem o diretor é subordinado.

Verificada a existência de subordinação³⁴, vinculada ao artigo

33 *Ob. cit.*, p. 180.

34 Confira-se a decisão proferida, em 27.08.2008, à unanimidade, pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-802543/2001.8, de Relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que, em seu voto, fez menção à decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, na qual restou previsto que “quando em viagem a serviço do banco, [o Reclamante] apresentava relatório contendo o objetivo da viagem, o tempo previsto, assim como os clientes que seriam visitados. Tais informa-

3º, da CLT³⁵, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho. Cumpre enfatizar que a avaliação em comento considerará a subordinação que caracteriza o vínculo empregatício, a qual não se confunde com a subordinação existente entre os órgãos da sociedade e que, em regra, não é *funcional*.³⁶ Em outros termos, será necessário verificar se o diretor tem poder de decisão absoluto ou se o mesmo pode ser enquadrado como um diretor técnico (um diretor de área), o qual se submete, por exemplo, às regras ditadas pelo diretor presidente da companhia. A existência de subordinação se afere, pois, com base na relação pessoal existente dentro do órgão, ou seja, naquela que se estabelece entre os integrantes da diretoria³⁷, ou, ainda, quando o diretor tiver sua ação vinculada a uma orientação hierárquica superior, advinda do conselho de administração, caracterizadora de uma *subordinação funcional* de fato e, portanto, anacrônica na relação orgânica da companhia.

Se, por outro lado, além da ausência da preservação de direitos, restar caracterizada a inexistência de subordinação³⁸, conclui-se

ções restaram confirmadas pela segunda testemunha do autor, ao afirmar que ‘quando o Reclamante necessitava viajar a serviço era necessário submeter sua agenda de viagens ao vice-presidente (...)’. Note-se que a testemunha trazida pelo Reclamado (...) nada soube informar sobre tal assertiva. Ademais, esta testemunha afirmou que ‘os diretores gozavam de ausências temporárias, equivalente a férias anuais, cuja aprovação dependia do presidente. Desse modo, embora eleito para o cargo de Diretor, manteve-se a subordinação jurídica entre as partes, de sorte que faz jus, o reclamante, à integração das gratificações de balanço postuladas em função do exercício do referido cargo’.

35 Art. 3º — Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único — Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

36 Confira-se o final do item II e o item III, *supra*.

37 Nesse sentido, ao enfrentar o tema da subordinação aferida no “interior dos órgãos societários”, Fábio Ulhoa Coelho destaca que “os diretores de área (financeiro, comercial, de produção etc.), em geral, têm os seus serviços coordenados diretamente pelo presidente, ou por um vice-presidente, e *pode-se* verificar, por isso, em certos casos, a incidência do artigo 3º da CLT”. (*Ob. cit.*, p. 244).

38 Confira-se, dentre outros, os seguintes acórdãos: Embargos em Recurso de Revista nº. TST-

que se está diante de um diretor estatutário, restando, por conseguinte, suspenso o contrato de trabalho, enquanto durar o respectivo mandato, nos moldes do já mencionado enunciado nº. 269, da súmula do TST.

Ainda com o escopo de conferir segurança ao enquadramento do diretor da sociedade anônima, tem-se que, nas mesmas situações em que ele possuir vínculo trabalhista precedente com a sociedade, far-se-á necessário apurar se, à luz do caso concreto, após a assunção do cargo, continuou a exercer as mesmas funções que lhe haviam

E-RR-705228/2000.4, julgado, por unanimidade, em 25.08.2008, pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing; Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-1586/2002-361-02-40.8, julgado, por unanimidade, em 19.11.2008, pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda; e Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-81.274/2003-900-02-00.5, julgado, por unanimidade, em 04.02.2009, pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda. Confira-se, ainda, decisão proferida, em 21.06.2006, à unanimidade, pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião do julgamento do Recurso de Revista nº. TST-RR-19421/2002-900-06-00.5, de relatoria da Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, que em seu voto consignou que “consta expressamente no acórdão regional (...) que: no caso vertente, percebe-se que o reclamante efetivamente foi eleito diretor estatutário e que exerceu as suas atribuições na forma prevista nos respectivos estatutos, com limites evidentemente impostos pela lei que rege as sociedades anônimas (6.404/76). Cumpre ressaltar que o simples fato do reclamante, mesmo detentor da condição de diretor estatutário, possuir limites para o desempenho de suas atribuições, por si só, não elide a sua condição de diretor estatutário e não o torna, por essa razão, diretor empregado (...) não há nos autos comprovação de qualquer subordinação jurídica, com o fito de permitir o reconhecimento da condição do reclamante diretor empregado. (...) Não há dúvidas de que o reclamante tinha poderes de mando e que os limites para a prática de alguns atos decorriam da própria reserva legal (...)”. Ainda no que atine à inexistência de subordinação, confira-se o acórdão proferido, à unanimidade, pela Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, quando do julgamento do Recurso Ordinário nº. 00837-2001-221-04-00-3, de relatoria da “Juíza Relatora” Tânia Maciel de Souza, assim ementado: “(...) Da consideração da unicidade contratual — Manutenção do vínculo empregatício — Empregado eleito diretor de sociedade anônima. A prova carreada nos autos tanto documental quanto oral, autoriza o reconhecimento da unicidade contratual denunciada, mas não deixa dúvidas de que o reclamante, eleito Diretor de Controle da reclamada, exerceu tal cargo na sua plenitude, apenas limitado pelo estatuto e pelas decisões da assembleia de acionistas, a que se subordinava. Nos termos do Enunciado nº. 269 do C. TST, seu contrato de trabalho esteve suspenso no prazo de 02.05.96 a 07.07.99, não lhe sendo devidas as parcelas postuladas referentes a tal período. Recurso provido em parte (...).”

sido delegadas enquanto empregado da companhia. Quando isto ocorrer, prevalecerá, em atenção ao princípio da primazia da realidade³⁹, o entendimento consoante o qual continua o diretor a ser empregado da sociedade⁴⁰. Ante a manutenção de suas funções, pode-se entender que a subordinação característica do vínculo trabalhista também foi preservada.

Situação diversa se apresenta se o diretor não tiver prévia relação empregatícia com a sociedade. Neste caso, há uma presunção relativa de inexistência de vínculo entre o mesmo e a companhia e, portanto, se o diretor intentar caracterizar, em juízo, uma relação de trabalho, ao mesmo caberá o ônus da prova, a qual estaria, igualmente-

39 De acordo com o artigo 9º, da CLT, tem-se que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

40 Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido, em 12.11.2008, por ocasião do julgamento, à unanimidade, pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-86899/2003-900-05-00.7, assim ementado: “Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Empregado eleito diretor. Vínculo empregatício. Caracterização. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. 2. Na hipótese, a decisão regional reconhece que o reclamante, embora tenha sido eleito diretor, não deixou de ser empregado, pois continuou exercendo as mesmas atividades, sem solução de continuidade; não teve alteração substancial no salário e qualquer participação no capital da empresa, sendo, ainda, subordinado; configurando-se inequívoca a subordinação jurídica peculiar do contrato de emprego. Assim, referida decisão está em consonância com a exceção contida na Súmula nº. 269, parte final. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento”. No voto do Ministro Relator Caputo Bastos restou consignado que “o fato de [o reclamante] receber contra-prestação denominada honorários e ser chamado de diretor não era suficiente para descaracterizar a feição de contrato de trabalho”. Confira-se, ainda, a recente decisão proferida pela Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, quando do julgamento, em 11.03.2009, à unanimidade, do Recurso Ordinário nº. 00436-2007-009-04-00-9, de relatoria da Desembargadora Flávia Lorena Pacheco, assim ementado: “Unicidade contratual. Empregado acionista eleito diretor de S/A. O exercício de cargo eletivo em S/A suspende o contrato de trabalho, nos termos da legislação própria, ‘salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego’. Exegese da Súmula nº. 269 do TST. Hipótese em que a prova dos autos demonstra que o reclamante, do período em que ocupou o cargo de Diretor Comercial da reclamada (S/A na época) manteve as mesmas funções e a mesma subordinação jurídica aos acionistas majoritários e fundadores da Sociedade (...)”.

te, atrelada à demonstração da existência da subordinação. Destarte, o simples fato de o diretor não ter sido empregado da companhia, não afasta, de per si, a possibilidade de caracterização do vínculo de emprego, o qual será aferido à luz da realidade do funcionamento do órgão, quando o diretor tiver seus poderes decisórios sempre vinculados a uma orientação hierárquica superior, verificada dentro do mesmo órgão ou advinda do conselho de administração, caracterizando-se, neste último caso, uma subordinação funcional de fato, reveladora, repita-se, de uma deformação no funcionamento orgânico da companhia.

Cumpre, por fim, destacar que através do artigo 16, da Lei nº. 8.036/90⁴¹, permite-se que a companhia equipare os diretores estatutários aos empregados sujeitos ao regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, para fins de recolhimentos.

V — Conclusão

A Lei nº. 6.404/76 consagrou dois sistemas de estruturação administrativa da sociedade anônima: o monista, no qual a assembléia geral figura como único órgão de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial, e o dualista, marcado pela convivência da assembléia geral com o conselho de administração e de observância obrigatória para as companhias de capital aberto, para aquelas que, embora de capital fechado, adotem o regime de capital autorizado e para as sociedades de economia mista. Ao conselho de administração compete executar funções deliberativas e de ordenação interna da companhia, como as de fixação da orientação geral dos negócios da sociedade e as de cunho fiscalizatório dos atos da diretoria.

⁴¹ Art. 16. Para efeito desta lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.

Trata-se de órgão de deliberação colegiada, cujas decisões tomadas são por maioria de votos. Já a diretoria manifesta-se no poder executivo da companhia. Compõe-se por dois ou mais diretores, pessoas naturais, eleitos e destituíveis, a qualquer tempo, pelo conselho de administração e, caso este inexistir, pela assembléia geral. Ao contrário dos conselheiros de administração, além de atuarem isoladamente, os diretores não precisam ser acionistas. De acordo com a teoria organicista, os administradores não são simples representantes da sociedade. Em verdade, apresentam⁴² a companhia, ou seja, tornam presente a vontade da pessoa jurídica.

Por mais que exista uma *subordinação de órgãos*, não há que se cogitar da existência de uma *subordinação funcional pleno iure* entre os membros da diretoria e os do conselho de administração, como pretendem alguns sustentar. A subordinação orgânica não se confunde com aquela caracterizadora do vínculo trabalhista (artigo 3º, da CLT). A própria indelegabilidade das atribuições e dos poderes de cada órgão evidencia a ausência de *subordinação funcional*, como regra de princípio, entre os órgãos da sociedade anônima.

Para enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de uma sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia, mister se impõe analisar certas circunstâncias que orientem a relação jurídica existente.

(a) Se o diretor tiver vínculo trabalhista precedente com a sociedade, cumpre bifurcar a análise, verificando se os direitos ostentados pelo mesmo antes da assunção do cargo de diretor foram mantidos ou não.

(a.i) Caso se constate, na hipótese concreta, que os seus direitos foram integralmente preservados, ou que o foram em sua substancial maioria, tem-se que o diretor continua sendo empregado da sociedade.

42 MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 384.

(a.ii) Se, por outro lado, os aludidos direitos não tiverem sido mantidos, em princípio, não se verifica a continuidade do vínculo trabalhista, estando o contrato de trabalho suspenso, por força do enunciado nº. 269, da súmula do TST. Contudo, esta conclusão — ao contrário daquela mencionada no item (a.i) — não é categórica. Faz-se necessário investigar a eventual presença de subordinação, como a parte final do próprio verbete ressalta.

(a.ii.α) Verificada a existência de subordinação que caracteriza o vínculo empregatício (artigo 3º, da CLT), aferida com base na relação pessoal existente dentro do órgão, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho. O mesmo se observa quando, excepcional e anacronicamente, ocorrer a subordinação de fato da diretoria à orientação superior do conselho de administração, tolhendo-lhe de sua natural autonomia funcional.

Será necessário, ainda, investigar se o diretor exerce as mesmas funções lhe haviam sido delegadas enquanto empregado da companhia. Caso isto se verifique, em atenção ao princípio da primazia da realidade, deverá ser o mesmo enquadrado como diretor empregado, considerando-se, destarte, que a subordinação característica do vínculo trabalhista ficou preservada.

(a.ii.β) Contudo, caso inexista subordinação, conclui-se que se está diante de um diretor estatutário, restando, por conseguinte, suspenso o contrato de trabalho, enquanto durar o respectivo mandato.

(b) Se, todavia, o diretor não tiver prévia relação empregatícia com a sociedade, entendemos que há uma presunção relativa de inexistência de vínculo entre ele e a companhia. Desse modo, em um eventual litígio, caberia ao diretor o ônus de comprovar a existência da aludida subordinação, caracterizada pelo fato de ter seus poderes decisórios sempre vinculados a uma orientação hierárquica superior, verificada dentro do mesmo órgão ou advinda do conselho de administração, caracterizando-se, neste último caso, uma anacrônica subordinação funcional de fato.

VI — Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CALVO, Adriana. *Diretor de Sociedade Anônima: Patrão — Empregado?* São Paulo: LTr, 2006.

CARVALHO, José Antero de. *Diretor, CLT, FGTS, Previdência e a Mensagem nº. 25/1981 in Revista de Direito do Trabalho*, nº. 33, setembro-outubro de 1981. São Paulo, 1982.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006.

DIETERICH, Thomas; et. al. (Org.). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7ª ed. München: Beck, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo & PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S.A.*, v. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*, v. II. São Paulo: LTr, 1980.

MARANHÃO, Délio & CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo L, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Pareceres de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho — relações individuais e coletivas do trabalho*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLEA, Manuel Alonso & BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Madrid: Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º v., 4ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1965.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Empregado de S.A. Eleito Diretor* in Revista Forense, v. 339, julho-agosto-setembro de 1997. Rio de Janeiro: Forense, 1997, encontrado, ainda, em www.chermontdebritto.adv.br/ingles/paginas/material_juridico/empregado_diretor.htm (acessado em 11.04.2009).

SUSSEKIND, Arnaldo & MARANHÃO, Délio. *Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*, v. III. São Paulo: LTr, 1973.

SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. Outros autores: Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. I, 22ª ed. atualizada por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1997.

DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E DOS PREPOSTOS DAS SOCIEDADES

LIABILITY OF THE COMPANIES MANAGERS AND REPRESENTATIVES

Moema Augusta Soares de Castro

Resumo: O presente estudo objetiva examinar os limites de responsabilidade dos administradores e dos prepostos das sociedades. Quem responde pelas obrigações contraídas com excesso de poder, se a sociedade ou se o patrimônio particular desses encarregados da gestão empresarial. Pelos atos regularmente praticados pelos administradores e prepostos há vinculação da sociedade. Quando os administradores extrapolarem os seus poderes, a solução pode variar de acordo com o tipo societário e com a realização de atividades negociais conexas ou acessórias. Aplica-se a teoria da aparência nas companhias, vinculando a sociedade sempre que o ato tiver a aparência de regular. Nas sociedades simples e limitadas a prática do ato *ultra vires* pode ser ratificado pelos respectivos órgãos deliberativos. Admite-se que, em casos concretos, os poderes implícitos dos administradores, para realizar atividades negociais acessórias ou conexas ao objeto social, não sejam considerados como estranhos aos negócios sociais e, sim, vinculados à sociedade.

Palavras-Chave: Direito societário. Administrador. Preposto. Responsabilidade.

Abstract: This study analyzes directors' and officers' liability regarding acts done in excess of power or in abuse of discretionary

power and who should be liable for those acts: the corporation's or the individual assets. It examines the connection between directors' and officers' regular acts and the corporation and if the effects over the legal entity of acts done in excess of power or in abuse of discretionary power vary according to its type or to the way it manages its business and other related activities. The appearance of presentation theory (teoria da aparência) shall be applicable every time the acts seem to be regular. The partnership and corporation boards have the power to ratify *ultra vires* acts. It is acceptable that in some cases the directors and officers implied powers to do business related to the corporation purpose are considered in accordance with its core business.

Keywords: Corporate law. Managers. Representatives. Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos colaboradores ou auxiliares. 2.1. Do gerente. 2.2. Do contabilista. 3. Da administração da sociedade. 3.1. Dos poderes e deveres do administrador. 3.2. A posição do administrador face à sociedade. 4. Da responsabilidade do administrador da sociedade simples. 4.1. Dos terceiros de má-fé. 4.2. Da teoria dos atos ultra vires. 4.3. Da teoria da aparência. 5. Da responsabilidade do administrador da sociedade limitada. 6. Da responsabilidade do administrador da sociedade anônima. 7. Conclusão.

1. Introdução

As sociedades podem ser classificadas, segundo o Código Civil, em personificadas e não personificadas. Estas são aquelas sociedades que não inscreveram os seus atos constitutivos, com exceção da sociedade por ações em organização, e que são regidas pelos arts. 986 a 990 da Lei n. 10.406 de 2002. As sociedades personificadas são aquelas regularmente constituídas, que adquiriram personalidade jurídica ao inscreverem seus atos constitutivos no órgão próprio: as simples, no cartório de registro civil das pessoas jurídicas, e as empresárias, na junta comercial.

Com a aquisição da personalidade, a sociedade passa a ter plena capacidade para ser sujeito de direito, pode exercer direitos e contrair obrigações, eis que possui patrimônio e vontade próprios.

No ato constitutivo da sociedade, estatuto social ou contrato social, é estabelecido pelos seus criadores o objeto social, de acordo com os seus interesses. A vontade dos criadores é que determina o objeto da pessoa jurídica, limitando os atos que ela pode realizar. Assim, a pessoa jurídica da sociedade tem sua capacidade de agir refreada na determinação de seu objeto social.

A sociedade necessita de uma estrutura interna que possibilita seu funcionamento. Segundo a teoria orgânica, esta estrutura é composta de órgãos. O órgão encarregado desta função é o da administração. O administrador, pessoa natural ou jurídica, é o titular do órgão administrativo, que irá exprimir vontade imputável à pessoa jurídica. O ato do administrador é considerado ato da pessoa jurídica¹.

Além dos administradores da sociedade, há a figura do colaborador, do chamado preposto que pode também ter poderes de atuação como órgão de manifestação da vontade da pessoa jurídica. O preposto não assume os riscos da atividade, ao contrário do administrador que pode extrapolar os limites dos poderes que lhe foram atribuídos de forma a vincular os atos por ele praticados como de responsabilidade da sociedade.

O presente estudo objetiva examinar os limites de responsabilidade dos administradores e dos colaboradores, denominados pelo Código Civil de prepostos. Quem responderá pelas obrigações contraídas com excesso de poder, se a sociedade ou se o patrimônio particular desses encarregados da gestão empresarial.

Iniciaremos pela análise dos poderes e responsabilidades decorrentes da atuação dos colaboradores, para, em seguida, cuidar da

1 FRONTINI, Paulo Salvador. Jurisprudência. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, vol. 14, p. 101.

gestão dos administradores. A vinculação ou não da responsabilidade da sociedade por atos praticados pelos administradores será tratada pela ótica da teoria dos atos *ultra vires versus* teoria da aparência.

2. Dos colaboradores ou auxiliares

ROCCO² e FÁBIO ULHOA³ vinculam a existência da empresa quando a produção é obtida, necessariamente, mediante trabalho de terceiros.

Há, todavia, quem discorde dessa posição com o entendimento de que pode haver a empresa sem que haja colaboração de terceiros: CAMPOBASSO⁴ e CUNHA PEIXOTO⁵. Estes entendem que a organização empresarial pode ser constituída somente de capital e trabalho próprio do empresário, v.g., uma atividade empresarial totalmente automatizada, que não conte com o auxílio de empregados, mas somente com a colaboração de sócios empreendedores ou do empresário individual.

As pessoas que auxiliam os empresários a levar adiante o seu mister de organizar a atividade econômica podem ser contratadas segundo a legislação trabalhista (CLT), ou ser profissionais autônomos cujos serviços são combinados para tarefas específicas.

Significa dizer que o empresário recruta, organiza, fiscaliza, retribui e dirige o trabalho dos colaboradores para fins de produção.

O Código Civil denomina de prepostos as pessoas que prestam serviços não eventuais à empresa sob a condição de assalariados,

2 ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Trad. De Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 190.

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 13/15.

4 CAMPOBASSO, Gian Franco. *Manuale di diritto commerciale*. Turim: Utet, 2004, p. 14.

5 CUNHA PEIXOTO, Euler. Empresário individual e sociedade empresária. *In Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte*, n.46, jan.jun, 2005, pp. 101/103.

subordinados hierarquicamente ao empresário individual ou coletivo, mediante pagamento de salários e sob o controle direto e exclusivo do empregador. São empregados assalariados os chamados comerciários ou balconistas, servindo em lojas, e os industriários, empregados nas fábricas. O empregador, também denominado preponente, é responsável pelos atos praticados por seus prepostos dependentes internos, bem como pelos externos.

Há prepostos dependentes externos e dependentes internos, ambos prestando serviços não eventuais ao empresário, sob a sua dependência e controle, mediante o pagamento de salário e que são regidos pela CLT — Consolidação das Leis do Trabalho. São considerados empregados diante da direta dependência hierárquica do empresário.

A diferença entre o dependente interno e externo é que este trabalha fora, externamente ao estabelecimento comercial (espécie). São os viajantes, vendedores externos e praticistas, que podem exercer essas funções isoladamente, ou o mesmo preposto reunir todos esses encargos, executando-os ao mesmo tempo. São auxiliares que se dedicam à procura de clientela fora do estabelecimento empresarial, com a especialização na promoção de vendas efetuadas, mediante a coleta de propostas ou de extração de pedidos. Essas propostas são executadas pelos empresários.

A doutrina francesa formula uma diferença⁶ prática: o praticista visita a clientela da cidade onde se encontra a empresa que o emprega e dela recebe, a cada dia, as ordens, e o viajante se desloca numa região às vezes extensa para visitar a clientela.

O art. 1.178, parágrafo único, do Código Civil, assinala que os empresários preponentes só se obrigam pelos atos praticados fora dos referidos estabelecimentos se os prepostos estiverem autorizados

6 CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99.

por escrito. Logo, os viajantes e praticistas devem receber dos empresários uma nomeação por escrito, e os clientes devem ter a cautela de se documentar se tais viajantes ou vendedores estão autorizados a agir pelo empresário.

2.1. Do Gerente

O Código Civil faz menção expressa a dois colaboradores dos empresários: o gerente e o contabilista.

O art. 1.172 do Código Civil reserva a expressão gerente para designar o preposto, empregado encarregado de setores, departamentos ou unidades administrativas da empresa.

O gerente tem como função a organização e direção do trabalho na sede, sucursal, filial ou agência da empresa e exerce o posto de chefia na organização empresarial. Não é o sócio administrador da sociedade e sim um empregado com posição hierárquica um pouco mais elevada do que os demais empregados. O administrador não é um simples preposto da pessoa jurídica, mas integra o órgão de administração, mediante o qual a sociedade torna presente a sua vontade, pelo seu representante legal.

O preponente, empresário individual ou sociedade empresária, é responsável pelos atos de quaisquer de seus prepostos dependentes internos, desde que realizados no interior de seu estabelecimento físico e relacionados com a atividade empresarial ali desenvolvida, mesmo sem autorização expressa para a sua realização.

Atendidos os pressupostos de lugar e objeto da atividade econômica, obriga-se o empresário pelos atos de seus prepostos, independente da natureza do vínculo da preposição, devendo cumprir os termos das contratações por ele efetuadas.

Quando praticados fora do local físico da empresa, como já mencionado, o empresário somente estará obrigado dentro dos limi-

tes dos poderes por ele outorgados a seu preposto dependente externo, por instrumento escrito, que deverá ser exibido a terceiros, valendo como tal, certidão ou cópia autenticada de seu teor (art. 1.178, parágrafo único).

No exercício de suas funções, o preposto está sujeito a responder junto ao empresário por aqueles atos que o obriguem perante terceiro. Se o liame obrigacional foi gerado por culpa do preposto, fica este obrigado a indenizar o preponente, por via de regresso, pelos desembolsos e prejuízos experimentados em decorrência do ato. Se por dolo, além do direito de regresso do preponente, ficará também com este solidariamente responsável perante terceiros.

A prática de certos atos sem autorização expressa do preponente é vedada ao preposto, sob pena de responder pela reparação dos danos causados e de serem retidos os lucros da operação. Está ele proibido de concorrer com o seu preponente. Assim, não pode negociar por conta própria ou de terceiros, nem tomar parte, mesmo que indiretamente, de operação do mesmo gênero que lhe foi atribuída (art. 1.170), podendo, conforme o caso configurar-se crime de concorrência desleal, segundo o art. 195 da Lei n. 9.279/96, Lei da Propriedade Industrial.

Também é vedado ao preposto fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituído e pelas obrigações por ele contraídas (art. 1.169).

O gerente, legalmente, pode vir até a representar a sociedade na prática de certos atos, mas o fará na condição de mandatário, não na de sócio ou administrador.

O Código Civil abandonou a utilização da nomenclatura de gerente como sinônimo de administrador ou diretor de sociedade. A legislação comercial anterior utilizava indistintamente as expressões para caracterizar o gestor e o representante legal das sociedades empresárias.

Não exigindo a lei poderes especiais, presume-se autorizado o gerente a praticar todos os atos necessários ao exercício dos pode-

res que lhe foram conferidos. As limitações contidas no instrumento de outorga desses poderes, para serem oponíveis a terceiros que de boa-fé se relacionam com a sociedade, devem estar devidamente arquivadas na junta comercial. Para a mesma finalidade, eventuais alterações ou a efetiva revogação do mandato devem ser levadas a registro. Se não for arquivado na junta, o ato somente libera o empresário individual ou a sociedade empresária se for provado que o terceiro que tratou com o gerente tinha ciência das restrições (art. 1.174).

Segundo o Código Civil de 2002, o gerente pode agir em juízo, em nome do preponente, pelas obrigações resultantes do exercício de sua função, ficando, entretanto, limitado a essas situações (art. 1.176).

No mandamento de SÉRGIO CAMPINHO⁷, poderá o preposto receber citação judicial em nome do empresário individual ou coletivo quando a demanda for relativa aos atos por ele praticados.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, em várias hipóteses, a validade da citação feita na sede da empresa, recebida por pessoa que aparentemente poderia ser representante do empresário, mesmo sem poderes específicos para tanto⁸. É o reconhecimento da aplicação da teoria da aparência por aquela Corte.

O empresário responde, juntamente com o gerente, pelos atos realizados por este preposto em seu próprio nome, mas à conta do preponente (art. 1.175).

Se alguém entra numa loja e é atendido por pessoa uniformizada que lá se encontra e entabula negociações acerca de preço, garantias e formas de pagamento, o empresário individual ou coletivo, titular daquele comércio, está sendo contratualmente responsabiliza-

7 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361.

8 Cite-se como exemplo a decisão da Corte Especial no Recurso de n. 178.145, do Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 25/02/02.

do. As informações prestadas pelo empregado uniformizado ou terceirizado e os compromissos por ele assumidos, atendidos os pressupostos de lugar e objeto, criam obrigações para o empresário (art. 1.178).

No entendimento de MODESTO CARVALHOSA⁹, o art. 1.178 do Código Civil consagra a teoria da aparência nos limites ali propostos¹⁰.

2.2. Do Contabilista

O contabilista ou contador é o responsável pela escrituração dos livros do empresário. Os assentos lançados nos livros ou fichas do empresário, exceto a hipótese de má-fé, produzem os mesmos efeitos como se fossem escriturados pessoalmente pelo empresário (art. 1.177). Só nas médias e grandes empresas, esse preposto costuma ser empregado. Nas pequenas e microempresas, é profissional autônomo contratado para a prestação de serviços do gênero.

Além das diferenças de funções e responsabilidades, há também duas outras que devem ser destacadas: a função do gerente é facultativa, eis que o empresário pode ou não ter esse tipo de preposto. A do contabilista é obrigatória, salvo se nenhum houver na localidade, nos termos do art. 1.182 do Código Civil de 2002. Ademais, qualquer pessoa pode trabalhar como preposto, mas apenas os regularmente inscritos no órgão profissional podem trabalhar como contabilista, contador ou técnico em contabilidade.

9 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol.13, p. 755.

10 Art. 1178. *Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito. Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigam ao preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.*

3. Da administração da sociedade

A representação societária perante terceiros compete a seus administradores, como já afirmado, e é mediante a sua atuação que a sociedade adquire direitos, assume obrigações e comparece em juízo, ativa ou passivamente, nos termos do art. 1.022 do Código Civil.

A administração é um órgão de representação legal, pelo qual a sociedade manifesta a sua vontade. É por meio desse órgão, repita-se, que a sociedade assume obrigações e exerce direitos. O órgão, segundo REQUIÃO¹¹, executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão e a boca executam a da pessoa natural. A sociedade, como pessoa jurídica, não se faz representar, mas se faz presente pelo seu órgão.

Os administradores não são simplesmente mandatários da sociedade, muito embora o Código Civil determine a aplicação, no que couber, das disposições relativas ao mandato, nos termos do art. 1.011, § 2º. Podem os administradores optar por administração conjunta, na qual se exige a atuação de dois ou mais administradores, conforme seja a previsão contratual.

O contrato pode definir previamente a competência gerencial de cada administrador, limitando, assim, a esfera de atuação de cada um. Pode haver, por exemplo, quatro administradores, mas o contrato pode limitar somente dois para assinar cheques, ordens de pagamento e de títulos de dívida em geral.

Nos atos de competência conjunta previstos no contrato social, é necessário o concurso dos quatro administradores ou, se for o caso do exemplo citado, assinatura de cheques, somente dois poderão validar os referidos títulos. O art. 1.014, entretanto, de maneira prudente, prevê a alternativa da assinatura de um único administrador, em situações urgentes em que a omissão ou a demora das provi-

11 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 441.

dências possam ocasionar dano grave ou irreparável à sociedade. O ideal seria o contrato social delimitar o âmbito de atuação de cada administrador para evitar maiores dificuldades e atropelos na condução dos negócios sociais.

No silêncio do contrato social, a administração competirá separadamente a cada um dos sócios, o que pode redundar numa situação conflituosa, podendo cada um impugnar a operação pretendida pelo outro. No caso de impasse, será decidido pela maioria absoluta.

No que se refere à venda ou oneração de bens imóveis, o art. 1.015 exige decisão pela maioria absoluta, o que é mais da metade dos sócios que representam a maioria do capital social.

A nomeação dos administradores poderá ser feita em cláusula do contrato ou por instrumento em separado. Neste último caso, deverá promover sua averbação à margem da inscrição do contrato social, sob pena de, não o fazendo, o administrador responder pessoal e solidariamente pelas obrigações assumidas pela sociedade durante o período em que esteve à frente da condução dos negócios sociais.

O administrador da sociedade simples deve ser pessoa natural, sócio, que poderá constituir procuradores *ad negotia*, sócio ou não para representarem a pessoa jurídica em certos negócios.

O Código Civil prevê que não podem ser administradores da sociedade os condenados à pena que vede o acesso a cargos públicos, crime falimentar, peita ou suborno, concussão¹², peculato, crimes contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, relações de consumo, fé pública, propriedade enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Da mesma forma, não poderão ocupar cargo de gestão societária aqueles que, por lei especial, forem impedidos, como por exemplo, funcionários públicos, militares e magistrados.

¹² Exigência abusiva de funcionário público ou autoridade pública, direta ou indireta em razão do cargo.

No silêncio do contrato em relação aos limites da administração, todos os atos pertinentes à gestão da sociedade poderão ser praticados pelos vários administradores, em conjunto ou em separado, se o instrumento contratual dispuser a respeito. A exceção é a oneração ou a venda de bens imóveis, que dependem do que a maioria dos sócios representativa do capital social decidir de acordo com o art. 1.015 como já visto.

Deve o administrador ficar limitado aos poderes conferidos pelo contrato social e não agir em sentido contrário à vontade da maioria como determina o § 2º do art. 1.013. Responderá por perdas e danos o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria. Imprescindível se torna a comprovação do efetivo prejuízo causado para que seja, todavia, obrigado a reparar os danos ocasionados à sociedade. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, inclusive com os lucros, e, se houver prejuízos, por eles também responderá de acordo com o art. 1.018.

3.1. Dos Poderes e Deveres do Administrador

O administrador possui deveres legais e contratuais a cumprir. No exercício de sua função ele deve ter fiel observância aos deveres de obediência, diligência e lealdade, e ainda lhe é exigido que aja de acordo com elevados padrões éticos. Se o administrador cumpre com tais deveres podemos afirmar que ele age de boa-fé.

Todavia, há casos em que o administrador não cumpre com tais deveres, em especial com o de obediência e viola o contrato ou estatuto social.

Neste caso, ele comete um ato ilícito. Se do ato ilícito ocorrer um dano, provado o nexo causal entre estes dois elementos e a culpa

*lato sensu*¹³, o administrador se torna responsável civilmente pelos prejuízos.

O ato irregular do administrador pode ser caracterizado como abuso de poder, desvio de poder e excesso de poder¹⁴.

O abuso de poder corresponde a um ato abusivo dos fins da pessoa jurídica, que contraria seu objeto social. A capacidade deferida à sociedade é extrapolada, pois o ato é estranho às atividades desenvolvidas por ela. O exemplo clássico é o da sociedade que tem como objeto social a compra e venda de livros e seu administrador compra um rebanho de ovelhas. Neste caso, não se admite qualquer vinculação da sociedade ao ato abusivo.

O excesso de poder diz respeito ao ato praticado no âmbito das atividades da sociedade, incluído em seu objeto social, mas excedente dos limites estabelecidos para a atuação de seus administradores. Um exemplo que pode ser citado é o da sociedade que possui previsão contratual de duas assinaturas de seus dirigentes para a prática de determinado ato, e somente um o assina, sem que ocorra a hipótese de caso urgente previsto no art. 1.014 do Código Civil¹⁵.

Caracteriza o desvio de poder aquele ato praticado de forma aparentemente legal, mas com finalidade diversa da prerrogativa dos poderes conferidos ao administrador da sociedade.

Em suma, podemos afirmar arrimados na doutrina de MODESTO CARVALHOSA¹⁶, que os atos praticados pelos administradores

13 A culpa *lato sensu* é composta pela culpa *strictu sensu* (comportamento negligente, imprudente e sem perícia), e pelo dolo (a intenção de causar o dano ou assumir o risco de produzi-lo).

14 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.20/21.

15 Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.

16 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Op. cit., p. 19.

configuram atos da própria sociedade, que seus poderes decorrem da lei e são resultantes da existência da própria pessoa jurídica.

3.2. A Posição do Administrador Face à Sociedade

Outro aspecto a se considerar é a posição do administrador face à sociedade. Em princípio, o administrador da sociedade não é auxiliar, preposto e nem empregado da pessoa jurídica da sociedade. Se for, entretanto, um diretor de sociedade por ações, empregado elevado ao cargo de administração, dependerá, para se afirmar ou não a existência de subordinação jurídica ou relação estatutária, da constatação da presença de elementos do art. 3º da CLT. O referido dispositivo determina que há subordinação quando existe a prestação de serviços não eventual e sob dependência, por pessoa física ao empregador, mediante o pagamento de salário.

O administrador também é subordinado, segundo FÁBIO ULHOA¹⁷, mas diferente do previsto na CLT. Ocorre subordinação societária, de órgão para órgão, diversa da pessoal que configura a relação de emprego. O diretor está submetido ao conselho de administração e à assembléia geral, órgãos que podem destituí-lo do cargo a qualquer tempo, muito embora não haja controle destes em relação à jornada de trabalho daquele. Como afirmado, todavia, verifica-se a dependência societária e não a dependência trabalhista.

BUENO MAGANO¹⁸ também é de opinião de que o diretor é empregado, tendo em vista a sua subordinação aos acionistas do conselho de administração.

DÉLIO MARANHÃO¹⁹ e SALLES DE TOLEDO²⁰ defendem a

17 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2: *direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 241/244.

18 MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTR, 1984, pp. 115/123.

19 MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: FGV, 1978, PP. 62/63.

20 TOLEDO, Paulo Fernando Salles. *O conselho de administração na sociedade anônima*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 45.

corrente contrária segundo o entendimento de que o diretor, ao ser eleito para o funcionamento da sociedade, mormente a sociedade anônima, não pode ser reputado empregado, pois ele age de acordo com a própria convicção pessoal.

O Tribunal Superior do Trabalho ao se posicionar sobre o tema, expediu o Enunciado 29: “o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

4. Da responsabilidade do administrador da sociedade simples

A pessoa jurídica da sociedade, seja ela simples, limitada ou anônima tem existência distinta da pessoa do administrador, o seu patrimônio não se confunde com o da pessoa natural que a gerencia. O patrimônio da sociedade responde, portanto, pelas próprias obrigações.

A regra geral é que somente são imputáveis à pessoa jurídica da sociedade os atos praticados em seu nome pelo representante legalmente constituído nos limites dos poderes que lhe forem atribuídos pelo contrato social ou estatuto.

Ocorre que, em determinados casos, o administrador pode extrapolar os limites dos poderes que lhe foram conferidos pelo contrato social ou eventualmente violar a lei. Em ocorrendo tal hipótese, em princípio, verifica-se a responsabilidade do administrador perante a sociedade e perante terceiros.

Os arts. 47²¹, 116²², e 118²³ do Código Civil limitam a respon-

21 Art. 47. *Obrigam a pessoa jurídica aos atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.*

22 Art. 116. *A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.*

sabilidade pelos atos praticados pelo administrador ao representar a pessoa jurídica da sociedade simples e limitada: essa é a regra geral. Para a sociedade anônima aplica-se a regra dos arts. 158, II e 159 da Lei nº 6.404/76.

A sociedade pode eximir-se, no entanto, da responsabilidade do cumprimento de ato de gestão cometido com excesso pelo administrador, segundo o art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil, quando:

- a) provar que o terceiro sabia das limitações de seus poderes;
- b) quando os poderes estiverem inscritos ou averbados no registro próprio;
- c) quando se tratar de operação evidentemente estranha ao objeto social da sociedade.

Assim, nesses casos, pode-se considerar que há a presunção, de modo absoluto, da existência da má-fé do terceiro ao permitir que a sociedade não fique vinculada por tais atos, desprestigiando a proteção dos terceiros que contratam com a sociedade.

Dessa forma, o art. 1.015 do Código Civil está na contramão de reiterada jurisprudência e representa um enorme retrocesso com a possível exclusão da responsabilidade da societária pelos atos praticados pelos administradores, em detrimento dos limites contratuais dos poderes dos administradores.

Até então a posição do STJ²⁴ era a de não prestigiar o estabelecido no art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil:

23 Art. 118. *O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representante, a sua qualidade e extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.*

24 REsp. 448 471/MG — Relª. Minª. Fátima Nancy Andriahi. 3ª Turma, STJ — DJ 14.04.2003.

O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio; ii) o terceiro conhecia o excesso do mandato; iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica.

Essa é ainda a posição doutrinária sobre a temática, segundo o Enunciado 29 da III Jornada de Direito Civil, o qual preleciona que a teoria dos atos *ultra vires* deverá ser entendida com ressalvas que serão esclarecidas no item n. 6, adiante.

De modo geral, o contrato social costuma impor restrições contratuais aos poderes dos administradores. Nesses termos, se o contrato proíbe a prática de determinado ato e o administrador contraria tal disposição, quem irá responder pelo ato será o administrador por si só, não ocasionando a vinculação da pessoa jurídica.

O exemplo mais corriqueiro de que se tem notícia é a proibição de prestação de aval ou fiança pela sociedade. Em princípio, não haveria nenhum óbice à prestação dessa garantia, mas, se há restrição contratual, quem responde pessoalmente é o administrador ainda que em regresso.

Diante dessa disciplina, o ideal seria sempre a necessidade de análise do contrato da sociedade a fim de verificar-se a extensão dos poderes dos administradores.

Não constitui boa técnica de gestão empresarial e nem é razoável, entretanto, obrigar-se o terceiro a cada operação que for contratar com a sociedade examinar o contrato social para verificar os limites dos poderes do administrador.

A dinâmica das relações empresariais aliada à proteção da boa-fé sempre indicaram a aplicação da teoria da aparência a fim de vincular a sociedade a cumprir suas obrigações ainda que em decorrência do excesso de poderes de seus administradores.

Seria exigência demasiada nas operações comerciais realizadas em massa, sem o rigor do formalismo, exigir-se do terceiro que peça a exibição do contrato social com o fito exclusivo de percepção dos limites dos poderes dos administradores. Se o ato praticado pelo responsável da sociedade parece regular é assim que ele deve ser visto e considerado. O terceiro de boa-fé que contratou com a sociedade, acreditando na regularidade da operação, deve ser prestigiado.

É dessa forma a posição do STJ²⁵ quando afirma “que é válida a fiança prestada por sócio-diretor de empresa com poderes de administração, sendo certo que a existência de vedação no contrato social pertence às relações entre os sócios, não tendo o condão de prejudicar o terceiro de boa-fé”.

4.1. Dos Terceiros de Má-Fé

Se o terceiro procede de má-fé, não há proteção a ser conferida eis que não há aparência a ser protegida. Conhecia o excesso de poderes e, mesmo assim, ignorou o abuso ao contratar com a sociedade. Não há dúvidas de que, nesse caso, a posição do terceiro de má-fé deve ser desprestigiada. Não há nenhuma novidade, na medida em que não haveria aparência a ser protegida diante da má-fé do terceiro.

Diz-se que a má-fé²⁶ é a conduta desleal, moralmente desonesta, com o fim de ludibriar outrem em proveito próprio ou de terceiro.

No magistério de DE PLÁCIDO E SILVA²⁷,

25 REsp. 180 201/SP — Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª Turma — STJ — DJ 13/09/99.

26 In NEVES, Batista Iêdo. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro: APM Editora, 1987, s/p.

27 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 124/125.

A má-fé, decorre, pois, do conhecimento do mal que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é.

A má-fé, assim, é revelada pela ciência do mal, certeza ou engano ou do vício, contido no ato ou conduzido pela coisa.

Assim, se pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, verificasse que a pessoa tinha conhecimento do mal, estava ciente do engano ou da fraude contidos no ato, e, mesmo assim, praticou o ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo.

E quando não haja razão para que a pessoa desconheça o fato em que se funda a má-fé esta é, por presunção, tida como utilizada.

Os atos feitos de má-fé são inoperantes: não recebem força legal, ou são nulos, ou podem ser anulados.

Não há razão alguma para prestigiar a pessoa que agiu de má-fé, e, por uma questão de coerência lógica, o Direito sempre assim entendeu.

4.2. Da Teoria dos Atos *Ultra Vires*

A terceira hipótese prevista no parágrafo único, alínea “c”, do art. 1.015 do Código Civil é quando se tratar de operação evidentemente estranha ao objeto social da sociedade.

Quando o ato é completamente estranho ao objeto da sociedade, pode ser considerado como ato *ultra vires*, e, assim, não se imagina que terceiros acreditem que se trata de ato da sociedade. Por conseguinte, quem deve responder por ele é o administrador que o praticou e não a sociedade.

A aplicação da teoria dos atos *ultra vires* vigeu no revogado art. 316 do Código Comercial de 1850, que era aplaudida pelos doutrinários pátrios como REQUIÃO²⁸, que cita o exemplo de uma socie-

28 REQUIÃO, Rubens. *Curso* cit., p. 394.

dade cujo objeto social era o comércio de tecidos e compra cereais de montão: a firma não obrigaria a sociedade, e o terceiro não poderia alegar boa-fé. Pode ocorrer nesse caso específico que a sociedade tenha comprado cereais porque ela entendeu por bem fornecer refeições *in natura* a seus empregados ao invés de vale refeição.

Outro exemplo é relativo à sociedade que compra e vende produtos alimentícios como frutas, legumes e verduras, o chamado “sacolão”; se o administrador pretender efetuar uma reforma de ampliação do local, com a construção de estacionamento, e em nome da pessoa jurídica são comprados materiais de construção como tijolos, cimento e material para cobertura do estacionamento, estariam fora do objeto social os cumprimentos de tais obrigações?

Percebe-se claramente que não é tão clara a questão de definir-se o que esteja ou não dentro do objeto social. Daí a razão de várias legislações alienígenas terem repellido essa teoria, o que levou à redução acentuada de sua aplicação.

No Direito italiano, GALGANO²⁹ e FERRARA³⁰ defendem a tese de que não pode a sociedade opor-se ao terceiro de boa-fé, alegando que o ato é estranho ao objeto social.

Esse, em nossa opinião, deveria ser o entendimento a ser aplicado ao conflito de interesses da sociedade e dos terceiros de boa-fé. A segurança das relações empresariais estaria preservada com a proteção do tráfico jurídico, ainda que houvesse pelo contrato social excesso ou proibição dos atos praticados pelo administrador. Este ficaria responsável, em um segundo momento, pelo cumprimento da obrigação arcada pela sociedade. A sociedade somente ficaria excluída do cumprimento da obrigação se constatada a má-fé do terceiro que com ela contratou.

29 GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. V 3, t. 1. Padova: CEDAM, 1999, p.277.

30 FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315.

Não foi essa, porém, a solução adotada pelo Código Civil que, em um evidente retrocesso, acolheu a teoria dos atos *ultra vires*, como já afirmado, ao entender que a sociedade não se vincula se os atos forem evidentemente estranhos ao objeto social³¹.

Na Inglaterra³², origem da teoria em comento, os julgados mais antigos entendiam que a sociedade não responderia pelo ato *ultra vires* praticado pelo seu administrador. Os julgados mais recentes entendem que a sociedade responde, sim, pelos atos *ultra vires* praticados pelo seu administrador.

Na dinâmica do século XXI, todavia, na opinião de CORRÊA-LIMA³³, a teoria dos atos *ultra vires* erigida pelo parágrafo único, do art. 1.015, Código Civil de 2002, pode ser compreendida da seguinte forma:

(...) os julgados mais antigos entendiam que a sociedade não responde pelo ato *ultra vires* praticado pelo seu administrador. Os julgados mais recentes entendem que a sociedade responde pelos atos *ultra vires* praticados pelo seu administrador. (...) A moderna teoria *ultra vires* considera o dinamismo da vida empresarial. Reconhece ser impossível exigir, de quem contrata com a sociedade, principalmente com a sociedade empresária, o exame e a avaliação dos poderes contratuais ou estatutários dos administradores a cada transação. E procura proteger a boa-fé de terceiros que contratam com a sociedade, acreditando na palavra de seu representante (...). Essa forma de interpretação, além de mais justa, sintoniza-se com a filosofia do Código Civil. (...) A correta aplicação dessa moderna teoria não tem absolutamente nada a ver com o arbítrio judicial ou com a formação de uma jurisprudência *contra legem*. Muito ao contrário, contribui significati-

31 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. I, São Paulo: Atlas, 2008, p. 304.

32 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 66.

33 *Idem, ibidem*, p. 66.

vamente para a formação de uma jurisprudência mais acertada, mais realista e mais justa.

Em suma, para o consagrado autor, a interpretação da moderna teoria dos atos *ultra vires* não contraria a lei. Simplesmente preconiza uma exegese que, em situações fáticas peculiares e excepcionais, privilegie o espírito da lei e aplique os princípios da boa-fé, o não prejudicar outrem e o dar a cada um o que é seu³⁴.

4.3. Da Teoria da Aparência

A partir da teoria em comento, o Direito Comercial/Empresarial aceita o sacrifício da realidade em proveito da aparência, ao garantir que a sociedade responda por qualquer ato, em seu nome praticado, diante de terceiros de boa-fé. Estes são as pessoas que contratam com a sociedade por intermédio do administrador, ao acreditar que este atua nos limites de seus poderes, e que o negócio celebrado faz parte do objeto social da sociedade. Esta teoria procura satisfazer a necessidade da vida comercial, a rapidez e a segurança.

A dinâmica da vida comercial não permite que a todo momento o empresário examine o estatuto social ou o contrato social das sociedades com as quais contrata, para verificar se há exorbitância dos poderes por parte dos administradores.

A sociedade pratica diariamente negócios mediante os quais ela pretende auferir lucros, e em decorrência se lhe apresentam situações em que a prática de atos estranhos ao seu objeto é aconselhável ou inevitável, obrigando-a a atuar para não perder a oportunidade.

Assim, de acordo com essa teoria, a sociedade responde perante terceiros pelos atos abusivos e excessivos praticados pelo admi-

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 73.

nistrador, quando i) houver tirado proveito do ato; ii) houver ratificado o ato; iii) o ato atingiu terceiro de boa-fé³⁵.

É assegurado o direito de regresso contra o administrador que praticou os atos abusivos ou excessivos, garantindo à sociedade reaver o valor do prejuízo causado.

A sociedade responde perante terceiros, e, regressivamente acerta contas com o administrador que extrapolou seus poderes. Em suma, pela teoria da aparência o administrador pode ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos causados à sociedade.

5. Da responsabilidade do administrador da sociedade limitada

Na sociedade limitada, a responsabilidade pessoal de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas há solidariedade pelo cumprimento da integralização de todo o capital social.

Usualmente, a administração social é deferida a um ou mais sócios, mas não há vedação à designação de administrador não sócio. O que se exige, nesse caso, é o quórum de aprovação que deverá ser de 2/3 se íntegro o capital social. Enquanto o capital social não estiver integralizado, a designação só se efetivará mediante a aprovação unânime dos sócios.

Os administradores representam a sociedade e, desde que não extrapolem os poderes a eles conferidos, os atos são de responsabilidade exclusiva da própria sociedade.

Quando houver o excesso na prática de atos contrários ao contrato social ou contra a lei há o entendimento de TAVARES BOR-

35 ZAITZ, Daniela. Responsabilidade dos administradores de sociedade anônima e por quotas de responsabilidade limitada, *Revista dos Tribunais*, vol. 740, 1998, p.32.

BA³⁶ no sentido de aplicação do art. 1.015, ainda que seja por *culpa in eligendo*: quem tem que suportar o prejuízo são os sócios que escolheram mal o administrador e não os terceiros de boa-fé.

MODESTO CARVALHOSA³⁷ defende a aplicação do art. 1.015, parágrafo único, numa posição calcada no princípio da boa-fé e na teoria da aparência: cabe aos terceiros a análise dos poderes dos administradores na hipótese de atos de gestão extraordinária, e não há a obrigação de tal cuidado no caso de administração ordinária.

Para FÁBIO ULHOA³⁸ a solução depende do caso concreto; se se tratar de aplicação supletiva das regras da sociedade simples, afasta-se a responsabilidade da sociedade, com a aplicação do art. 1.015, prevalecendo a teoria dos atos ultra vires. Se a aplicação supletiva for a da lei da sociedade anônima, predomina a teoria da aparência.

SÉRGIO CAMPINHO³⁹ defende a posição de que a sociedade não responde perante fornecedores e instituições financeiras e de crédito, mas se obrigará perante consumidores de boa-fé se o ato gozar de aparência suficiente para vincular a sociedade.

Em relação à sociedade limitada, não há solução clara se deve ou não aplicar-se o novo regime. Dependerá de conhecer quais normas serão ministradas supletivamente, as da sociedade simples ou as da lei da sociedade anônima. Demandará sempre, portanto, a consulta ao contrato social para saber essa questão, o que, consequentemente permitirá também o conhecimento da extensão dos poderes dos administradores.

36 BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 106.

37 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários cit.*, pp. 141/142.

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

39 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 256.

6. Da responsabilidade do administrador da sociedade anônima

A sociedade anônima tem como característica a divisão do capital em ações e a limitação da responsabilidade dos sócios ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Os administradores da companhia tem, segundo CORRÊA-LIMA⁴⁰, basicamente, três deveres: obediência à lei e ao estatuto, diligência e lealdade, além de regras menores, dessas derivadas, que não devem ser olvidadas.

Obediência significa respeito, acatamento, submissão à lei e ao estatuto social. O administrador não responde pessoalmente por ato regular de gestão e pelas obrigações contratadas em nome da companhia. Responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar quando proceder com violação da lei ou do estatuto (art. 158, inc. II).

...Diligência significa cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza. ... Diligência é mais que mera prudência.

Lealdade significa sinceridade, franqueza, honestidade.

O administrador da companhia deve empregar, portanto, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dedicar na administração dos seus próprios negócios nos termos do art. 153 da Lei da Sociedade Anônima.

Se ele ultrapassa os limites dos poderes que lhe foram conferidos pelo estatuto social ou infringe a lei, ele pode ser pessoalmente responsável pela prática de atos ultra vires de acordo com os arts. 158, II, e 159, da Lei nº 6.404/76.

SÉRGIO CAMPINHO⁴¹ cita o exemplo que dá a exata dimensão desse excesso: se o contrato social estipula que é necessária a assinatura de dois sócios para obrigar a sociedade, e somente um dos

40 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 227/228.

41 CAMPINHO, Sérgio. *O direito cit.*, p. 107.

sócios firma uma nota promissória em nome da pessoa jurídica, poderá a sociedade alegar o excesso cometido a fim de eximir-se da obrigação. Basta provar que a limitação dos poderes estava prevista em cláusula do estatuto, inscrito no registro próprio.

Pela teoria dos atos *ultra vires*⁴², como já exposto, o ato realizado pelo administrador, estranho ao objeto social, não responsabiliza a sociedade a cumprir a obrigação assumida. A responsabilidade pelo adimplemento da obrigação será do administrador que praticou aquele ato, ex vi dos arts. 158, II, e 159, da Lei nº 6.404/76.

O terceiro, teoricamente, ficaria obrigado a verificar, perante a junta comercial, qual o objeto declarado no estatuto social, antes de firmar compromissos com a sociedade, sob pena de o ato ser considerado inimputável à pessoa jurídica quando efetivamente extrapolasse os limites de seu objeto. Assim, apenas a pessoa do administrador poderia ser responsabilizada pelos atos que, em princípio, seriam da sociedade de acordo com a citada teoria. Verifica-se, entretanto, que a sociedade pode se deparar com situações nas quais a prática de atos estranhos ao objeto social é aconselhável ou até mesmo inevitável. Além disso, não é razoável, ou melhor, é impraticável exigir-se que o terceiro contratante verifique e avalie os poderes estatutários das sociedades a cada transação.

No decorrer do século XX, os tribunais amenizaram o rigor da aplicação da teoria dos atos *ultra vires*, passando, então, a entender que o mais importante era a proteção do terceiro de boa-fé, contratante da sociedade, em vez da segurança do acionista. A explicação é lógica: na dinâmica e na celeridade indispensáveis às relações econômicas, exigir o prévio conhecimento dos atos de registro da sociedade que comprovam os limites do objeto social era e é, no mínimo, absurdo. Aplicando-se a teoria da aparência, fica a sociedade respon-

42 A tradução literal da expressão *ultra vires* é além das forças. Logo, ato *ultra vires* é o praticado pelo administrador (além das forças) fora dos limites dos poderes estipulados no contrato social.

sável pelos atos exercidos à margem do objeto societário desde que o terceiro contratante esteja atuando de boa-fé.

Durante a “III Jornada de Direito Civil”, promovida e patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal⁴³, foi aprovado o Enunciado n. 219, que reza o seguinte:

Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76).

O que se constata é que a aplicação da teoria dos atos *ultra vires* constitui retrocesso injustificável e pode causar sérios prejuízos à atividade econômica e ao tráfico jurídico.

7. Conclusão

Podemos afirmar em conclusão que, pelos atos regularmente praticados pelos administradores e prepostos, há sempre vinculação da sociedade. Entretanto, quando os administradores extrapolarem os seus poderes, a solução pode variar.

Na resolução dos conflitos deve ser analisado o contexto em que o ato foi realizado: as informações conhecidas pelo terceiro, a

⁴³ O enunciado acima referido não expressa o entendimento do STJ nem do Conselho da Justiça Federal. Exprime, contudo, o resultado do entendimento majoritário da comissão de juristas que o debateu na “III Jornada de Direito Civil”, realizada em Brasília, em dezembro de 2004.

forma como o administrador atuou, as reais condições das partes. As peculiaridades das relações mercantis não devem permitir que se estabeleça critério que exclua o terceiro de boa-fé.

Aplica-se a teoria da aparência nas companhias, vinculando a sociedade sempre que o ato tiver a aparência de regular *ex vi* do disposto no art. 158, II, da Lei n. 6404/76.

Nas sociedades simples e limitadas, a prática do ato *ultra vires* não produz efeito somente em relação à sociedade, podendo a pessoa jurídica ratificá-lo por meio de seu órgão deliberativo.

Pode-se admitir que, em casos concretos, os poderes implícitos dos administradores, para realizar atividades negociais acessórias ou conexas ao objeto social, não sejam considerados como estranhos aos negócios sociais e, sim, vinculados.

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DAS ESCOLHAS RAZOÁVEIS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS SOBRE SUCESSÃO NAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR¹

DEMOCRACY AND LEGITIMACY OF REASONABLE CHOICES MADE BY THE LEGISLATIVE POWER. CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLES OF THE CORPORATE RECOVERY LAW ON THE SUCESSION OF DEBTOR'S OBLIGATIONS

Luís Roberto Barroso

Resumo: O presente estudo sustenta a constitucionalidade dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei de Recuperação de Empresas: no plano formal, porque não se prevê rompimento automático da relação empregatícia nem medidas de proteção contra dispensa imotivada, o que submeteria a matéria à reserva de lei complementar prevista pelo art. 7º, I, da Constituição; no plano material, pois não houve desproporcionalidade no sopesamento, subjacente à opção legislativa, dos diversos interesses envolvidos e constitucionalmente tutelados, dentre os quais se inserem as garantias dos trabalhadores.

Palavras-chave: Sucessão em obrigações trabalhistas. Falência e recuperação judicial. Lei de recuperação de empresas. Constitucionalidade.

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos e Viviane Perez.

Abstract: This study supports the constitutionality of articles 60, sole paragraph, and 141, II, of the Corporate Recovery Law: formally, because it establishes neither the automatic rupture of the labor relationship nor measures of protection against unjustified discharge which, in that case, would determine that the matter should be ruled by a complementary law (Brazilian Constitution, article 7, D); materially, because the legislative choice was not disproportional, as it took into consideration all of the involved and constitutionally protected interests, among which workers' guarantees are included.

Keywords: Succession of debtor's obligations. Bankruptcy and legal recovery. Corporate recovery law. Constitutionality.

Sumário: I. Introdução; I.1. Da não sucessão dos ônus trabalhistas na hipótese de empresa em recuperação judicial. Compreensão dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei nº 11.101/2005; I.2. Convivência entre princípios constitucionais, espaço do legislativo e revisão judicial. II. Validade da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas; II.1. O debate público sobre a matéria e a elaboração da Lei nº 11.101/2005; II.2. Constitucionalidade material da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas: opção razoável do legislador considerando os princípios constitucionais relevantes; II.3. Constitucionalidade formal. Competência da lei ordinária. III. Conclusão.

I. Introdução

A constitucionalidade dos arts. 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei nº11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências)², foi questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF³, ajuizada em agosto de 2007. Essa ação funda-se em

2 Com fundamento nos quais se garante ao adquirente de ativos pertencentes à empresa em recuperação que ele não será sucessor, nas dívidas trabalhistas, da empresa devedora.

3 O relator do caso é o Min. Ricardo Lewandowski. Na ação, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 141, I, da Lei nº 11.101/05 e a interpretação conforme do art. 60,

dois argumentos principais⁴: (i) as disposições legais referidas violariam as garantias constitucionais dos trabalhadores, que restariam desamparados tanto no que diz respeito ao recebimento dos eventuais créditos trabalhistas em face do devedor em crise, quanto na manutenção de seus empregos; e (ii) elas violariam, ademais, o art. 7º, I, da Constituição Federal⁵, pois implicariam em rescisão imotivada do contrato de trabalho, para o que seria necessária a edição de lei complementar. Essa a dicção dos dispositivos legais em questão:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II — o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

A previsão legislativa, porém, não é incompatível com a Constituição. E isso tanto sob o ponto de vista material — já que a escolha

parágrafo único, da mesma lei, a fim de excluir as obrigações trabalhistas da abrangência desse dispositivo.

4 Cf. p. 8 da petição inicial de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF

5 CF, art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

feita pelo legislador é razoável, considerando os vários elementos constitucionalmente relevantes, inclusive o interesse na proteção dos trabalhadores —, quanto sob o ponto de vista formal — pois a disciplina da matéria poderia validamente ser feita por lei ordinária. As razões que conduzem a tal conclusão serão expostas na seqüência. Antes, porém, e ainda a título de introdução ao tema, duas notas prévias parecem necessárias.

1.1. Da não sucessão dos ônus trabalhistas na hipótese de empresa em recuperação judicial. Compreensão dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II da Lei nº 11.101/2005

A Lei nº 11.101/2005 previu dois procedimentos a serem adotados pela empresa em crise econômico-financeira: a recuperação, judicial ou extrajudicial⁶, e a falência. A primeira substituiu a antiga concordata, que tinha a natureza jurídica de um favor legal⁷, para permitir uma solução negociada entre o devedor em dificuldades e seus credores. Em linhas gerais, o objetivo da nova lei é “favorecer a recuperação de empresas realizáveis na mesma medida e proporção em que visa eliminar rapidamente as empresas sem boas perspectivas econômicas, de tal sorte a preservar o pagamento imediato dos seus credores, ainda que minimamente”⁸. Para tanto, a Lei nº 11.101/05

6 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 24: “O instituto da recuperação extrajudicial, também chamado de ‘concordata branca’, propicia a negociação direta entre credor e devedor, com a clara intenção de eliminar custos e burocracias decorrentes da intervenção de terceiros”.

7 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11: “A concordata, na esteira do Decreto-Lei nº 7.661/45, não exibia feição contratual. Sua natureza era a de um favor legal. Os credores a ela então sujeitos, os quirografários, não eram chamados a manifestarem suas vontades. Preenchendo o devedor os requisitos pela lei impostos, passava ele a fazer jus a esse favor, dirigindo ao juiz a sua pretensão, que, por sentença, a deferia”.

8 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 23.

introduziu uma série de inovações em relação ao diploma anterior (o Decreto-Lei nº 7.661/69), de modo a otimizar os recursos do devedor em crise, profissionalizar sua administração, modernizar o processo e reduzir os juros bancários⁹.

O tema envolve a aquisição de unidade produtiva de empresa que se encontra em recuperação judicial e as conseqüências dessa alienação sobre as obrigações do devedor em recuperação, especialmente no que diz respeito às dívidas trabalhistas. A matéria encontra disciplina expressa na Lei nº 11.101/05 e encerra precisamente uma das inovações previstas para otimizar os recursos do devedor em crise. Confira-se, mais uma vez, por relevante, a dicção do já transcrito art. 60 da Lei:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

A legislação anterior não dispunha de comando específico definindo se haveria ou não sucessão nas obrigações remanescentes do devedor. O objetivo da inovação introduzida pela Lei nº 11.101/05 parece bastante evidente. Em *primeiro* lugar, garantir que o adquirente não estará vinculado a ônus passados é regra que procura tornar mais atraente a operação do ponto de vista econômico, aumentando as chances de acúmulo de capital para a concretização de uma possível recuperação. Em *segundo* lugar, a norma reforça a segurança jurídica, na medida em que permite a identificação precisa do responsá-

9 COELHO, Fábio Ulhoa. Falências: principais alterações. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 83, 2005, p. 51-55.

vel pelas obrigações do devedor em recuperação na hipótese de alienação de seus ativos ou fundo de comércio¹⁰.

Uma primeira questão sobre o tema envolve justamente a regra legal acerca da existência ou não de sucessão nas obrigações trabalhistas do titular anterior. A indagação surgiu pelo fato de o dispositivo transcrito não fazer menção, de forma expressa, às obrigações trabalhistas, como faz em relação às dívidas de natureza tributária. Com efeito, a garantia de não sucessão nas dívidas trabalhistas está prevista de forma expressa apenas para a hipótese de alienação de ativos no âmbito de falência já declarada, conforme a disciplina do também já transcrito artigo 141, inciso II, da mesma Lei¹¹. Confira-se:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II — o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de

10 “Fundo de comércio” é uma das designações dadas ao “estabelecimento”, assim como “estabelecimento empresarial”, “estabelecimento comercial” e “fundo de empresa” (v. CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 314). A noção de estabelecimento empresarial, denominação dada por Sérgio Campinho (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 313), pode ser assim explicitada: “O empresário, pessoal natural ou jurídica, deverá estar devidamente aparelhado para o exercício de sua empresa. Nessa exploração da atividade econômica organizada, utiliza-se o seu titular de um conjunto de elementos, materiais ou imateriais, sem o que não logrará êxito em desempenhá-la. A esse complexo de bens, disposto segundo a vontade do empresário individual ou da sociedade empresária, que lhes serve de instrumento de realização de sua empresa, é que se denomina de estabelecimento”. No mesmo sentido, v. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 63.

11 Nesse sentido, FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. Da arrecadação, avaliação e realização do ativo. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 83, 2005, p. 70-71: “(...) o grande temor de qualquer arrematante judicial sempre foi o justo receio da sucessão, tornando-o responsável por eventuais dívidas do falido, mas esta disposição legal demonstra claramente que a determinação do legislador foi a de afastar qualquer dúvida neste sentido (...) isentando o arrematante da chamada responsabilidade sucessiva no âmbito trabalhista e fiscal”.

natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Afastando a dúvida, a doutrina especializada e a jurisprudência vêm consagrando o entendimento de que também as obrigações trabalhistas estão abrangidas pela regra do art. 60 da Lei nº 11.101/05. E isso como decorrência de três razões cumulativas. Em *primeiro* lugar, as dívidas trabalhistas já estariam incluídas na expressão “livre de qualquer ônus” contida no dispositivo¹². Em *segundo* lugar, os efeitos da alienação na recuperação judicial e na falência são equiparáveis. Ou seja: a lei exclui do mundo jurídico a sucessão trabalhista para os adquirentes de ativos de empresas que estejam passando por qualquer desses dois processos¹³. Por fim, em *terceiro* lugar, a ausência de sucessão nas obrigações do devedor em crise, inclusive as trabalhistas, surge como uma necessária dedução lógica. Isso porque não faria

12 Nesse sentido, v. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175: “Apesar da omissão, sustentamos que **a isenção quanto à sucessão do arrematante é ampla e atinge todas as obrigações, inclusive aquelas de feição trabalhista**. O texto, ao se referir tão-somente às de natureza tributária, traduz uma oração explicativa. Qualquer limitação de obrigação deveria ser expressa. (...) A explicitação em relação àquelas de origem tributária, de outra feita, decorre do fato de que os créditos tributários não se submetem ao processo de recuperação”; e PACHECO, José da Silva Pacheco. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167: “De acordo com o expressamente determinado pelo parágrafo único do art. 60, a filial ou unidade produtiva isolada, que for alienada a terceiro em hasta pública, será por este recebida **livre de qualquer ônus**. O arrematante deve receber o bem que lhe foi alienado sem qualquer ônus, não respondendo ele pelas obrigações do devedor referentes à filial ou unidade adquirida. **Não sucede o arrematante nas obrigações do devedor, ainda que se trate de obrigação tributária, de acidente de trabalho ou decorrente da legislação trabalhista**” (grifos do autor). Na mesma linha, v. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180; e COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

13 Nessa linha, v. ANDRADE, Carlos Roberto Fonseca de. O direito do trabalho e a Lei de Recuperação de Empresas. In: SANTOS, Paulo Penalva e GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (orgs.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

sentido o comprador responder por qualquer dívida do antigo proprietário do bem, filial ou unidade produtiva da empresa, se o valor pago será revertido exatamente para o pagamento desses credores¹⁴.

Na jurisprudência, o único caso de relevo trata da recuperação judicial da Varig S.A. e da aquisição de seus ativos. Diversas causas envolvendo a discussão sobre a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas da Varig S.A. foram examinadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Dentre os acórdãos relacionados ao caso, um merece destaque, proferido em agravo de instrumento interposto contra julgado que não reconheceu a arrematante dos ativos da Varig S.A. como sucessora nas obrigações trabalhistas anteriores¹⁵. O recurso foi negado com fundamento exposto na previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei nº11.101/2005, destacando-se o fato de que se tratava apenas de leilão de uma unidade produtiva:

Leilão da VARIG que envolveu unidade produtiva, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Inteligência do artigo 60 parágrafo único da Lei nº 11.101/05.

Embora os Tribunais Superiores ainda não tenham examinado o tema de forma detida, o STJ já teve oportunidade de se manifestar, indiretamente, no sentido da validade das regras previstas pela Lei nº 11.101/05 sobre a matéria, ao examinar conflitos de competência que lhe faziam referência¹⁶. Em uma das hipóteses, tratava-se de um con-

14 V. MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132-133.

15 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2006.002.23927 — Relator: Jair Pontes de Almeida — julg. em 10.07.07. In Diário Oficial de 19.07.2007.

16 V., e.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 61.272/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 25.04.2007. In Diário da Justiça de 25.06.2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 77.396/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 14.11.2007. In Diário da Justiça de 10.12.2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 73.380/SP. Relator Ministro Quaglia Barbosa. In Diário da Justiça de 21.11.2008;

flito de competência entre uma vara trabalhista e a vara empresarial responsável pelo processo de recuperação da Varig S.A.. Os magistrados de primeira instância manifestaram opiniões opostas sobre o tema da sucessão nas dívidas trabalhistas. O juiz de direito, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05, decidiu que a arrematante da unidade produtiva não teria o dever de assumir as obrigações trabalhistas da Varig. O juiz do trabalho, por sua vez, entendeu que a arrematante desse ativo se tornaria responsável pelas obrigações trabalhistas da empresa em recuperação, a despeito do que decidiu o magistrado da vara empresarial. Ao apreciar o conflito suscitado, o STJ declarou competente o juiz de direito responsável pela condução da recuperação, preservando assim a decisão no sentido da inexistência de sucessão nas dívidas trabalhistas. Confira-se:

A Lei nº 11.101, de 2005, não teria operacionalidade alguma se sua aplicação pudesse ser partilhada por juízes de direito e juízes do trabalho; competência constitucional (CF, art. 114, incs. I a VIII) e competência legal (CF, art. 114, inc. IX) da Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e provido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro¹⁷.

Pois bem. Considerando o que se acaba de expor acerca da posição da doutrina especializada e da jurisprudência produzida até o momento, parece correto entender que a Lei nº 11.101/05 dispõe no sentido de não se verificar a sucessão nas obrigações trabalhistas do devedor também nos casos de aquisição de ativos, unidade produtiva ou mesmo fundo de comércio de empresas em recuperação judicial. Estabelecida essa premissa inicial, há ainda uma segunda nota a fazer.

e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 81.922/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. Em 09.05.2007. In Diário da Justiça de 04.06.2007.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 61.272/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 25.04.2007. Diário da Justiça de 25.06.2007.

I.2. Convivência entre princípios constitucionais, espaço do Legislativo e revisão judicial

A impugnação veiculada contra os dispositivos da Lei nº 11.101/05, sobretudo no que diz respeito à suposta inconstitucionalidade material, pretende questionar a validade das opções legislativas tendo em conta o princípio geral de proteção dos direitos do trabalhador. O tema, portanto, envolve a convivência de princípios constitucionais — bem como de diferentes concepções acerca da melhor forma de promover cada princípio —, a ponderação realizada entre eles pelo Poder Legislativo e os limites da revisão judicial em tais hipóteses. O exame dessas questões exige uma brevíssima observação sobre a Constituição e os dois papéis que lhe cabe desempenhar.

Como se sabe, compete à Constituição, em *primeiro lugar*, veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais¹⁸ (ou exigem para isso um procedimento especialmente complexo¹⁹). Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país²⁰, envolvem a garantia de direitos

18 LAVILLA, Ladelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopes (org.). *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 58-72; QUADRA, Tomás de la, PERGOLA, Antonio La, GIL, Antonio Hernández, RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, ZAGREVELSKY, Gustavo, BONIFACIO, Francisco P., DENNINGER, Erhardo e HESSE, Conrado. Métodos y criterios de interpretación de la constitución. In: PINA, Antonio Lopes (org.). *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 134; e SEGADO, Franciso Fernández, La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 121, 1994, p. 77: “(...) los derechos son, simultáneamente, la conditio sine qua non del Estado constitucional democrático”.

19 Isto é: o processo legislativo próprio das emendas à Constituição. No Brasil, o tema é objeto do art. 60 da Lei Fundamental.

20 V. CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um

fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos²¹ e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

Em *segundo lugar*, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve, nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

As noções expostas até aqui correspondem não apenas ao conhecimento convencional na matéria, sob a ótica da teoria constitucional e da teoria democrática, como foram igualmente abrigadas pelo direito constitucional positivo brasileiro. De fato, na Constituição de 1988, determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (art. 60, § 4º) e, mesmo em relação aos temas que estão fora dessa lista de intangibilidade, estabeleceu-se um procedimento legislativo especial para a alteração dos dispositivos constitucionais (art. 60). De outra parte, o texto faz expressa opção pelo princípio democrático e majoritário (art. 1º, *caput*, e parágrafo único), define como princípio fundamental o pluralismo político (art. 1º, V) e distribui competências pelos órgãos do Poder (Título IV, art. 44 e ss.). Há um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, que não pode, e nem deve, ser rompido pelo intérprete constitucional.

constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Porto Alegre, nº 15, 1996, p. 7-17.

21 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 16: “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Até porque, longe de serem conceitos antagônicos, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apóiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambas se destinam, em última análise, a prover justiça e segurança jurídica. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. Esse equilíbrio será especialmente relevante na interpretação dos princípios constitucionais. O ponto merece um registro próprio.

Como é corrente, a Constituição formula, sob a forma de princípios, opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, mas, em geral, não escolhe quais os meios que devem ser empregados para atingir esses fins; mesmo porque, freqüentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo²². Ademais, em uma sociedade plural, não é apenas previsível, mas também natural, que haja opiniões diversas acerca da melhor forma de fazer conviver princípios constitucionais diferentes, sobretudo quando eles incidem sobre realidades complexas e pretendem a realização de fins cuja promoção pode envolver meios variados. Junte-se a isso que, afora outras sutilezas teóricas²³, uma das particularidades das normas-princípios (em oposição às normas-regras) é a abstração de seu enunciado, o que acaba por gerar certa vagueza de conteúdo²⁴. Essa característica acaba por admitir uma expansão quase indefinida de sentido do princípio²⁵, de tal

22 Sobre as normas programáticas, v. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116 e ss.

23 V., dentre outros, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.034-1.035; e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitu-

modo que, ao menos do ponto de vista lingüístico, comportamentos variados podem se abrigar sob sua proteção.

A questão que se coloca a partir da constatação que se acaba de enunciar é, então, a seguinte: quem deve decidir entre as diferentes opiniões existentes sobre a matéria? Em uma sociedade democrática, não há dúvida de que essa definição se encontra no espaço próprio da deliberação política e caberá, como regra, ao Legislativo e, na esfera de sua competência, ao Executivo. Seria incompatível com o sistema constitucional, que tem por princípios fundamentais o pluralismo político e a ordem democrática (CF, art. 1º, V, e parágrafo único²⁶), subtrair do Legislativo a definição das políticas públicas específicas que irão realizar os fins constitucionais, para transferi-la ao Poder Judiciário.

Isso não significa, é bem de ver, que as normas constitucionais que veiculam esses fins não disponham de eficácia alguma. Ao contrário, a doutrina tem desenvolvido modalidades específicas de eficácia jurídica²⁷ para essas situações. São exemplos dessas modalidades a eficácia negativa — pela qual se consideram inválidas normas ou

cionais, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas” (tradução livre).

26 CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

27 Também se a postulação direta em juízo de condutas que integrem o núcleo essencial dos princípios — sem as quais perde sentido o enunciado em questão. Para além desse marco, multiplicam-se os meios disponíveis para a concretização do preceito e diante dessa indefinição, a escolha legítima caberá ao legislador, eleito pelo povo. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

atos que disponham de forma contrária ao fim estabelecido pela Constituição — e a interpretativa — que impõe, dentre as interpretações possíveis de uma norma existente, a opção por aquela que melhor realize a meta constitucional²⁸.

O Judiciário, por certo, está autorizado a invalidar opções legislativas manifestamente incompatíveis com a Constituição. Nada obstante, entre diferentes soluções razoáveis — tendo em vista a pluralidade de opiniões possível sobre determinado assunto dentro da sociedade —, a prioridade na escolha compete ao legislador democrático. Ao Poder Judiciário caberá apenas declarar a nulidade de medidas evidentemente desproporcionais; e o emprego dos três testes associados à exigência da proporcionalidade — consagrados pela doutrina e jurisprudência — será uma ferramenta lógica importante na identificação de opções caprichosas e irrazoáveis²⁹. Se o instru-

28 V. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116 e ss.; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59 e ss.

29 A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª. edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 81 ss. É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o

mento escolhido pela lei não é apto a atingir o fim perseguido (*adequação*); ou se a medida não é necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); ou, por fim, se o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*), o Judiciário poderá intervir para invalidar a decisão tomada pelos demais Poderes³⁰.

Em resumo: a Constituição não ocupa, e nem pode pretender ocupar, todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. Trata-se do que parte da doutrina denomina de autonomia da função legislativa³¹ ou liberdade de conformação do legislador³². A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo.

Antes de concluir esta nota, já é possível fazer uma aplicação preliminar do que se acaba de expor ao tema suscitado. Veja-se que,

que faz, por exemplo, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 798, 2002, p. 23, investe grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

30 Além dessa possibilidade, por natural, o Judiciário sempre poderá invalidar decisões legislativas que violem de forma direta regra constitucional específica ou o núcleo de princípio constitucional, no exercício regular do controle de constitucionalidade.

31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 307 e ss.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 740.

de um lado, a proteção dos direitos do trabalhador³³ é um princípio constitucional da maior relevância; mas, de outro, também o é a preservação da empresa, de modo a que ela cumpra sua função social³⁴. Como conciliar tais elementos constitucionalmente relevantes em um equilíbrio ideal? Considerando apenas a proteção dos direitos do trabalhador, as perspectivas também podem variar. O tema pode ser visualizado, *e.g.*, sob uma dimensão coletiva, tendo em conta, por exemplo, que não há direito do trabalhador se não houver, antes disso, trabalho. Sob essa ótica, a preservação da empresa pode ser entendida como o meio adequado de realizar o princípio constitucional da forma mais ampla possível. Uma outra perspectiva possível é a que visualiza como objetivo principal a máxima proteção de cada trabalhador individualmente considerado: nessa linha, provavelmente outros mecanismos serão cogitados.

Nesse contexto, parece certo que cabe ao Legislativo e ao Executivo, cada qual no âmbito de suas competências, decidir qual a melhor forma, em cada momento histórico, de equilibrar e desenvolver os princípios referidos. Dentre as várias opções razoáveis, não cabe ao intérprete eleger aquela que lhe parece melhor — tendo em conta suas concepções pessoais acerca da matéria — como a única compatível com a Constituição. Do ponto de vista jurídico, portanto, cabe apenas verificar se, além de respeitar as regras constitucionais, a es-

33 Acerca da presença do direito ao trabalho na Constituição Federal, v. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho — Perspectivas histórica, filosófica e dogmático analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90: “Ora, basta um mero passar d’olhos pela nossa Lei Maior para que se verifique a diluição do direito ao trabalho pelos diferentes capítulos do texto constitucional. E, a título exemplificativo, não custa mencionar a positivação da noção de liberdade de trabalhar (art. 5º, XIII), passando pela idéia de manutenção do posto de trabalho (art. 7º, D), sem embargo de ainda existir a consagração de políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento profissional (art. 214, IV) e ao estímulo da produção de empregos (art. 170, VIII)”. O autor vai ainda mais longe, afirmando que há uma “conexão (inevitável) entre direito (fundamental) ao trabalho e o valor da dignidade da pessoa humana” (p. 45).

34 Sobre o assento constitucional do princípio da função social da empresa, do qual se extrai o incentivo para sua preservação, v. PEREZ, Viviane. Função social da empresa. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, nº 4, 2006, p. 141-171; e TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 810, 2003, p. 33-50.

colha dos Poderes competentes é razoável em face dos princípios relevantes e das diferentes concepções sobre a matéria. É isso que se passa a fazer.

II. Validade da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas

II.1. O debate público sobre a matéria e a elaboração da Lei nº 11.101/2005

Antes de examinar a razoabilidade da opção do Legislativo na hipótese, parece importante fazer breve histórico das discussões que levaram, afinal, à aprovação da Lei nº 11.101/05. Sua origem remonta a projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo ainda em 1993³⁵ e elaborado em meio a amplo consenso no sentido de que a antiga lei de falências — o Decreto-Lei nº. 7.661/45 — deveria ser reformada. Com efeito, a doutrina destacava que o objetivo principal do Decreto-Lei nº 7.661/45, em descompasso com o direito comparado e com a realidade econômica e social, era meramente liquidatório³⁶: a norma inviabilizava a reestruturação da empresa em dificuldades, concorrendo para sua quebra efetiva e a conseqüente dispensa de seus funcionários³⁷. Nesse sentido, é especialmente interessante o registro

35 Ao chegar à Câmara dos Deputados, o projeto ganhou o nº 4.376/93.

36 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falências e Concordatas comentada*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31: “No direito brasileiro, em óbvio descompasso com o direito comparado, a segurança do crédito é o escopo final do instituto da falência e se evidencia seja ao garantir aos credores a percepção dos seus haveres, seja ao preservar a *pars conditio creditorum*”.

37 MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22: “A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas,

feito pelo Senador Ramez Tebet, relator, no âmbito do Senado Federal, do projeto que deu origem à Lei nº. 11.101/05:

A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade³⁸.

Uma das preocupações do projeto — em contraste com o que dispunha a antiga “Lei de Falência” — era justamente a preservação da empresa e das atividades produtivas. Para tanto, levou-se em conta que a existência da empresa não atende apenas ao interesse de seus proprietários, mas também a interesses da coletividade, como pólo gerador de empregos, tributos e riquezas³⁹. Na observação do Senador Tebet: “o novo regime falimentar não pode jamais se transformar em bunker das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos”⁴⁰. Os mecanismos da recuperação judicial e da não sucessão de créditos trabalhis-

como também se converteram em verdadeiros instrumentos de própria extinção da atividade empresarial. (...) Com a manutenção do modelo constante do Decreto-Lei 7.661, se extinguiriam, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira”.

38 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 11.

39 MESQUITA, José Luiz de. *Direito disciplinar no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LRT, 1991, p. 37: “(...) a empresa econômica moderna é uma instituição de direito privado que desempenha uma função econômico-social em que, por isso mesmo, predomina sobre o interesse particular de qualquer das partes individualmente tomadas, o interesse social do grupo, devendo ser assegurado, acima de tudo, o bem comum dele, subordinado, naturalmente, ao bem comum da coletividade em geral”.

40 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 11.

tas na hipótese de aquisição de ativos foram inovações propostas com esse objetivo, na medida em que tal garantia estimularia maiores ofertas — aumentando a quantidade de recursos disponíveis para pagamento dos credores em geral e dos trabalhadores em particular — e contribuiria assim para preservar a atividade produtiva e, por conseguinte, os empregos. O ponto é explicado nos seguintes termos pelo Senador Ramez Tebet em seu parecer:

O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos⁴¹.

De 1993, quando apresentado o projeto inicial, a 2005, quando da promulgação da Lei nº 11.101, o projeto foi submetido a inúmeras discussões, no próprio Legislativo, e em vários fóruns da sociedade civil. A rigor, mesmo o projeto inicial resultou de amplos debates travados no âmbito de comissão criada pelo Ministério da Justiça especificamente para o fim de elaborar um projeto de reforma da Lei de Falências, que ouviu várias entidades da sociedade civil sobre a matéria⁴². Encaminhado à Câmara dos Deputados, foi nomeado como

41 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 47.

42 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23: “Essa comissão elaborou a minuta de um anteprojeto, que o Ministério encaminhou a inúmeras entidades para estudo,

relator do projeto o deputado Osvaldo Biolchi que, “antes de elaborar seu parecer, participou de inúmeras entrevistas, conferências e audiências públicas, a fim de ouvir especialistas e entidades”⁴³. Diante das várias modificações, foi apresentado um substitutivo ao projeto inicial que, além de examinado por diversos juristas em trabalhos doutrinários ao longo do tempo, foi tema de estudos, dentre outros, pelo I Congresso Brasileiro de Direito Falimentar, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Após cerca de 10 anos de discussões na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado e enviado ao Senado, onde também foi objeto de debates especialmente amplos, com participação dos diversos setores da sociedade, como registra o parecer do Senador Ramez Tebet:

A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuiram para o aprofundamento do debate⁴⁴.

No Senado Federal, o projeto sofreu novas alterações, retornando, por isso, à Câmara dos Deputados. Lá foi determinada a

análise e sugestões. Uma das entidades que receberam a minuta ministerial foi o Instituto dos Advogados de São Paulo”.

43 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

44 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 12-13.

“constituição de uma Comissão Especial integrada pelas Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de Finanças e Tributação, de Constituição e Justiça e da Cidadania, para exame final do projeto”⁴⁵. Concluída a discussão, o projeto foi finalmente aprovado e sancionado, resultando na Lei nº 11.101/05.

II.2. Constitucionalidade material da previsão de não sucessão das dívidas trabalhistas: opção razoável do legislador considerando os princípios constitucionais relevantes

Da exposição feita no tópico anterior três informações relevantes podem ser extraídas. *Em primeiro lugar*, a edição da Lei nº 11.101/05 foi antecedida de amplos e abrangentes debates no Executivo, no Legislativo e na sociedade em geral. *Em segundo lugar*, para uma quantidade importante de pessoas na sociedade brasileira, os mecanismos previstos pela nova lei — inclusive, e particularmente, a não sucessão nas dívidas trabalhistas — são capazes de promover a continuidade da empresa, preservar empregos e arrecadar um volume maior de recursos, destinado ao pagamento de eventuais dívidas pendentes, inclusive de natureza trabalhista. *Em terceiro lugar*, também outras sociedades entendem dessa mesma maneira, já que a previsão de não sucessão trabalhista está longe de ser uma idiosincrasia nacional⁴⁶.

45 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 27.

46 Na legislação italiana há dispositivo bastante similar ao brasileiro. Confira-se o art. 105 do Regio Decreto nº 267, de 16 de março 1942, com a redação dada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 9 de janeiro de 2006: “*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento*”. Também as legislações francesa (Code de Commerce, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e espanhola (Ley nº 22, de 9 de julho de 2003, Concursal, art. 148) prevêm a alienação das atividades como meio adequado a se atingir e os objetivos gerais de manutenção da empresa e empregos.

Diante desse quadro, e antes mesmo de qualquer outra consideração jurídica, parece insustentável afirmar que a opção do legislador brasileiro é caprichosa, irrazoável ou desproporcional e, por isso, inválida. Eventual discordância em relação à escolha legislativa não é suficiente para tachá-la de inconstitucional: afinal, a unanimidade não é requisito de validade das leis. Há mais que isso, porém. Embora talvez nem fosse necessário, uma breve apreciação jurídica do tema reforça a razoabilidade da opção legislativa contida nos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, que asseguram ao adquirente de ativos de empresas em recuperação judicial a não sucessão nas dívidas trabalhistas dessas últimas.

Um primeiro aspecto da questão deve ser lembrado logo de início. Em momento algum, a Constituição atribui aos trabalhadores um direito específico à cobrança de eventuais créditos contra o adquirente de ativos da empresa empregadora que se encontre em processo de recuperação judicial. Por evidente, não é isso o que se afirma para impugnar a opção legislativa referida acima. A alegação é outra: a sucessão poderia garantir ao trabalhador maior chance de receber seus créditos, já que poderia cobrá-los de seu empregador e da empresa adquirente dos ativos. Nesse sentido, portanto, a sucessão promoveria mais amplamente a proteção do trabalhador. Ou seja: parte-se do princípio da proteção do trabalhador para dele extrair a invalidade da opção legislativa. Nada obstante, boa parte da doutrina especializada — fundada em argumentos bastante consistentes — discorda desse raciocínio em vários de seus pontos.

Com efeito, do ponto de vista econômico, parece evidente que liberar de quaisquer encargos a alienação de ativos da empresa deficitária torna a operação mais atraente, facilitando a arrecadação de recursos aptos a viabilizar sua recuperação. De outra parte, a inexistência dessa garantia diminui consideravelmente a atratividade da aquisição dos ativos, reduzindo em muito a perspectiva de captação dos recursos necessários à sua recuperação, em prejuízo de todos os credores⁴⁷. Agravado seu quadro financeiro, a empresa deficitária

47 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

ver-se-ia na iminência de se encaminhar para a falência, cessando suas atividades. Nessa hipótese, além de perderem a perspectiva da manutenção de seus empregos, seus trabalhadores teriam de ingressar no concurso da massa para receber seus direitos — massa essa reduzida pela ausência de alienação conjunta de ativos relevantes⁴⁸.

Em contrapartida, a aplicação da regra prevista pela Lei nº 11.101/05 incrementa os valores recebidos e destinados ao pagamento dos credores — dentre os quais os trabalhadores — e parece apta a evitar o quadro falimentar. A manutenção da empresa em atividade, por outro lado, amplia a chance da manutenção dos próprios postos de trabalho, afora a possibilidade de esses mesmos trabalhadores serem incorporados pelo adquirente. Sobre o ponto, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) assegurou a nova lei ao adquirente receber o acervo alienado livre das antigas obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, de forma a poder promover o soerguimento da empresa. Ou seja, ao garantir que o arrematante não será considerado sucessor da antiga empresa, a nova lei eliminou definitivamente a anomalia que existia na lei anterior que impedia a retomada da atividade produtiva. **Éramos obrigados a ver perecer vastas unidades produtivas sem nada poder fazer, apenas lamentando o desaparecimento dos postos de trabalho e das fontes de recolhimento de impostos**” (grifos do autor)⁴⁹.

48 Com efeito, é de conhecimento geral que o fundo de comércio, como universalidade, tem o potencial de valer (às vezes, muito) mais que os bens que o compõem, individualmente considerados.

49 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2007.002.08184 — Relator: Fernando Fernandy Fernandes — julg. em 29.01.08. In Diário Oficial de 14.02.2008. No que tange ao artigo 60, parágrafo único, vale ainda destacar um trecho da ementa: “O propósito da nova Lei de Recuperação de Empresas é preservar o funcionamento das unidades produtivas para gerar riquezas para o país e garantir os postos de trabalho. A aquisição de unidades produtivas está protegida pelo art. 60, parágrafo único, da referida lei, que impede que se cobre do arrematante obrigações da antiga empresa”.

Não é difícil perceber que a previsão legislativa é vantajosa para os diferentes envolvidos, inclusive os trabalhadores, na medida em que atrai investimentos que permitem “ganhos para a coletividade de credores e a manutenção de empregos”⁵⁰. Os ativos vendidos no mercado servirão de recursos para o pagamento de credores, inclusive os trabalhistas, viabilizando a própria recuperação judicial⁵¹. Por outro lado, a manutenção da empresa atende a um interesse coletivo⁵², na medida em que essa “unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora de desenvolvimento”⁵³. Esse é, afinal, o objetivo do instituto da recuperação judicial concebido pela Lei nº 11.101/05, nos termos expressos de seu art. 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de per-

50 MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

51 V. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175: “Por outro lado, a forma de quitação dos créditos trabalhistas será objeto de disposição no plano de recuperação, não tendo sentido criar-se sucessão do arrematante. **A alienação judicial em tela tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento das obrigações contidas no plano, frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá o atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado**” (grifos do autor).

52 COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, nº 290, 1985, p. 15: “Em qualquer das hipóteses, porém, é inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário como se entre eles houvesse uma relação dominial. Ainda nesse ponto, o legislador francês traçou, na reforma do direito falimentar de 1967, a via modelar a ser seguida: a preservação da empresa como centro autônomo de interesses, sem prejuízo da punição e do afastamento do empresário faltoso”; e Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Ademar Ribeiro, A revolução do empresariado, *Revista de Direito Privado* 9:221, 2002: “Tanto na Europa, como nos Estados Unidos, advoga-se, hoje, uma evolução do capitalismo que dê primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazos sobre os de cada um dos vários grupos nela interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista”.

53 CAMPINHO, Sergio. *Sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111.

mitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ora, considerando o que se acaba de expor e aplicando aqui o primeiro dos testes próprios à exigência da proporcionalidade — o que trata da adequação entre os meios escolhidos pela norma e os fins que pretende alcançar —, parece certo que a medida adotada pelo legislador é capaz não só de promover, mas também de conciliar os fins constitucionais relevantes. Tanto a proteção dos trabalhadores — não apenas individual, mas também coletivamente considerados — é fomentada, quanto a preservação da empresa é promovida, de modo a que ela continue a cumprir sua função social, nos termos do art. 170, III, da Constituição.

Por sua vez, não parece consistente afirmar que opção concebida pelo legislativo seria excessivamente gravosa para os trabalhadores e que outras possibilidades menos restritivas estariam disponíveis. O ponto é simples. Já se viu que a possibilidade de sucessão trabalhista — de que cogitam aqueles que questionam as previsões da Lei nº 11.101/05 — reduz a atratividade do fundo de comércio, unidades produtivas e demais ativos da empresa, dificultando sua alienação e, portanto, a própria recuperação da empresa. Inviabilizada a recuperação, a solução remanescente será a falência, hipótese muito pior para todos os interessados: empregados, credores e empresa, além de toda a coletividade afetada pela paralisação da atividade econômica por ela desenvolvida.

Ou seja: a suposta garantia cumulativa de dois devedores para o pagamento dos trabalhadores que decorreria da sucessão — a saber: o empregador originário e o adquirente — será muito mais teórica que real, na medida em que, caso o negócio não seja atraente, simplesmente não haverá adquirente. Mesmo quando já decretada a falência, a alienação conjunta dos ativos sem sucessão trabalhista atrairá mais interessados, por somas mais elevadas, contribuindo para o aumento da massa e, conseqüentemente, aumentando a pro-

babilidade de pagamento dos créditos dos trabalhadores. Também sob a perspectiva da necessidade/vedação do excesso, portanto, a opção legislativa parece inteiramente aceitável.

Por fim, cumpre examinar as previsões legais impugnadas à luz do terceiro teste no qual se desdobra a proporcionalidade: trata-se da chamada proporcionalidade em sentido estrito, por força da qual se procura aferir se os ônus gerados pela medida em questão superam os benefícios dela decorrentes. Pelas razões já expostas, é fácil concluir que não é esse o caso. Há uma função social associada ao funcionamento das empresas, na medida em que elas geram postos de trabalho, movimentam a economia e recolhem tributos. Viabilizar a sua recuperação em caso de crise promove essas finalidades⁵⁴.

As previsões da Lei nº 11.101/05 potencializam a chance de que a massa receba maiores quantias pela alienação dos seus ativos, aumentando o patrimônio a ser rateado entre os devedores — inclusive trabalhistas. Tudo isso suprimindo a sucessão trabalhista, mas sem reduzir — muito ao revés — a possibilidade de que sejam satisfeitos os créditos correspondentes. Portanto, observado o problema real da crise das empresas e do reflexo dessas crises sobre os trabalhadores sob uma perspectiva mais ampla, e menos individualista, a ausência de sucessão parece um custo aceitável quando comparado aos benefícios obtidos. Não há, então, que se falar em desproporcionalidade.

Em suma: ao editar os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, o legislador sopesou os princípios constitucionais em jogo e elegeu opção plenamente cabível em seu espaço legítimo de conformação. É certo que alguém pode ter uma visão diferente do

54 Neste sentido v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 73.380/SP. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julg. em 28.11.2007. Diário da Justiça de 21.11.2008: “A novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa”.

assunto e nem todos concordarão com a solução legal, mas a verdade é que se trata de uma decisão razoável tomada legitimamente pelo órgão competente. E, se é assim, não se pode cogitar de inconstitucionalidade da opção legislativa.

II.3. Constitucionalidade formal. Competência da lei ordinária

Demonstrada a validade material da opção formulada pelo legislativo, resta examinar o argumento de que haveria na hipótese uma inconstitucionalidade formal. O argumento que procura impugnar a validade formal dos arts. 60, parágrafo único, e 141, inciso II, da Lei nº 11.101/05 — especialmente formulado na ADIn nº 3.934/DF — pode ser resumido nos seguintes termos. A vedação à sucessão nas obrigações trabalhistas da empresa em recuperação judicial, em razão da aquisição de seu fundo de comércio e/ou unidades produtivas, importaria o término do contrato de trabalho. A lei, portanto, teria criado hipótese de despedida imotivada pelo empregador o que, no termos do art. 7º, I, da Constituição apenas poderia ser feito por lei complementar. *Data maxima venia*, há pelo menos dois equívocos nessa assertiva. O primeiro deles, e mais importante, envolve o próprio sentido do art. 7º, I, da Constituição, que vale desde logo transcrever:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Nos termos do art. 22, I, da Constituição⁵⁵, compete à União legislar sobre direito do trabalho e não há dúvida de que o veículo

55 CF/88, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I — direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)”.

próprio para esse fim é a lei ordinária. Aliás, é pacífico que a exigência de lei complementar é excepcional, somente existindo nas hipóteses em que a Constituição textualmente a requer⁵⁶. Uma dessas exceções é a prevista pelo art. 7º, I, que submete à lei complementar a disciplina das condições destinadas a proteger o trabalhador diante da despedida arbitrária ou sem justa causa. O ponto não é minimamente controvertido. Apenas para exemplificar, a ampla discussão que se estabeleceu perante o Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação que deveria ser dada à Convenção nº 158 da OIT — que cuida da proteção contra a despedida arbitrária — assumiu como pressuposto exatamente esse dado: eventuais medidas de proteção do trabalhador contra despedida sem justa causa apenas podem ser instituídas por meio de lei complementar. Confira-se trecho da ementa de uma das decisões que tratou do tema:

Possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da Constituição da República — Alegada transgressão ao art. 7º, I, da Constituição da República e ao art. 10, I do ADCT/88 — Regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar — Conseqüente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7º, I) — Consagração constitucional de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7º, I, c/c o art. 10, I do ADCT/88) — Conteúdo programático da Convenção Nº 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país⁵⁷.

56 V., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 836; e TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.116.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julg. em 04.09.1997. Diário da Justiça de 18.05.2001.

Até o momento, como se sabe, não foi editada a lei complementar referida pela Constituição, aplicando-se o art. 10 do ADCT⁵⁸, que garante indenização compensatória para as hipóteses de despedida sem justa causa. A despeito de alguma controvérsia inicial⁵⁹ — sobre se o art. 10 do ADCT seria auto-aplicável, ou se também sua eficácia dependeria da edição de lei complementar —, acabou por se consolidar o entendimento no sentido da aplicação imediata do dispositivo transitório⁶⁰.

Ora, como é fácil perceber, a reserva de lei complementar de

58 CF/88, ADCT: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

59 FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex, 1989, p. 262: “enquanto não for editada lei complementar, este inciso não poderá ser aplicado, por não ser bastante em si, dependendo de futura regulamentação. Entretanto, a futura regulamentação, já por força do contido neste inciso deverá prever **indenização compensatória, entre outros direitos**” (grifos do autor); e BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 443. De forma semelhante, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, afirma: “À espera de lei complementar, a própria Constituição, no art. 10 das Disposições Transitórias, trouxe normas sobre essa indenização e sobre o despedimento (art. 10)”. Por fim, é interessante ainda destacar o seguinte trecho: “(...) a eventual promulgação de uma lei complementar poderá, sim, auxiliar na avaliação da restrição à liberdade de trabalhar ou na fixação de limites mais precisos ao exercício do poder patronal da dispensa. No entanto, caso o legislador ache por bem continuar na sua apatia institucional, nem tudo estará perdido. Pois isso não afastará o dever constitucional dos empregadores, no sentido de respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana que esteja atuando sob as suas ordens” (GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225).

60 O debate acerca da aplicabilidade imediata do dispositivo pode ser encontrado, *e.g.*, em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 449420/PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julg. em 16.08.2005. Diário da Justiça de 14.10.2005. O relator defende a aplicação imediata com base no artigo 10 do ADCT, em oposição ao Ministro Marco Aurélio, que exige a edição de lei complementar. O entendimento do relator prevaleceu, por maioria.

que cuida o art. 7º, I, da Constituição não é pertinente na hipótese, na medida em que os dispositivos da Lei nº 11.101/05 examinados não se ocupam de prever medidas de proteção do trabalhador no caso de despedida imotivada. E, salvo por esse tema específico, como já se viu, a regra geral é a de que cabe ao legislador ordinário dispor sobre as normas de direito do trabalho⁶¹.

O *segundo* equívoco envolve a afirmação feita na ADIn já referida de que os dispositivos da Lei nº 11.101/05 imporiam a extinção do vínculo trabalhista. Ao que parece, a afirmação é feita na tentativa de aproximar o caso aqui em exame da hipótese apreciada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIn nº 1.721/DF. Naquela ocasião, a Corte declarou a inconstitucionalidade de previsão introduzida pela Lei nº 9.528/97 no § 2º do artigo 453 da CLT⁶², pela qual se estabeleceu o fim automático do contrato de trabalho em razão da concessão de aposentadoria voluntária ao empregado. Dois esclarecimentos são importantes aqui.

Em primeiro lugar, e nos termos da Lei nº 11.101/05, os contratos de trabalho não se extinguem necessariamente na hipótese de falência ou de recuperação judicial, nem mesmo por força da alienação de ativos de uma empresa em recuperação. O art. 117 da Lei nº 11.101/05⁶³ prevê inclusive que os contratos bilaterais — de que a relação de emprego é um exemplo — não se resolvem pela falência. Sua extinção, portanto, não decorre de pleno direito da decretação da

61 Também a competência para tratar de direito comercial é, como se sabe, do legislador ordinário, nos termos do mesmo art. 22, I, da Constituição.

62 CLT, art. 453: “No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente. (...) § 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

63 Lei nº 11.101/05, art. 117: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”.

falência ou da recuperação judicial, dependendo sempre de algum tipo de manifestação de vontade de ao menos uma das partes nesse sentido⁶⁴. A rigor, mesmo na hipótese de falência, a manutenção de alguns empregados ao longo do processo falimentar é possível, no interesse da própria massa⁶⁵. A manutenção dos contratos tem ainda maior razão no caso de recuperação judicial, cujo objetivo é justamente promover a continuidade da empresa.

Não se ignora que, na prática, decretada a falência de uma empresa, boa parte dos empregados será (ou já terá sido) despedida e é realmente provável que, nos casos de recuperação judicial, uma parte dos empregados seja também dispensada, ao passo que outra parte seja mantida. Em tais hipóteses, como em qualquer despedida imotivada, será aplicável o art. 10 do ADCT da Constituição. A rigor, espera-se que quanto mais bem sucedida vier a ser a recuperação, maior será a possibilidade de manutenção dos empregos no âmbito da empresa. Veja-se, porém, que não é a falência, a recuperação judicial ou a alienação de ativos de empresa em recuperação que geram, automaticamente e por si só, o rompimento dos vínculos trabalhistas. A eventual dispensa dos empregados decorrerá da manifestação de vontade de alguma das partes, como acontece com qualquer empresa, mesmo que em regular funcionamento.

A observação acima já revela que o acórdão proferido pelo STF na ADIn nº 1.721/DF, e mencionado na petição inicial da ADIn nº 3.934/DF em suporte à tese de inconstitucionalidade formal dos dispositivos referidos da Lei nº 11.101/05, não tem pertinência com o tema aqui examinado. A hipótese analisada pelo STF naquela ocasião pode ser resumida nos seguintes termos. A Lei nº 9.528/97 alterou a CLT para dispor que, uma vez que o empregado exercesse seu direito à aposentadoria junto ao INSS, seu vínculo empregatício seria auto-

64 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 31.

65 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 377.

maticamente desfeito, nada obstante estar trabalhando normalmente, e sem que empregador ou empregado houvessem decidido nesse sentido. De fato, o Ministro relator observou, em seu voto, que o dispositivo implicaria em extinção do vínculo empregatício “à margem do cometimento de falta grave pelo empregado e até mesmo da vontade do empregador”. Como bem destacou o STF, o “Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum”. Confira-se a ementa da decisão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá

no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97⁶⁶.

Embora o art. 7º, I, da Constituição seja referido na ementa, os pontos controvertidos não envolviam o fato de se estar diante de uma lei ordinária ou complementar. Como se extrai da leitura, a referência ao dispositivo constitucional, em conjunto com o art. 10 do ADCT, visava a destacar que, tanto quanto possível, o constituinte deseja a continuidade da relação de emprego, de modo que não faria sentido algum que o próprio Estado interferisse na relação entre empregador e empregado para determinar a extinção de um vínculo empregatício vigente. Além disso, os debates giraram em torno da inconstitucionalidade material do dispositivo, defendida pela maioria, e negada apenas pelo Ministro Marco Aurélio, que considerou que a norma buscava trazer para a esfera privada regras que já regem o serviço público⁶⁷, com o legítimo objetivo de “inibir aposentadoria que pode ser tida como precoce”⁶⁸.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721/DF. Relator Ministro Carlos Britto. Julg. em 11.10.2006. Diário da Justiça de 29.06.2007.

67 Lei nº 8.112/90, art. 33, VII: “A vacância do cargo público decorrerá de: (...) VII - aposentadoria;”.

68 Sua posição seguiu a mesma linha defendida pelos Ministros Octávio Galloti e Moreira Alves no julgamento da cautelar da ação, que considerou que essa hipótese de demissão decorreria de ato do próprio empregado, ao requerer a aposentadoria, o que afastaria a aplicação do

A mesma discussão foi ainda retomada em dois recursos extraordinários, nos quais igualmente se sustentou a violação à proteção do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários⁶⁹: a questão formal, envolvendo a edição ou não de lei complementar, não foi uma razão de decidir. O relatório de um dos recursos resume da seguinte forma as razões da inconstitucionalidade afinal decidida: “a) o fato de os eventos aposentadoria espontânea e continuidade da relação de emprego serem autônomos e independentes; b) caracterização de excesso de poder legislativo ao estabelecer como consequência natural e necessária da aposentadoria espontânea o rompimento da relação de emprego”⁷⁰. Como se vê, não há aqui qualquer semelhança com o que prevêm os dispositivos da Lei nº 11.101/05, que não cuidam em ponto algum de rompimento automático da relação de emprego.

Em suma: os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05 não prevêm hipótese de rompimento automático da rela-

artigo 7º, I, CF. Neste mesmo sentido se manifestou o então Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro, em parecer referente à ADIn em comento (PGR, 29.mai.2003, Parecer 19.022/GB): “(...) urge salientar em princípio que não se nega a circunstância de que buscou o constituinte proteger o trabalhador de despedida arbitrária, havendo manifesta intenção de que os pactos laborais se mantivessem no tempo tanto quanto possível. Entretanto, o caso não comporta, sob qualquer ângulo que se o mire, despedida arbitrária, pelo fato de se tratar de aposentadoria voluntária, vale dizer, aquela formalizada por ato de vontade do empregado. (...) Nesse passo, apenas seria de se reconhecer a inconstitucionalidade da norma se a Carta Política, no ponto, houvesse conferido proteção ao trabalhador contra ele próprio, o que não ocorreu”. O Ilustre Procurador destaca, ainda, que a extinção do contrato de trabalho é condição para o recebimento da aposentadoria, sendo certo que sempre haveria a possibilidade de se realizar “novo contrato, uma vez que o originário se extinguiu por vontade do próprio trabalhador. Nada impede, noutro giro, que ele permaneça contribuindo para a previdência social até que alcance os requisitos para recebimento de aposentadoria integral, quando então passará a usufruir do benefício em sua completude”.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 463629/RS. Relator Ministro Ellen Gracie. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 23.03.2007; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 449420/PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 14.10.2005.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 463629/RS. Relator Ministro Ellen Gracie. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 23.03.2007.

ção de emprego, nem tratam de medidas para proteger os trabalhadores no caso de dispensa imotivada, de modo que a reserva de lei complementar de que trata o art. 7º, I, da Constituição não é pertinente na hipótese. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade formal.

III. Conclusão

É possível compendiar as idéias desenvolvidas neste estudo nas seguintes proposições objetivas:

A) A Constituição não ocupa, e nem pode pretender ocupar, todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Poder Público está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população naquele momento histórico específico. Ao Judiciário cabe apenas verificar se, além de respeitar as regras constitucionais, a escolha dos Poderes competentes é razoável em face dos princípios relevantes e das diferentes concepções sobre a matéria.

B) Ao editar os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, o legislador considerou o amplo debate produzido no Executivo, no Legislativo e na sociedade em geral, sopesou os princípios constitucionais em jogo e elegeu opção inserida em seu espaço legítimo de conformação. A previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas — que se alinha a disposições encontradas na legislação comparada — é capaz de promover a continuidade da empresa, preservar empregos e arrecadar um volume maior de recursos, destinado ao pagamento de eventuais dívidas pendentes, inclusive de natureza traba-

lhista. A opção do legislador brasileiro, portanto, não é caprichosa, irrazoável ou desproporcional, não havendo aqui qualquer inconstitucionalidade material da opção legislativa.

C) A reserva de lei complementar de que trata o art. 7º, I, da Constituição não é aplicável na hipótese, já que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05 não prevêem hipótese de rompimento automático da relação de emprego, nem tratam de medidas para proteger os trabalhadores no caso de dispensa imotivada. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade formal.

ANOTAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRIVATINSOLVENZ¹ NA ALEMANHA

BEMERKUNGEN ZUR INSTITUTION DER PRIVATINSOLVENZ IN DEUTSCHLAND

Joana Maria Baptista de Oliveira

Resumo: O presente trabalho procura abordar de forma sintetizada as diferenças entre as legislações alemã e brasileira, especificamente no que se refere à insolvência da pessoa natural.

Palavras-chave: Brasil — Alemanha — Lei de Insolvência — pessoa natural — insolvência privada

Zusammenfassung: Die Arbeit ist eine kurze Abhandlung über die Unterschiede zwischen der deutschen und brasilianischen Rechtsinstitution der Privatinsolvenz.

Stichworte: Brasilien — Deutschland — Insolvenzordnung — natürliche Person — Privatinsolvenz

Sumário: I. Considerações preliminares. II. Principais objetivos do legislador alemão. III. Insolvência comum e insolvência privada. IV. Privatinsolvenz. V. Identificação do sujeito passivo. VI. A unicidade

1 A *Privatinsolvenz* na Alemanha é um procedimento especial, mais simplificado (em contraposição ao comum, considerado regra geral), voltado para o insolvente pessoa natural que não exerce qualquer atividade ou que pratica atividade pouco expressiva, do ponto de vista econômico. A insolvência privada alemã não encontra similar no direito brasileiro, visto que esse restringe a possibilidade de falência ou recuperação ao empresário.

como característica fundamental da insolvência alemã. VII. O processo de insolvência privada no direito alemão. a) Introdução. b) Tentativa de acordo extrajudicial. c) O não cumprimento dos requisitos legais. d) Natureza jurídica. e) Conclusão da ação de insolvência. VIII. Conclusão.

I. Considerações preliminares

A reforma que deu origem à atual lei de insolvência alemã teve início há quase três décadas. As dificuldades em se modificar a legislação provinham de um momento histórico conturbado: a bipartição do país após a Segunda Guerra Mundial, que culminou em dois governos e dois ordenamentos distintos, inclusive em matéria concursal.

Na Alemanha Ocidental (Bundesrepublik Deutschland — BRD) adotava-se a chamada Konkursordnung (Lei Concursal) e no lado oriental (Deutsche Demokratische Republik — DDR) regia-se a matéria falimentar por uma Lei Geral de Execução (Gesamtvollstreckungsverordnung).

Após a reunificação, em 03 de outubro de 1990, os esforços em torno de uma alteração legislativa tornaram-se mais vigorosos e em 05 de outubro de 1994 foi publicada a nova lei de insolvência (Insolvenzordnung), com vigência a partir de 1º de janeiro de 1999 (§359 InsO c/c art. 110 EGIInsO — Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung). Trata-se, portanto, de legislação recente.

A entrada em vigor da nova lei marcou, igualmente, a uniformização da legislação acerca da matéria, vez que a sua aplicabilidade alcançava toda a Alemanha.

II. Principais objetivos do legislador alemão

Pode-se identificar no direito alemão a intenção inequívoca do legislador de promover a preservação da atividade desempenhada

pelo devedor, privilegiando a sua recuperação em contraposição à liquidação. Nesse quadro, o insolvente que apresenta condições de superar a crise econômica classificada como momentânea e transponível deve ser mantido no mercado, atuante. Por outro lado, àquele que não reúne os requisitos necessários só resta a liquidação, na busca da satisfação, ainda que parcial, dos credores. Na segunda hipótese, o foco passa a ser a preservação do patrimônio do devedor para posterior partilha entre os seus credores.

Dentro dessa visão, em um primeiro momento, a lei busca sempre promover o acordo entre as partes. Havendo insucesso é que se deve partir a medidas mais graves como a execução do devedor (última providência cabível em um processo de insolvência).

Sob tal ponto de vista, a recuperação extrajudicial desempenha um papel de extrema importância, pois, além de simplificar o procedimento e gerar uma satisfação integral (ou quase) dos credores, ainda reduz possíveis custos e evita a publicização da crise, ocasionada pela abertura de um processo judicial. É por esse motivo que nos chamados *Kleinverfahren* (pequenos processos, mais simplificados) a lei exige a tentativa extrajudicial como requisito à formulação do pedido judicial.

III. Insolvência comum e insolvência privada

O sistema alemão se destaca por haver instituído a unicidade do processo de insolvência, de modo que a escolha do procedimento a ser adotado (falência ou recuperação) não recai sobre o devedor ou o credor que formula o pedido. Ao requerente cabe, tão somente, informar ao juízo sobre a impossibilidade de adimplemento das obrigações contraídas. A recomposição ou a liquidação do insolvente será determinada posteriormente, de acordo com o convencimento do julgador e a manifestação da massa credora.

Essa regra vale tanto para o procedimento comum, cujo sujeito passivo poderá ser pessoa jurídica ou natural que pratique atividade

de econômica expressiva, quanto para o insolvente pessoa natural que não pratique e/ou jamais tenha praticado qualquer atividade econômica ou, se o fizer, que não seja significativa, o qual dispõe de um processo especial para averiguação de sua condição.

A existência de uma ação única constitui-se, portanto, regra geral em matéria de insolvência no direito alemão.

A distinção dos procedimentos (ou seja, ação única seguindo o procedimento comum ou ação única seguindo o procedimento especial) será definida, portanto, de acordo com a qualificação do devedor. Caso o insolvente seja pessoa natural que não desempenhe qualquer atividade econômica ou que pratique atividade de pouca expressão terá à sua disposição instituto menos complexo, mais simplificado, denominado de insolvência privada ou *Privatinsolvenz* para a verificação da sua insolvabilidade.

IV. Privatinsolvenz

Conforme explicitado acima, a *Privatinsolvenz* possibilita à pessoa natural submeter-se à falência e à recuperação, independentemente da prática de atividade de cunho lucrativo.²

Em sua Parte Nona, atinente ao *Verbraucherinsolvenzverfahren und Sonstige Kleinverfahren* (Processo de Insolvência do Consumidor e outros Processos Simplificados), § 304, permite a mencionada lei o pedido de insolvência formulado por aquele que não pratica e jamais tenha praticado qualquer atividade econômica, bem como do que mantém uma atividade de pequenas proporções: “Ist der Schuldner eine natürliche Person, **die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat,**”³ (grifos do autor)

2 O texto da legislação alemã se refere tão somente à atividade econômica, na tradução literal, a qual deve ser entendida como atividade empresária, nos moldes do direito brasileiro.

3 É o devedor pessoa natural que não exerce nem nunca exerceu qualquer atividade econômica autônoma.

Assim também institui o § 11 da lei, que prevê que qualquer pessoa pode ter o seu patrimônio sujeito ao processo de insolvência: “Ein Insolvenzverfahren kann über das Vermögen **jeder natürlichen und jeder juristischen Person** eröffnet werden”⁴ (grifos do autor)

Importante ressaltar que, embora utilize a expressão Verbraucher, consumidor, para designar a pessoal natural insolvente, a lei alemã não prevê a obrigatoriedade de haver qualquer ligação entre o devedor ou o seu estado e relações consumeristas.⁵

Nesse sentido, a lei alemã equipara aqueles que exercem atividade econômica de pequenas proporções aos que jamais a tenham exercido, submetendo-os ao mesmo procedimento especial em caso de insolvência. Em virtude da presunção de sua hipossuficiência, estes podem utilizar-se de um processo simplificado para requerer a sua insolvência e a conseqüente extinção das suas obrigações.

V. Identificação do sujeito passivo

No direito brasileiro existe, igualmente, a possibilidade de falência ou recuperação da pessoa natural, mas desde que essa exerça atividade qualificada como empresária, de acordo com o artigo 966 do Código Civil. O legislador pátrio adotou o chamado sistema restritivo em matéria falimentar e recuperatória, limitando ao devedor empresário a sujeição a tais institutos.

Dessa forma, o insolvente não empresário, ou insolvente civil, estará sujeito às regras do processo comum, previstas no Código de

4 O processo de insolvência pode ser aberto em face do patrimônio de qualquer pessoa natural ou jurídica.

5 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 137.

Processo Civil, no que concerne à execução por quantia certa contra devedor insolvente (insolvência civil —, arts. 748 a 786-A), mas excluído das disposições da legislação falimentar e recuperatória.

A *Insolvenzordnung*, por seu turno, não restringe a submissão aos institutos ali previstos a nenhuma classe específica de devedores, o que equivale a dizer que o sujeito passivo é identificado por regra única e geral. A análise do artigo 1º conduz a essa conclusão, pois há referência ao devedor, mas sem qualquer qualificação. Isso ocorre em virtude da adoção por aquele país do chamado sistema ampliativo, no que diz respeito à falência e à recuperação, o qual permite a qualquer devedor a submissão aos referidos procedimentos, em contraposição ao sistema restritivo praticado no Brasil.

O que ocorre é a existência de regra geral para o devedor que desempenha atividade econômica expressiva e regra especial para a pessoa natural que não pratica qualquer atividade ou cuja prática não gere grande volume de capital.

A matéria falimentar e recuperatória na Alemanha é regulada por um diploma único, repita-se, a cujas normas todos os que se encontrem em situação de insolvência de fato devem recorrer, não importa a que classe pertençam, que tipo de atividade praticam ou se não mantêm qualquer ofício de cunho econômico. Tais questões não se incluem dentre os requisitos para a formulação do pedido de insolvência, como o são a inadimplência ou a sua ameaça.

Fato é que naquele ordenamento inexistente a bipartição legislativa de acordo com a classe do devedor insolvente. O que a lei de insolvência prevê são procedimentos distintos para os diferentes tipos de devedores que a ela podem recorrer ou ser submetidos, de modo a poder alcançar maior satisfação para todos os envolvidos. Por óbvio, não há como se prever um procedimento único para todas as situações, visto que elas serão as mais diversas. A lei não pode, portanto, reunir todos os casos possíveis, mas pode sim procurar simplificar determinados procedimentos considerando a hipossuficiência do devedor. É justo o que ocorre com as pessoas naturais que não

exercem qualquer tipo de atividade ou aqueles que exercem atividades de pouca expressão econômica, os quais contam, a princípio, com patrimônio e número de credores reduzidos.

VI. A unicidade como característica fundamental do processo de insolvência alemão

Uma das características do processo de insolvência alemão é a sua unicidade, entendida de forma a permitir que o devedor possa utilizar-se de um processo único, que, conforme a sua situação e a vontade dos credores, desdobrar-se-á em uma liquidação ou recuperação. Assim elucidada o Professor Dr. Christoph Becker em seu livro “Insolvenzrecht, 2ª edição, ed. Carl Heymanns, Köln, 2008, pág. 19:

Das neue Insolvenzverfahren versteht sich als ein Einheitsverfahren. Es birgt in einem einzigen Ablauf (sozusagen einsichtig) sowohl die Möglichkeit der Zerschlagung nach gesetzlicher Ordnung als auch die Erarbeitung einer abweichenden Verständigung in einem Insolvenzplan.⁶

A lei de insolvência alemã tem como objetivo principal, levando-se em conta o período e os motivos de sua elaboração, proporcionar aos devedores insolventes a possibilidade de experimentar a solução ideal, ou a mais adequada, a ser aplicada ao seu caso específico, do ponto de vista da crise econômica em si e do que a originou, mediante a análise acurada das perspectivas de superação. Essa verificação, e conseqüente escolha, não deverá recair sobre o próprio insolvente, mas sobre o Poder Judiciário e os credores (esses os principais interessados no reequilíbrio financeiro do devedor ou, em último caso, no melhor aproveitamento possível da massa a ser partilhada).

6 O novo processo de insolvência é um processo único. Ele segue um só rito (judicial) tanto para a possibilidade de liquidação, conforme a ordem legal, como para a tentativa de acordo frente às divergências com o plano de insolvência.

Ao devedor em estado de fato de insolvência, ou prestes a enfrentá-la, basta a formulação de pedido único, o qual deverá desmembrar-se, em momento oportuno, em uma liquidação, com a divisão dos bens, se restarem, entre aqueles de direito, ou em uma recuperação, alcançada após a concordância da massa credora frente ao plano de pagamentos elaborado e apresentado pelo insolvente. Fato é que o pedido será sempre o mesmo, baseado na inadimplência (Zahlungsunfähigkeit — art. 17 da InsO) ou na ameaça de inadimplência (Drohende Zahlungsunfähigkeit — art. 18 da InsO). O que mudará são as formalidades a serem observadas e o processamento da ação, dependendo do devedor em questão. É necessário salientar que somente o próprio devedor terá legitimidade para propor a ação com base na ameaça de inadimplência. Os credores só podem formular o pedido com fulcro na inadimplência e não na ameaça. A providência se justifica pelo fato de que somente ele poderia ter conhecimento preciso dessa situação, sabendo que, em futuro próximo, pelas condições financeiras apresentadas, não seria mais capaz de adimplir as suas obrigações. Caso a opção coubesse igualmente aos credores, abrir-se-ia uma possibilidade de se formular um pedido baseado em mera expectativa de não recebimento de crédito, uma vez que ele não estaria vencido, o que acabaria por propiciar àqueles de má-fé a utilização de ferramenta legal em prejuízo do devedor.

A legislação alemã não prevê, portanto, ações distintas em caso de insolvência, uma voltada para o devedor que pretende a recuperação, a princípio economicamente viável, e outra aplicada aos casos de falência, como ocorre no sistema brasileiro. A ação é única porque tem uma só origem: a insolvência do devedor. A regra vale tanto para o procedimento comum quanto para o especial.

No Brasil, distintamente, a falência ou a recuperação do devedor constituem-se logo no início do processo, com o requerimento (a falência pode ser requerida pelo devedor, ou quem o represente, ou pelos credores e a recuperação só pode ser requerida pelo próprio devedor).

De toda sorte, o procedimento é determinado, a princípio, no momento do pedido, enquanto no processo alemão, o destino do devedor, por assim dizer, será traçado em meio e de acordo com o andamento do processo.

VII. O processo de insolvência privada no direito alemão

a) Introdução

O processo de insolvência específico para os não empresários ou pequenos empresários previsto na legislação alemã segue um rito especial e bastante simplificado, em comparação com o procedimento comum.

Considera-se que tais pessoas, e a situação se agrava diante da insolvência, sejam jurídica e economicamente desamparadas, de modo que não possam arcar com os custos, a complexidade e a demora de um processo de insolvência comum. Nesse sentido, o legislador, como forma de protegê-las e garantir seus direitos, procurou disponibilizar-lhes um meio mais simples de alcançarem a extinção das suas obrigações (cujo pedido deve ser formulado logo na peça inicial) e, em consequência, verem-se livres das dívidas acumuladas e sem perspectivas de quitação.

O pequeno empresário será assim definido pelo volume de suas atividades permanecendo fora desse rol, dentre outros, advogados, médicos, dentistas ou os proprietários de estabelecimentos com vários empregados.⁷

A ação de insolvência pode ser proposta pelo próprio devedor (por inadimplência ou ameaça) ou por um de seus credores (por

7 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, 1a edição, p. 137.

inadimplência). No segundo caso, o devedor será convocado a manifestar-se. Nesse momento poderá apresentar o chamado plano de pagamento dos credores, fase em que há um viés recuperatório, o que ocasionará a suspensão do processo. Caso contrário, dar-se-á início ao processo de insolvência.

Em sendo requerida pelo devedor, a lei exige o cumprimento de determinados requisitos. Alguns deles podem ser considerados de pronto atendimento ou de pouca complexidade como, por exemplo, a apresentação de listas de credores, de bens e rendimentos e dos processos em que o devedor figura como réu. Essas listas servem, também, para comprovar a boa-fé do devedor e a sua real intenção em recuperar-se, já que será feita uma tentativa judicial de acordo com os credores antes de se partir, em caso de insucesso, para a liquidação do patrimônio do devedor. Cabe a ele, junto ao pedido de abertura do processo de insolvência, requerer sejam declaradas extintas as suas obrigações, de modo a desvincular-se das dívidas oriundas da crise.

Outros já exigem maiores esforços do devedor, como por exemplo, a elaboração e apresentação de um plano de pagamento de suas dívidas (*Schuldenbereinigungsplan*), que será disponibilizado e submetido à aprovação dos credores, por maioria. A sua aceitação ou rejeição é que irá determinar a recuperação, de um lado, ou o início do processo de insolvência, de outro.

Por isso mesmo é imprescindível que o plano contenha todas as regras referentes aos interesses dos credores, como bens e rendimentos e as relações familiares do devedor, bem como o tratamento a ser dispensado às garantias eventualmente concedidas. A lei não prevê, contudo, regras específicas para a elaboração do plano, permanecendo essa na esfera privada.

Assim também afirmam Manfred Balz e Hans-Georg Landfermann⁸:

8 BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995, p. 429.

Der Inhalt des Schuldenbereinigunsplans unterliegt der Privatautonomie. Die Beteiligten sind bei der Gestaltung frei; es können Stundungen, Ratenzahlungen, Teilerlasse und sonstige Regelungen vereinbart werden.⁹

Es wird aber auch deutlich gemacht, dass Familienangehörige unter besonderen Umständen (etwa bei einem arbeitslosen Schuldner mit verdienendem Ehepartner einerseits oder bei Mithaftung eines Angehörigen andererseits) in den Schuldenbereinigunsplan einbezogen werden können.¹⁰

Formulado o pedido e entregues os documentos, abrir-se-á prazo de trinta dias para os credores apresentarem as suas considerações. Passado esse período sem qualquer manifestação consideram-se o plano e as listas aceites pelos credores.

Caso haja alguma manifestação contrária dos credores e, por isso, o devedor pretenda modificar o plano já entregue, alterando ou completando o seu conteúdo, os credores serão avisados e o terão novamente disponível para análise. Se não concordarem, terá início o processo de insolvência.

b) Tentativa de acordo extrajudicial

Além dessas, há ainda outra condição exigida pela lei para o requerimento da insolvência a merecer destaque, qual seja a comprovação de tentativa de acordo extrajudicial do devedor com os seus credores nos últimos seis meses anteriores ao pedido.

9 O conteúdo do plano de pagamentos permanece sob a égide da autonomia privada. As partes estão livres na formulação do acordo; podem ser acordados moras, parcelamento de dívidas, renúncias parciais e outras regras.

10 Mas também é explicitado que, sob determinadas condições, membros da família (por exemplo: no caso de um devedor desempregado com um cônjuge que tenha renda ou, por outro lado, na co-responsabilidade de um familiar) podem ser incluídos no plano de reestruturação da dívida.

A estipulação encontra apoio no fato de que o devedor deve se esforçar no sentido de esgotar todas as formas possíveis de composição com os credores antes de tomar medida mais grave como recorrer ao Poder Judiciário.

O legislador alemão se posiciona claramente em prol do acordo, apresentando a liquidação como último recurso. Ora, se há possibilidade de recuperação do devedor com a satisfação dos credores, esta deve ser tentada antes da medida judicial, mais onerosa, complexa e demorada. A providência também vem a contribuir para o desafogamento da justiça.

A prova de que houve a tentativa de acordo, porém, não é simples. O devedor precisa convencer o juiz de que se empenhou em acordar com os credores uma forma de pagamento das dívidas e a solução da crise. Assim, não basta que o devedor tente um único contato, superficial, com os seus credores para que se considere tenha cumprido o requisito legal. A lei exige a apresentação de uma declaração de pessoa natural ou jurídica, reconhecida pela justiça (advogados, árbitros, Conselho de Consumidores ou de Insolvência etc.), afirmando que houve o esgotamento de todas as possibilidades de acordo extrajudicial.

Com relação a essa prova afirmam Manfred Balz e Hans-Georg Landfermann¹¹:

um zu gewährleisten, dass eine außergerichtliche Einigung ernstlich betrieben worden ist, also z.B. nicht nur zwei kurze Telefongespräche geführt wurden, wird vorgeschrieben, dass die Schuldenbereinigung auf der Grundlage eines Plans versucht worden ist.¹²

11 BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995, p. 428.

12 Para garantir que efetivamente houve empenho em se chegar a um acordo extrajudicial, quer dizer, por exemplo, a ação não se limitou a duas rápidas conversas telefônicas, exige-se que a tentativa de renegociação da dívida tenha sido tentada com base em um plano.

Nesse mesmo sentido a posição firmada na compilação editada por Stefan Smid¹³:

Der Plan soll gewährleisten, dass eine außergerichtliche Einigung von einer qualifizierten Person oder geeigneten Stelle ernstlich betrieben worden ist, um Gefälligkeitsbescheinigungen auf der Grundlage weniger Telefonate und damit das Unterlaufen dieser Schuldnerpflicht auszuschließen.¹⁴

Conclui-se, então, que o devedor precisa ao menos tentar seriamente e com empenho fechar um acordo extrajudicial com os credores antes de entrar com o pedido judicial. Isso significa que inexistente a possibilidade de se recorrer diretamente à justiça.

Desse modo, pode-se dizer que a insolvência privada conta com uma Vorphase, anterior ao processo, sem a qual o devedor não poderá sujeitar-se à fase judicial.

c) O não cumprimento dos requisitos legais

Caso não consiga atender às condições previstas na lei, o devedor terá o seu pedido de insolvência rejeitado, ou seja, a ação não terá prosseguimento. A medida acaba por frustrar o insolvente, cujo principal objetivo é justamente se libertar das dívidas, seja através da recuperação, seja com a extinção das obrigações.

Entende-se que da mesma maneira que o devedor não atende ao estabelecido na lei, não pode dispor dos benefícios ali previstos¹⁵,

13 SMID, Stefan. *Insolvenzordnung (InsO) — Kommentar*. Stuttgart: W Kohlhammer, 1999, pág. 1265.

14 O plano deve garantir que o acordo extrajudicial foi tentado enfaticamente por intermediação de pessoa ou órgão competente, a fim de se excluir certificados de “cortesia/amizade” com fundamento em alguns poucos telefonemas e, com isso, se evitar subverter esta obrigação do devedor.

15 O principal benefício que o devedor busca obter com o processo de insolvência é o da extinção de suas obrigações, através do qual desvincula-se das dívidas que originaram a ação.

permanecendo, portanto, vinculado às dívidas que originaram a crise.

De qualquer modo, ele será intimado para emendar a inicial, se for necessário, e, caso não se manifeste dentro de um mês, a sua inércia será entendida como desistência do pedido. Nada impede, porém, que possa ser proposta nova ação de insolvência em momento posterior.

d) Natureza jurídica

O processo de insolvência que segue o rito simplificado pode ter naturezas distintas, conforme se desvie para a insolvência em si ou para a composição das dívidas contempladas no plano.

Em caso de rejeição do plano judicial apresentado pelo devedor aos credores, inaugura-se o processo de insolvência propriamente dito. Nesse momento tem início a execução do devedor, cujos bens ficarão sob a responsabilidade de um agente fiduciário (Treuhänder), nomeado para proceder à sua partilha dentre a massa credora.

Se, por outro lado, devedor e credores chegarem a um acordo, ter-se-á um contrato celebrado judicialmente.

Esse pacto diferencia-se daquele tentado antes de se apresentar o pedido judicial. Neste segundo caso, o ajuste será extrajudicial (terá natureza de contrato extrajudicial), afastando do devedor a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para alcançar a transação.

e) Conclusão da ação de insolvência

Conforme já observado, fracassada a tentativa de acordo extrajudicial, indispensável à proposição da insolvência, fica o devedor livre para, finalmente, formular o pedido judicial.

Iniciada a ação, submete-se o devedor a mais uma tentativa de acordo com os credores, dessa vez em juízo. Por isso a necessidade da apresentação do plano de pagamentos junto com o pedido.

Superadas a primeira fase, extrajudicial, e a segunda fase, de confirmação do atendimento aos requisitos legais, inicia-se a terceira fase, de apresentação do plano aos credores. A lei estabelece que o decurso de tempo máximo entre o início do processo e a decisão sobre o plano deva ser de três meses. Não há qualquer previsão de prorrogação. Existe sim a possibilidade desse período ser abreviado, já que a referência se apóia no transcurso máximo de tempo que deve ser observado entre um e outro feito. Durante esse prazo, cabe ao Poder Judiciário realizar todas as medidas necessárias ao bom andamento do processo, como por exemplo, a proibição de se executar o patrimônio do devedor e a indisponibilidade de seus bens, bem como a nomeação de um agente fiduciário, que receberá do devedor valor proporcional ao da massa que seria dividida entre os credores da insolvência¹⁶, permanecendo o processo suspenso até que se decida sobre o plano.

A aprovação do plano depende da aceitação da maioria dos credores (no mínimo mais da metade dos credores que, por sua vez, devem representar mais da metade de todos os créditos do devedor).

Em caso de aceitação sem unanimidade, considera-se que os credores contrários ao plano tiveram o seu consentimento substituído pela maioria.

Vale destacar que o objetivo da lei é a preservação da atividade e a garantia da satisfação máxima dos credores, dentro das possibilidades da massa devedora, de modo que não há como se permitir que um ou alguns credores, impeçam a recuperação do devedor, vetando o seu plano de pagamentos. A regra afasta a possibilidade dos

16 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, 1a edição, p. 137.

credores utilizarem seu direito de veto em benefício próprio, ignorando o bem comum e as questões sociais em torno do procedimento, as quais devem prevalecer sobre os interesses exclusivamente particulares. Trata-se do chamado impedimento de obstrução.

Há dois casos, porém, em que a substituição do consentimento não será possível:

1. quando o plano não prevê para o credor participação condizente com a dos demais; ou

2. quando o plano prevê condições econômicas desfavoráveis a esse credor, em comparação com o que ele poderia obter tomando as medidas cabíveis contra o devedor para a execução do seu crédito.

Nessas situações serão ouvidos, de um lado, o credor e, de outro, aquele que requereu a substituição de seu consentimento (o devedor ou outro credor). O juiz decidirá de acordo com os argumentos apresentados pelo credor contrário ao plano. Caso este consiga convencer o juízo de que o plano lhe é injustamente desfavorável, em comparação aos demais credores, o seu consentimento não poderá ser substituído.

Os Tribunais já se manifestaram sobre o assunto, sempre de forma a proteger o credor que comprova a legitimidade de sua oposição ao plano ou quando inexistente a certeza da aceitação da maioria:

InsO § 309 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3

Die Zustimmung eines Gläubigers zu dem vom Schuldner vorgelegten Fast-Nullplan darf durch das Insolvenzgericht nicht ersetzt werden, wenn der widersprechende Gläubiger Tatsachen glaubhaft macht, aus denen sich ernsthafte Zweifel ergeben, ob eine vom Schuldner angegebene Forderung besteht oder sich auf einen höheren oder niedrigeren Betrag richtet als angegeben, und vom Ausgang des Streites abhängt, ob die Kopf- und Summenmehrheit der zustimmenden Gläubiger erreicht wird. BGH, Beschluß vom 21. Oktober 2004 — IX 427/02 — LG München I AG München.¹⁷

¹⁷ O consentimento de um credor ao plano de dívidas ínfimas não pode ser substituído pela

InsO § 309

a) Fasst das Insolvenzgericht die eingegangenen Stellungnahmen der Gläubiger zu einem vom Schuldner vorgelegten Schuldenbereinigungsplan in einem Beschluss dahin zusammen, dass mehr als die Hälfte der benannten Gläubiger dem Plan zugestimmt haben und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Summe der Ansprüche der benannten Gläubiger beträgt, so steht damit noch nicht rechtskräftig fest, dass der Schuldenbereinigungsplan die erforderlichen Mehrheiten erreicht hat. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 — IX ZB 142/07 — LG Frankfurt/Oder AG Frankfurt/Oder.¹⁸

Em caso de veto sem substituição de consentimento, o processo de insolvência será rejeitado.

Por outro lado, o plano aprovado será homologado pelo juiz, o que gerará os mesmos efeitos do processo civil, conforme prevê o § 794, Abs. 1, Nr. 1 da Zivilprozessordnung (ZPO), ou seja, de que o de acordo entre as partes implica o encerramento do processo:

(1) Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1.aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits (...);¹⁹

Côrte de Insolvência, se o credor contestador puder alegar fatos críveis que dão origem a sérias dívidas se uma alegada demanda do devedor existe ou se esta visa um montante superior ou inferior ao declarado, e o resultado desta disputa depende se o número exigido de cabeças e montantes dos credores que concordam são atingidos.

18 Se a Corte de Insolvência resume as manifestações dos credores referentes ao plano de reorganização das dívidas apresentado pelo devedor no sentido de que mais da metade dos credores citados (listados no processo) concordaram com o plano, e a soma das demandas dos credores que o estão aprovando é superior à metade da soma das demandas dos credores citados, isto não significa, com valor de “transitado em julgado”, que o plano de reorganização das dívidas atingiu as maiorias exigidas.

19 (1) A execução judicial ocorre, ainda:

1. em virtude de acordos entre as partes ou entre uma parte e um terceiro para o encerramento de uma disputa judicial (...);

Em havendo posteriormente descumprimento do plano, os credores poderão propor ação de execução em face do devedor para a cobrança do crédito, conforme previsto no acordo.

VIII. Conclusão

A legislação alemã, se por um lado tentou facilitar a vida do devedor considerado menos provido, com a disponibilização de um procedimento simplificado, por outro, acabou por lhe trazer um excesso de obrigações a serem cumpridas a fim de atingí-lo, as quais podem tornar mais penosa a busca por uma solução da crise.

Considero louvável a intenção do legislador, mas pondero no sentido de que a busca do ajuste extrajudicial deveria ser uma escolha e não uma obrigação imposta ao devedor. A afirmação se apóia principalmente na indispensabilidade de se apresentar ao juízo declaração de pessoa idônea afirmando que houve um esforço na tentativa prévia de acordo, a qual pode tornar-se demasiadamente onerosa ao insolvente, primeiro porque recairá sobre ele a incumbência de encontrar um intermediário reconhecido judicialmente e, segundo pelo fato de que os gastos decorrentes da imposição podem acabar por agravar a crise econômico-financeira.

Sob a ótica da necessidade de desafogamento da justiça, contudo, figura-se acertada a posição da norma alemã, ao evitar equívocos com relação ao pedido formulado pelo devedor que nem sempre encontrar-se-á apto a decidir sobre os rumos de sua insolvência e, muitas vezes pode utilizar determinada medida com o objetivo de procrastinar a sua ruína ou fraudar credores. Cabe, então, ao Poder Judiciário analisar caso a caso e selar o destino do devedor, após tentativa extrajudicial de acordo e manifestação judicial dos credores.

Adicionalmente, reconheço que a Privatinsolvenz pode ser muito conveniente à pessoa natural insolvente, uma vez que se trata de instrumento exclusivo, à sua disposição, cujo objetivo é o de sanar

o seu desequilíbrio econômico-financeiro, promovendo o seu desligamento das dívidas que originaram o pedido. Nesse sentido, o julgador já se encontra preparado para a análise da situação sob a ótica do hipossuficiente, do devedor despreparado, que não dispõe das mesmas ferramentas a que têm acesso as pessoas jurídicas, a princípio mais familiarizadas com as consequências geradas pela insolvência. Desse modo, cada caso poderá ser verificado levando-se em conta a qualificação do devedor na imposição de determinadas medidas e no proferimento de decisões no processo.

Outro ponto que merece destaque no ordenamento alemão diz respeito à reunião de todas as regras referentes à insolvência em um diploma único. Não há, dessa forma, legislação especial aplicável exclusivamente a uma classe de devedores, como ocorre no Brasil com o empresário. Assim, os institutos da falência e da recuperação tornam-se mais acessíveis a todos os insolventes, que dispõem das mesmas normas na solução da crise. Tem-se com isso a uniformidade e a igualdade em matéria falimentar e recuperatória.

O legislador optou pela praticidade e pela simplificação da matéria englobando todas as possibilidades de insolvência em um legislação única, variando o procedimento de acordo com a situação do sujeito passivo.

No Brasil o insolvente (ou os seus credores, em caso de falência) já determina na petição inicial se o pedido é de falência ou de recuperação. O sistema pátrio é vantajoso para o devedor de boa-fé, tendo em vista que ninguém melhor do que próprio para analisar a sua situação de modo a estabelecer se há a possibilidade de soerguimento ou se só lhe resta a liquidação.

A medida, inclusive, torna o processo mais célere, uma vez que não inclui junto às funções do Poder Judiciário, em um primeiro momento, a averiguação da gravidade da situação do devedor a ponto de julgar-lhe conveniente a recuperação ou decretar-lhe a falência.

A legislação que trata da insolvência do empresário é considerada especial por força da limitação do sujeito passivo, o qual deve

exercer atividade empresária, independentemente da sua condição de pessoa natural ou jurídica. Aos demais reserva-se a regra comum em matéria de insolvência, com regulação pelo Código de Processo Civil.

A crítica se apóia no fato de que as regras da legislação especial seriam mais brandas do que aquelas previstas pelo direito comum, principalmente no que concerne à recuperação e à reabilitação do devedor. Isso se justifica, porém, considerando-se o sistema especial a que se sujeita o empresário desde o início de suas atividades, visto o papel que desempenha como contribuinte e gerador de empregos e riquezas. Desse modo o cuidado com a sua insolvência deve ser maior, já que aí está o ponto limítrofe entre a sua manutenção e o desaparecimento de sua atividade.

Vê-se, portanto, que no Brasil a insolvência do empresário é tratada de forma mais cuidadosa com todas as considerações acerca do instituto e suas conseqüências, não só para o próprio empresário como também para a sociedade em geral, levando-se em conta a sua função social.

Ambos os sistemas apresentam vantagens e desvantagens, dependendo da sua utilização pelo devedor e seus credores. Fato é que as regras devem ser empregadas sempre em proveito da coletividade em primeiro lugar e nunca em prol de interesses particulares que podem acabar por sacrificar a possibilidade de se manter em funcionamento o insolvente economicamente viável e passível de recuperação, afastando-se o princípio da preservação da empresa defendido tanto pela lei alemã quanto pelo ordenamento brasileiro.

Bibliografia:

CAMPINHO, Sergio. *Falência e Recuperação de Empresa — O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro nº 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995.

SMID, Stefan. *Insolvenzordnung (InsO) — Kommentar*. Stuttgart: W Kohlhammer, 1999.

BECKER, Christoph. *Insolvenzrecht*. Köln — München: Carl Heymanns Verlag, 2008.

**NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS**

**LA CONCLUSION DU CONTRAT DE FRANCHISE:
LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE**

**A CONCLUSÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA:
A PROCURA DO EQUILIBRIO**

M.H. Monserie-Bon

Résumé: Le législateur français, conscient des particularités des contrats de distribution en général et des contrats de franchise en particulier, s'efforce de maintenir un certain équilibre lors de la conclusion du contrat de franchise pour assurer une protection au franchisé qui apparaît comme une partie faible. Ainsi, la sélection des candidats franchisés est contrôlée (I) et le franchiseur est contraint de fournir des informations au franchisé avant la conclusion du contrat (II).

Resumo: O legislador francês, ciente das particularidades dos contratos de distribuição em geral e dos contratos de franquia em especial, esforça-se para manter um certo equilíbrio quando da conclusão do contrato de franquia, a fim de assegurar uma proteção ao franqueado que aparece como a parte hipossuficiente. Assim, a seleção de candidatos a franqueados é controlada (I) e o franqueador é obrigado a fornecer informações ao franqueado antes da conclusão do contrato (II).

Mots clés: Franchise, Conclusion du contrat; *intuitu personae*; obligation précontractuelle d'information

Palavras-chave: Franquia, Conclusão de contrato; *intuitu personae*; obrigação pré-contractual de informação

Les réseaux de franchise sont devenus une forme très fréquente de distribution en France et leur développement ces dernières années ont fait naître des interrogations auxquelles la Cour de cassation apporte des réponses empreintes de mesure qui doivent permettre de rétablir un équilibre dans les relations contractuelles établies entre les franchiseurs et les membres du réseau de franchise, les franchisés.

En effet, la pratique des contrats de distribution montre que ces contrats sont souvent marqués d'un déséquilibre «congénital». Le franchiseur dont la puissance économique est généralement bien plus grande que celle du franchisé est alors, en mesure d'imposer à son cocontractant, un contrat pré-rédigé qui ne donnera pas lieu à une négociation entre les parties, le franchisé se contentant d'adhérer aux conditions contractuelles déterminées unilatéralement par le maître du réseau. Les contrats de distribution entrant dans la catégorie des contrats entre professionnels, les dispositions protectrices du droit de la consommation ne sont d'aucun secours pour rétablir ce rapport de forces.

En outre, il faut souligner que le droit français ne comporte aucune réglementation d'ensemble des contrats de distribution dont l'encadrement juridique découle donc du droit commun des contrats, des apports jurisprudentiels et de normes professionnelles qui constituent une «soft law» instituant de bonnes pratiques non contraignantes pour les membres des réseaux¹. Il n'y a donc guère que le droit communautaire qui fournisse des règles qui ont principalement pour objet de valider les réseaux de distribution au regard du droit de la concurrence, plus particulièrement des pratiques anticoncurrentielles.

1 D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec 2007, n° 676; Ph. le Tourneau, Les contrats de franchisage, Litec 2007.

Face à ce constat qui pourrait paraître alarmant, il faut tout de même souligner que le franchisé n'est pas totalement désarmé lors de la conclusion du contrat de franchise puisque la jurisprudence s'emploie à lui assurer une protection quant aux conditions d'accès au réseau de franchise (I), que le législateur est venu conforter en instaurant une obligation précontractuelle d'information (II).

I — Le contrôle des conditions d'accès au réseau de franchise

Il est traditionnel d'affirmer que les contrats de distribution et donc le contrat de franchise sont des contrats conclus *intuitu personae*. Dans cette relation contractuelle, *l'intuitus personae* est bilatéral, la considération de la personne du franchiseur étant aussi importante que celle du franchisé, comme la Cour de cassation vient encore récemment de l'affirmer². Ce caractère *intuitu personae* des contrats de franchise se répercute, bien évidemment, sur leur régime juridique et conduit à se pencher, notamment sur les conditions d'entrée dans le réseau de distribution et sur les modalités de sélection des franchisés par le franchiseur. Par hypothèse, la conclusion du contrat de franchise qui permet au franchisé d'accéder à une activité économique pour laquelle il va bénéficier d'un savoir-faire constitue une opportunité qui attire généralement plus de candidats qu'il n'existe de zones géographiques à attribuer. Le choix opéré par le franchiseur, qui empêche certaines personnes d'entrer dans le réseau, soulève un contentieux qui se cristallise essentiellement sur la possibilité de contrôler le choix opéré par le franchiseur. Or, le caractère *intuitu personae* déjà mentionné de ce rapport contractuel semble plutôt conduire à considérer que le droit de choisir son partenaire est discrétionnaire pour le franchiseur.

2 Cass. com. 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007 (www.legifrance.gouv.fr), Revue contrats, concurrence, consommation, août 2008, comm. 200, obs. M. Malaurie-Vignal «le contrat de franchise conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut être transmis O qu'avec l'accord du franchisé».

La Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 25 janvier 2000³ a précisé, à propos d'un contrat de concession, qu'une cour d'appel devait être censurée car elle s'est déterminée par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par le concédant, critères qui ne permettent pas de **vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats**. Ainsi, la Cour de cassation rompt avec la possibilité de choisir discrétionnairement les distributeurs qui souhaitent entrer dans le réseau. Si l'arrêt statue sur un contrat de concession, rien n'interdit de transposer la solution aux contrats de franchise, qui de ce point de vue obéissent aux mêmes règles. Ainsi, la liberté du franchiseur est réduite et ses critères de sélection doivent être objectifs, transparents et ne doivent pas conduire à des discriminations entre les différents candidats. Cette nouvelle position permet de protéger les franchisés contre l'arbitraire du franchiseur. Il faut alors opérer un rapprochement avec les solutions consacrées, sous l'influence du droit communautaire, pour la distribution sélective⁴. Il faut tout de même noter que cette protection est relative, le franchiseur ayant simplement à établir la nature de ses critères de sélection afin qu'ils soient considérés par le juge comme non discriminatoire. Il sera en réalité bien difficile d'aller plus loin dans le contrôle judiciaire de la sélection opérée par le franchiseur. Mais, cette tendance à la protection du futur franchisé est de nature à moraliser les pratiques précontractuelles dont les excès ont pu être mis en exergue ces dernières années. En effet, l'engouement suscité par la franchise⁵, le développement des réseaux de distribution et leurs besoins d'extension ont créé un véritable marché et l'apparition de réseaux dont le sérieux et les intentions ne sont pas toujours

3 Cass. com. 25 janv. 2000, Revue Contrats, conc., cons. avr. 2000, comm. 64.

4 D. Ferrier, ouvr. préc., n° 593 et s.

5 Cela a même conduit à créer à Paris un salon de la franchise qui permet aux enseignes de présenter leur réseau de distribution et de recruter ainsi les futurs franchisés venus chercher un métier et peut être la fortune...

recommandables. Face de telle pratiques, il faut avant tout protéger le futur franchisé qui s'il n'est pas un consommateur, n'a pas toujours les capacités nécessaires pour bien appréhender les enjeux de son entrée dans le réseau. Dès lors, la première manifestation de la protection du franchisé qui vient d'être examinée se trouve complétée par l'obligation précontractuelle d'information instaurée par l'article L. 330-3 du code de commerce.

II — L'obligation précontractuelle d'information du franchisé

L'essor des réseaux de distribution, la complexité des techniques contractuelles mises en uvre et les abus auxquels elles aboutissent parfois ont conduit le législateur a instauré des dispositions protectrices du franchisé. S'est alors posé la question des techniques à utiliser pour protéger au mieux les contractants au moment de la conclusion du contrat. Très naturellement, même si le contexte semble différent, le législateur français s'est tourné vers le droit de la consommation au sein duquel se sont développées, les mécanismes de protection en raison de la disparité de situation entre les parties au contrat de consommation. Or deux techniques s'imposent essentiellement pour protéger le consommateur, l'obligation d'information et le délai de réflexion, qui apparaissent comme les garants d'un consentement éclairé. Il est intéressant de noter que ces deux figures de protection classiques pour les contrats de consommation ont été transposées dans le droit de la distribution. Mais, il faut bien convenir qu'en matière de protection contractuelle, le droit de la consommation est en France une sorte de loi modèle.

L'article L. 330-3 du Code de commerce dont l'origine se trouve dans une loi du 31 décembre 1989 permet d'appliquer entre des cocontractants professionnels une obligation d'information, similaire à celle qui est imposée en droit de la consommation dans différentes dispositions mais dont le principe se trouve à l'article L. 111-1 du code de la consommation. La lecture de l'article L. 330-3 du code de

commerce révèle immédiatement la généralité de son domaine, ce texte régissant les contrats dans lesquels une personne met à la disposition d'une autre, un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant de ce cocontractant une obligation d'exclusivité ou de quasi exclusivité, le texte ajoutant ensuite que le contrat doit être un contrat d'intérêt commun. Or, il apparaît que ces caractéristiques se retrouvent dans les contrats de distribution en général et dans la franchise en particulier.

En effet, même si la transmission d'un savoir faire constitue l'élément caractéristique du contrat de franchise, cette technique comportera généralement une clause d'exclusivité, le franchisé s'engageant à ne distribuer que les produits du franchiseur. La notion de contrat d'intérêt commun qui rappelle bien sûr celle de mandat d'intérêt commun fait référence, comme pour le mandat, au développement par les deux parties d'une chose commune. Il s'agit en matière de franchise d'une clientèle qui sera attirée, le plus souvent par la marque du franchiseur mais qui sera ensuite développée par le franchisé avec lequel la clientèle est en contact direct⁶. Dès lors, entrant dans le champ d'application de l'article L. 330-3 du code de commerce, la conclusion du contrat de franchise doit être précédée, sous peine de sanctions, de la présentation par le franchiseur au candidat franchisé d'informations dont la liste est fournie dans l'article L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce.

Comme toute les obligations d'information précontractuelle, celle issue de l'article L. 330-3 du code de commerce doit permettre au cocontractant de s'engager en connaissance de cause, ce qui est indispensable au regard des conséquences économiques et professionnelles essentielles du contrat de franchise que l'on qualifie en droit français de contrat de situation. Cette désignation traduit le fait que pour le franchisé, la conclusion du contrat de franchise lui permet d'acquérir une activité professionnelle et qu'il va donc se

6 P.H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec 2008, n° 508.

trouver dépendant économiquement du franchiseur, même si juridiquement il est qualifié de commerçant et qu'il exerce son activité en son nom et pour son compte en prenant les risques liés à l'activité commerciale⁷.

Pour que l'information précontractuelle instituée dans l'article L. 330-3 du code de commerce atteigne son but, le législateur a prévu dans l'article R. 330-1 du code de commerce une liste relativement longue et complète des renseignements que le franchiseur doit transmettre au franchisé. Si l'on synthétise la portée de ce texte, il ressort que l'information porte sur cinq éléments principaux.

Il s'agit de l'identification du franchiseur, de l'ancienneté et de l'expérience de son entreprise, de la présentation de l'état du marché et de ses perspectives, de la présentation du réseau de franchise et des exploitants et enfin des principales caractéristiques du contrat à conclure. La jurisprudence s'emploie, au fil de ses décisions, à rendre pertinente l'information fournie par le franchiseur qui ne doit pas négliger sa rédaction. En revanche, il a été précisé que le franchiseur n'avait pas à fournir au franchisé des prévisions d'activité, notamment des comptes prévisionnels, mais que s'il le faisait spontanément, en dehors de toute obligation légale, l'information fournie devait être objective et raisonnable, sous peine pour le franchiseur de s'exposer à une action en responsabilité si les informations données au franchisé ne sont pas sérieuses. Il faut bien reconnaître que cette position

7 Ainsi après de nombreuses discussions doctrinales et hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation a reconnu au franchisé une clientèle qui lui permet d'obtenir le renouvellement du bail commercial: Cass. civ. 3^e 27 mars 2002, pourvoi 00-20732: «Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls.

jurisprudentielle n'encouragera pas le franchiseur à aller au-delà des prescriptions légales en matière d'information précontractuelle.

Ainsi, le franchisé va pouvoir apprécier la situation du réseau dans lequel il envisage de s'engager. Le franchiseur devra lui adresser également le projet de contrat.

Le législateur a pris conscience que le franchisé n'est pas toujours très bien armé pour apprécier l'information dense qui lui est adressée et qu'il doit donc bénéficier d'un délai pour en saisir réellement la portée, notamment les incidences économiques. Ainsi l'article L. 330-3 du code de commerce prévoit que le document écrit mentionnant toutes les informations précédemment énumérées doit être communiqué **au moins vingt jours** avant la signature du contrat.

L'article L. 330-3 du code de commerce apporte, en outre, des précisions lorsque la signature du contrat de franchise est précédée du versement d'une somme d'argent par le franchisé afin de réserver une zone géographique. Cette pratique de réservation de zone étant très courante, il convient de protéger le franchisé qui va, pour obtenir la zone qu'il convoite, conclure parfois ce contrat de réservation dans la précipitation, à défaut de prescription légale. Ainsi, le délai de réflexion légalement instauré doit être respecté avant le versement des sommes prévues pour la réservation de zone. En effet, lorsque le franchisé aura versé ces fonds, il lui sera plus difficile de remettre en cause ses engagements, il semble judicieux de lui accorder le délai de réflexion avant qu'il exécute le paiement.

Ce délai de réflexion forcée pour le franchisé est le bienvenu, car les franchiseurs avaient tendance, en faisant jouer la concurrence entre les candidats franchisés, à leur faire signer rapidement un contrat qui se révélait ensuite bien défavorable. Comme précédemment avec l'obligation de renseignement, le législateur introduit dans le droit des affaires des techniques traditionnelles de protection qui ont leur origine dans le droit de la consommation.

Pour que la protection née de cette obligation précontractuelle d'information soit efficace, encore faut-il que sa violation soit assortie

d'une sanction appropriée. Or, de ce point de vue, le législateur n'a prévu qu'une sanction pénale⁸ qui ne permet pas de sauvegarder les intérêts du cocontractant victime d'un franchiseur peu scrupuleux.

C'est donc la Cour de cassation qui est venue au secours des franchisés malheureux qui s'aperçoivent après avoir signé le contrat, soit que l'information ne leur a pas été donnée soit qu'elle ne correspond pas à la réalité qu'ils découvrent une fois entrés dans le réseau de franchise⁹. A défaut de texte spécial, la Cour de cassation a donc fait appel au droit commun des contrats, en l'occurrence, à la théorie des vices du consentement¹⁰. Il appartiendra donc au franchisé de prouver que le défaut ou l'inexactitude de l'information a provoqué une erreur ou un dol¹¹ pour pouvoir obtenir la nullité du contrat¹². Il devra établir que cette erreur ou ce dol a été déterminant de son consentement, qu'il n'aurait pas contracté ou qu'il l'aurait fait dans des conditions différentes s'il avait bénéficié des renseignements prévus par la loi. L'opportunité de cette sanction qui aura pour conséquence l'anéantissement rétroactif du contrat est discutée en doctrine. Certains considèrent qu'il serait plus judicieux de se tourner vers la notion de bonne foi afin de sanctionner par des dommages et intérêts les manquements du franchiseur aux obligations qui pèsent sur lui¹³. Si la notion de bonne foi, facteur de moralisation des comportements contractuels, prend une place centrale dans le droit des contrats sous l'influence de la jurisprudence, elle ne doit pas supplanter la théorie des vices du consentement qui se révèle une

8 Une amende de 1500 euros au plus, portée à 3000 en cas de récidive.

9 Cass. com. 10 fév. 1998, *Rev. Contrats, conc.*, cons. 1998, n°55, note Leveneur.

10 Art. 1109 et s. C. civ.

11 Il y aura dol quand seront caractérisées des manuvres frauduleuses du franchiseur ou bien que celui-ci a commis une réticence dolosive en ne révélant pas des informations en sa possession qui étaient déterminantes pour son cocontractant (art. 1116 C.civ).

12 La nullité ne peut pas résulter du seul défaut de l'information: Cass. com. 20 mars 2007, pourvoi 06-11290, *Rev. Contr.*, conc, Cons juill. 2007, comm. 167.

13 Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, *Fasc. Jclass. 1045, Franchisage*, nov. 2007, n° 145.

protection plus radicale dans les situations contractuelles les plus dangereuses. Or, l'application de la bonne foi aurait pour effet de maintenir le franchisé dans les liens d'un contrat qui se révèle défavorable pour lui et dont les conséquences sur sa situation personnelle peuvent être considérables et particulièrement désavantageuses. Il semble donc que le choix de la nullité sur le fondement des vices du consentement soit de nature à protéger efficacement le franchisé sans porter une atteinte trop importante à la sécurité juridique des transactions. Il s'agit d'une nullité relative, de protection qui ne peut être mise en œuvre que par le cocontractant qui en est victime.

Une fois la nullité du contrat de franchise admise, une discussion avait surgi pour savoir si cette nullité devait découler automatiquement de l'absence de respect des dispositions légales par le franchiseur. Cela aurait donc abouti à considérer que le vice du consentement était présumé, le franchisé n'ayant aucune preuve à rapporter concernant l'erreur ou le dol dont il prétendait être victime. Une telle solution, opérant un renversement de la charge de la preuve, aurait été bien sûr encore plus protectrice du franchisé. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas souhaité s'engager dans cette voie. Elle applique les règles du droit commun des contrats, le franchisé qui est victime du vice de consentement doit donc l'établir. S'il souhaite, en plus de la nullité du contrat, obtenir des dommages et intérêts, il devra également prouver son préjudice et le lien de causalité.

Bien que les contrats de franchise appartiennent à la catégorie des contrats d'affaires, le franchisé sera souvent dans une position de faiblesse lors de la conclusion du contrat. Le législateur et la jurisprudence lui fournissent donc des armes pour que l'entrée dans le réseau de distribution ne se révèle pas être rapidement la fin prématurée d'une belle aventure économique...

**PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

ESTUDO DE DIREITO ESTRANGEIRO: O SISTEMA DE PATENTES EUROPEU E AS REIVINDICAÇÕES DE SEGUNDO USO TERAPÊUTICO

FOREIGN LAW STUDY: THE EUROPEAN PATENT SYSTEM AND THE SECOND MEDICAL USE CLAIMS

Ricardo Dutra Nunes

Resumo: O presente artigo versa sobre o sistema de patentes europeu e a solução adotada pelo Escritório de Patentes Europeu para solucionar o problema referente às reivindicações de segundo uso terapêutico. Primeiramente, apresenta-se de forma breve o sistema europeu de proteção aos inventos industriais e o Escritório de Patentes Europeu. Em seguida, examina-se o contexto em que se insere o mencionado problema e inicia-se uma abordagem a respeito da controvérsia acerca das reivindicações de segundo uso terapêutico, bem como sua relação com a vedação legal ao patenteamento de métodos de tratamento. Analisam-se os modelos adotados na Alemanha e na Suíça, para, então, explicar como o problema se originou no âmbito do escritório de patentes da Europa. Aborda-se, ainda, a decisão paradigma do Escritório de Patentes Europeu acerca da matéria. Por fim, indicam-se as decisões posteriores que marcaram a evolução desse posicionamento e verificam-se as alterações legislativas que afetam o tema.

Palavras-Chave: Propriedade intelectual. Patentes. Sistema de Patentes Europeu. Reivindicações de segundo uso terapêutico. Pesquisa e desenvolvimento.

Abstract: The present article turns about the European patent system and the solution adopted by the European Patent Office to solve the problem related to the second medical use claims. Firstly, is made a brief introduction of the European patent system and the European Patent Office. Then, the context related to the mentioned problem is analyzed, and an approach regarding the controversy surrounding the second medical use claims is made, as well as its relation with the statutory legal fence to the patentability of methods of medical treatment. In addition, it is examined the solutions adopted in Germany and Switzerland and how the problem was originated within the European patent office. Also, is presented the European Patent Office's paradigmatic decision about the matter, which sets the current understanding of the institute. Finally, the subsequent decisions that indicate the evolution of this understanding are pointed out, together with the legislative changes that affect the subject.

Keywords: Intellectual property. Patents. European Patent System. Second medical use claims. Research and development.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Sistema de Patentes Europeu. 3. O Es-critório de Patentes Europeu. 4. A Patente Européia. 5. O Problema das Patentes de Uso Terapêutico na Europa. 6. A Solução Adotada pelo Sistema de Patentes Europeu. 7. A Evolução do Entendimento do Sistema de Patentes Europeu. 8. A Revisão da Convenção da Patente Européia. 9. Síntese Conclusiva.

1. Introdução

A possibilidade de exploração econômica da produção intelectual representa, em maior ou menor grau, um incentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento de novas criações industriais. Na quase totalidade dos sistemas jurídicos, esse estímulo é reforçado, em parte, por meio da concessão de patentes em favor daqueles que, diante de determinado problema *técnico*, concebem uma solução *técnica* nova e inventiva, tornando-a pública. Isso porque, através das

patentes, permite-se que seu titular exclua terceiros da utilização de seu invento.

Nesse sentido, cumpre assinalar que a importância do sistema de patentes, vital para diversos setores industriais, mostra-se ainda mais expressiva no âmbito da indústria farmacêutica de pesquisa. Nesse setor, a competição ocorre predominantemente por meio da inovação, consubstanciada na elaboração de um novo medicamento e na sua aprovação pelo órgão de vigilância sanitária, o que constitui um processo longo e custoso.

Infelizmente, os institutos públicos e privados de pesquisa e as indústrias farmacêuticas nacionais, mesmo quando dotados da maior excelência técnica, não dispõem, via de regra, dos recursos financeiros necessários para a criação de uma nova cura e a sua colocação à venda nas prateleiras das farmácias.

É diante desse quadro que exsurtem, como possível solução para redesenhar a atual dinâmica de criação de novas invenções farmacêuticas, as chamadas patentes de segundo uso terapêutico, cerne deste artigo. Em linhas gerais, tais patentes conferem proteção para um novo uso terapêutico de um medicamento já existente, ou seja, protegem uma nova utilização medicinal de uma substância química que já possuía uma função terapêutica conhecida.

A título de exemplo, cita-se o caso paradigmático do ácido acetilsalicílico, princípio ativo da Aspirina[®], inicialmente utilizado como analgésico e antipirético, e que, após a pesquisa e criação de novas dosagens e posologias, passou a ser utilizado também como antiinflamatório e antitrombótico.

Observe-se que o custo financeiro e o tempo despendidos com as pesquisas necessárias para a criação de um segundo uso terapêutico para um medicamento já conhecido, apesar de ainda bastante significativos, são substancialmente menores do que os gastos para a elaboração de uma nova substância com efeitos terapêuticos.

Justamente em virtude dessa característica, é que as invenções de segundo uso farmacêutico, porque mais compatíveis com a capacidade de investimento dos institutos e indústrias de pesquisa nacionais, aparecem como uma alternativa para que o Brasil deixe de fazer parte do grupo de países meramente usuários de inovações médicas, transformando-se em um país criador de novas soluções terapêuticas. A esse respeito, inclusive, vale dizer que já hoje, grande parte dos pedidos de patente na área farmacêutica realizados por residentes no país envolve diretamente um segundo uso terapêutico.

Todavia, questiona-se atualmente em diversos países, inclusive no Brasil, a viabilidade jurídica dessa modalidade de patente. Afinal, é possível patentear um segundo uso terapêutico?

Um primeiro olhar sobre o assunto já permite concluir que muito da dificuldade e aspereza que o assunto apresenta no Brasil decorre do fato de o país ainda se encontrar um passo atrás da comunidade internacional no que concerne ao estudo jurídico de patentes farmacêuticas. Basicamente porque, durante várias décadas, tais patentes foram proibidas pelo ordenamento brasileiro, causando um verdadeiro hiato no que se refere à doutrina e à jurisprudência relativas à matéria. Pouco se escreveu, se debateu e se decidiu sobre patentes farmacêuticas no país durante todo esse período.

Assim, torna-se pertinente, senão necessário, pesquisar como o direito estrangeiro aborda a questão do segundo uso terapêutico, já que, em muitos sistemas jurídicos, o tema é intensamente debatido há mais de vinte e cinco anos. Nessa ordem de idéias, o sistema de patentes europeu figura como principal modelo para o sistema brasileiro, em especial por duas razões.

Primeiramente, a legislação européia de patentes, no que tange à questão do segundo uso terapêutico, é razoavelmente semelhante aos diplomas legais brasileiros, tendo sido preciso solucionar lá, basicamente, os mesmos problemas que aqui se mostram sensíveis, tornando desnecessárias maiores adaptações. Em segundo lugar, o

Escritório de Patentes Europeu (EPO — *European Patent Office*) é reconhecidamente um órgão de excelência no exame de pedidos de patente, já tendo celebrado, inclusive, diversas parcerias com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Convém assentar, no entanto, que nada impede o INPI de divergir de qualquer entendimento sustentado pelo EPO, eis que o instituto brasileiro é competente e capacitado para analisar autonomamente um pedido de patente, tendo o dever de fazê-lo de forma soberana no território nacional.

O que se pretende ressaltar, como premissa ao desenvolvimento deste trabalho, é tão-somente a grande conveniência de se analisarem as decisões proferidas anteriormente por escritórios de patente estrangeiros sobre um mesmo assunto, ainda que para embasar posicionamentos em sentido diametralmente oposto. Refutar essa utilidade seria fechar os olhos para uma evolução natural do sistema de patentes mundial, marcado pela crescente cooperação entre os organismos de concessão de patentes dos mais diversos países.

Portanto, partindo-se dessa premissa, considera-se extremamente relevante, para subsidiar a controvérsia sobre a patenteabilidade das invenções de segundo uso terapêutico, o estudo aprofundado das soluções adotadas pelo EPO acerca do tema, ainda que se discorde veementemente do que foi decidido.

Não se pretende, de forma alguma, sugerir que a postura adotada na Europa é correta ou incorreta, nem que deva ser seguida ou afastada pelo Brasil. Almeja-se, apenas, trazer à tona decisões administrativas e judiciais de um sistema jurídico que, de modo incontestável, debateu mais profundamente e por muito mais tempo uma questão que promete se tornar — ou que já se tornou — problemática no direito brasileiro, a fim de eventualmente colaborar com sua resolução.

Cuida-se, sobretudo, de um estudo de direito estrangeiro, não de um trabalho de direito comparado.

2. O sistema de patentes europeu^{1, 2}

O sistema de patentes europeu fundamenta-se na Convenção da Patente Européia, em vigor desde 1977³. Em síntese, consiste em um sistema alternativo que versa sobre a concessão de patentes européias, através de um procedimento unificado⁴ perante o Escritório

1 A primeira parte deste trabalho foi assim intitulada em alusão à obra PATERSON, Gerald. *The European Patent System: the law and practice of the European Patent Convention*, 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, que serve de base para todas as colocações feitas neste artigo. Impende salientar, entretanto, que o objeto do presente estudo não é propriamente o sistema de patentes europeu, mas sim o sistema dos países europeus signatários da *European Patent Convention*, como se verá a seguir. Assim, faz-se a ressalva de que há países na Europa que não se inserem no contexto descrito a seguir.

2 Em apresentação a livro do qual foi organizador, Denis Borges Barbosa ressalta a relevância do estudo do sistema de patentes europeu: “O direito europeu de patentes é especialmente importante para os leitores brasileiros pela sua modernidade e equilíbrio” (SICHEL, Ricardo. O Direito Europeu de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Industrial, org. BARBOSA, Denis Borges. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. VII). Seguindo a mesma rota, o autor do livro afirma: “não se pode negar a importância do desenvolvimento do direito da propriedade intelectual na Europa, citando-se como exemplo o ocorrido no campo de proteção de inventos” (Ibidem, p. 1).

3 Doravante denominada “EPC” (*European Patent Convention*). Trata-se da “*Convention on the Grant of European Patents*”, assinada na cidade de Munique em 1973 e em vigor desde 07/10/1977. Como examinado adiante, a EPC foi objeto de revisão em 2000 e o novo texto da convenção entrou em vigor em 13/12/2007.

A EPC conta atualmente com trinta e quatro países-membros, além de quatro outros países que aceitam certos efeitos da convenção. Perceba-se que, embora muitos signatários da aludida Convenção façam parte da União Européia (UE), as duas instituições não se confundem. Nessa linha, FEKETE, Elisabeth K. afirma que a EPC é fonte primária do processo de integração europeu: “As fontes primárias são as que não derivam de uma outra criação legislativa da Comunidade, existindo de forma independente (como, por exemplo, o Tratado de Roma, e, no que concerne à propriedade industrial, a Convenção da União de Paris, de 1883, e a Convenção Européia de Patentes, de 1977)” (A Propriedade Intelectual no Quadro das Reformas Institucionais da União Européia Pós-Maastricht. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 49, set./out. 1996).

4 Esse procedimento unificado mitiga — mas não fulmina — o princípio da territorialidade das patentes, assim explicado por SICHEL, Ricardo: “As regras nacionais relativas à propriedade industrial se limitam ao território onde foram editadas. Esta regra refere-se ao princípio da territorialidade. [...] Daí decorre que um mesmo beneficiário poderia requerer patentes independentes em vários Estados. Por conseguinte, estabeleceu-se a regra de que tantas proteções territoriais quantos requerimentos formulados. [...] Somente através do requerimento em vários

Europeu de Patentes⁵. Tal sistema permite que as patentes concedidas conforme esse procedimento centralizado produzam, nos países-membros designados, os mesmos efeitos de patentes regulares nacionais⁶. Apesar disso, o *enforcement* desses direitos patentários — ou seja, as medidas contra a infração desses direitos — continua a cargo do Poder Judiciário de cada país-membro⁷.

Para uma melhor descrição do sistema, consigna-se o magistério de Muir, Brandi-Dohrn e Gruber:

In each of the Contracting States designated in it, a valid European patent application also has the equivalent effect of a regular national application. After substantive examination as to the patentability of the invention for which the application is made, a European patent is granted by the European Patent Office (EPO) for all the designated Contracting States. In so far as the EPC contains no contrary provisions with respect to minimum protection, these European patents have the same effect and are subject to the same regulations as national patents in all of the respective Contracting States^{8,9,10}.

países poderia um invento desfrutar de proteção patentária internacional” (A Evolução do Direito Internacional de Patentes na Europa. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 43, p. 39-40, nov./dez. 1999).

5 Doravante denominado “EPO” (*European Patent Office*).

6 V. “[a] concessão de uma patente europeia pode ser requerida no Escritório Europeu de Patentes de Munique, para um ou mais estados-membros (art. 3) e gera, nos países em que ocorreu, os mesmos efeitos, sujeitando-se às mesmas condições, que uma patente nacional” (FEKETE, Elisabeth K. Op. cit., p. 49).

7 V. PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 3.

8 MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. *European patent law: law and procedure under the EPC and PCT*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 2.

9 Em adendo, assevera-se que o próprio texto da EPC, em seu capítulo inicial, resume de forma clara o sistema de patentes europeu: “- *the unification of the law in respect of granting patents; — which are to be identified as European patents; — which can be applied in respect of one or more of the Contracting States; and — which in each such State have the same effect as a national patent*” (SINGER, Romuald; SINGER, Margarete; rev. LUNZER, Ralph. *The European Patent Convention: a commentary*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995, p. 15).

10 No mesmo sentido, digno de nota o apontamento de SICHEL, Ricardo sobre os objetivos da Convenção da Patente Europeia e suas conclusões acerca do tema: “Objetiva a Convenção

Diante dessas contribuições doutrinárias, pode-se concluir que, consoante fora adiantado, o sistema engendrado pela EPC opera mediante um procedimento unificado de exame e concessão, apto a gerar um sem número de patentes nacionais, administradas e executadas (*enforced*) pela jurisdição interna de cada país. Não há que se falar, frise-se, em uma patente única, supranacional¹¹, a valer em to-

Européia de Patentes a racionalização dos procedimentos (requerimento e concessão) relativos a patentes, no seio do Escritório Europeu de Patentes. Os procedimentos neste escritório são centralizados, sendo considerados como válidos pelos Estados nominados pelo requerente, quando da apresentação de seu pedido. A centralização de procedimentos se encerra com a concessão da patente, na medida em que a patente européia tem, nos Estados escolhidos pelo requerente, os efeitos de um privilégio nacional. [] A patente européia constitui um importante desenvolvimento do direito de patentes na Europa. Ela possibilita que o campo de proteção da patente, através de um único requerimento, ocorra em vários Estados. [] a patente européia cria um procedimento de concessão centralizado que culmina na concessão de patentes nacionais [] numa possibilidade de simplificação de procedimentos” (A Evolução do Direito Internacional de Patentes na Europa. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 43, nov./dez. 1999, p. 45-46).

Na mesma linha a explicação de KOBER, Ingo: “O objetivo principal do sistema europeu de patentes é racionalizar a concessão, através de um procedimento único e centralizado, em qualquer parte onde a proteção européia seja solicitada. Ao preencher uma única requisição em um dos três idiomas oficiais — inglês, francês ou alemão — o usuário pode obter proteção solicitada em quantos países-membros desejar. Outros objetivos são a harmonização e a melhoria da qualidade de patentes concedidas na Europa, contribuindo para a criação de um mercado interno da União Européia e do Espaço Econômico Europeu” (A unificação da patente européia. *Panorama da Tecnologia*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 27, setembro de 2000).

Frisa-se que a racionalização do procedimento de concessão de patentes concretiza-se, por exemplo, na diminuição dos gastos com tradução. É que todo o procedimento unificado ocorre em uma das línguas oficiais do EPO e, somente vindo a ser concedida a patente, opera-se a tradução para a língua dos Estados-membros que exijam essa formalidade. Esse aspecto de redução dos gastos com tradução resta bem assinalado por ELZABURO, Alberto de: “*es evidente que el Convenio de Munich de 5 de Octubre de 1973, aunque estableció que los Estados Membros podrían exigir el requisito de la traducción para que la Patente Europea concedida quedara validad y produjera efectos en su territorio, supuso un notable avance en la reducción de costes y de riesgos de ver éstos perdidos sin ningún fruto: la solicitud se presenta y tramita en un único idioma y la traducción de la memoria sólo hay que hacerla si la patente se concede, y sólo si se considera interesante mantener sus efectos en un determinado territorio. Es decir, que lo que antes era un gasto necesario para intentar la protección ha pasado a ser un gasto voluntario en el caso de haberla obtenido.*” (*El problema lingüístico en relación con las patentes en Europa*. Barcelona: Agesorpi, 1995, p.15).

11 Conforme explica SICHEL, Ricardo, “[a] Convenção Comunitária Européia, na versão de

das as nações signatárias da convenção, mas sim em um exame unificado que pode culminar em uma patente nacional em cada um dos países designados¹².

Traçada essa delimitação inicial do sistema de patentes europeu, insta acentuar que, para que este fosse estabelecido, foi fundamental firmar-se a sua coexistência acorde com a legislação interna dos países-membros¹³. Afinal, provavelmente os Estados signatários da EPC não a teriam aceitado, se isso implicasse uma total substituição de seus sistemas internos¹⁴.

Não obstante, cabe perceber que a EPC surgiu a partir do interesse dos países europeus em harmonizar seus sistemas de patentes, ainda que sob pena de proceder-se a algum enfraquecimento de suas soberanias¹⁵. Não por outra razão, muitos dos países-membros

1975, ainda não entrou em vigor. Esta convenção regula a existência de uma patente única, no âmbito das nações da Comunidade Européia, sem, entretanto regular, como faz a Convenção Européia de Patentes, que de um requerimento unificado resulte múltiplos privilégios com validade nacional limitada. Esta convenção viabiliza, no âmbito da União Européia, a instituição de uma patente única” (O Direito ..., p.22-23).

12 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 20-22.

13 A propósito dessa chamada coexistência acorde, vale dizer que “paralelamente ao processo europeu, nos países-membros continua em vigor o sistema de concessão de patentes. Cada membro da EPC, portanto, tem liberdade de escolher ou de manter o sistema que mais se adapte às suas tradições e necessidades econômicas” (KOBBER, Ingo. Op. cit., p. 27).

14 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 20.

15 Essa harmonização decorre diretamente do processo de integração europeu e, segundo alguns autores, culminará com a adoção de um título jurídico comunitário, a estatuir, propriamente, um sistema de concessão de patentes comunitárias, mais amplo, portanto, do que o hoje existente, que se funda, como visto, em um procedimento unificado de patentes nacionais. Considerando “irreversível” e “desejável” a criação de um sistema unitário de propriedade intelectual na Europa, GONÇALVES, Luís M. Couto afirma que “Quem permite o mais permite o menos: se a soberania nacional (pelo menos em seu sentido tradicional do termo) já foi ao ponto de abdicar da moeda própria então também deve prescindir do princípio da territorialidade da propriedade industrial sempre que tal se justifique (e o funcionamento harmonioso do mercado único justifica-o)” (O Espaço Europeu da Propriedade Industrial. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Madri, Tomo XXVI/05-06, p. 98, 2006). Importante salientar que as discussões sobre a instituição da patente comunitária encontram-se atualmente paralizadas.

alteraram suas legislações internas para uniformizá-las com as estipulações da convenção, mesmo não sendo isso obrigatório. Essa harmonização, diga-se de passagem, afetou inclusive a interpretação das normas de direito patentário pelas cortes locais^{16,17}.

Tendo em conta essa influência exercida pela EPC sobre a legislação e a jurisprudência dos países contratantes, insta notar que, em mão inversa, também se constata uma forte animação da referida convenção pelo direito interno dos países signatários. A título ilustrativo, assevera-se que vários dispositivos da EPC representam cópia fiel de preceitos já existentes na legislação interna de nações européias¹⁸.

Noutro giro, finalizando essa breve exposição sobre o sistema de patentes europeu, passa-se a analisar suas fontes. Nesse enfoque, assinala-se que o direito europeu de patentes não se limita à EPC e aos ordenamentos internos de cada país. Ao revés, existem outras fontes que atuam autonomamente ou como meio de interpretação, vindo, de todo modo, a funcionar como disciplina aplicável ao sistema de patentes europeu. Exemplificativamente, mencionam-se a Convenção da União de Paris (CUP), o Tratado de Cooperação em

16 Conforme se infere da lição de PATERSON, Gerald: *“Such co-operation and standardisation inevitably involves each Contracting State giving up, to some extent, the right to determine exactly what law is, even though such law affects the legal rights within each Contracting State. The codification of law which is embodied in the EPC is necessarily the result of compromise, and its roots are based in joint European interest rather than individual national interest. Ratification of the EPC does not bind a Contracting States to bring its national law into conformity with the EPC. However, most of the 19 current Contracting States, including the United Kingdom, have changed their national laws so that they do so conform. (...) The EPC has not only caused a change in the written law as set out in the Patent Acts, however. Its impact is also felt upon the way in which such written law is interpreted by the courts”* (Op. cit., p. 3).

17 A questão relativa às patentes de segundo uso médico, como se verá na próxima parte deste trabalho, é possivelmente o melhor exemplo da deferência dada pelas cortes nacionais às decisões do EPO, sendo possível citar, também, o emblemático caso *Toowutvirus*, tocante à patenteabilidade de micro-organismos e ao requisito de reprodutibilidade (*Tolluwutvirus*, BGH, Decisão X ZB 4/86 O.J. EPO 1987, 429) (Ibidem, p. 25-28).

18 Ibidem, p. 4.

Matéria de Patentes (PCT), o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) e a Convenção de Estrasburgo, todos interpretados de acordo com o que determina a Convenção de Viena.

Ademais, pelo realce apresentado na interpretação do direito europeu de patentes, cabe referir às decisões dos órgãos recursais do EPO, sobretudo àquelas publicadas no Jornal Oficial da organização (“O.J. EPO” — *Official Journal of the EPO*), normalmente a pedido do presidente da câmara julgadora. Independente de tais decisões serem ou não vinculantes, o que será estudado a frente, costumam ser seguidas pelos órgãos de primeira instância do EPO.

Outra fonte significativa do direito europeu de patentes são as diretrizes de exame do EPO, extremamente importantes para o funcionamento do Sistema Europeu de Patentes, em especial durante os primeiros anos de vigência da EPC¹⁹.

Por último, citam-se as decisões dos tribunais nacionais acerca das legislações domésticas, que atuam, indiretamente, como fonte de interpretação do direito de patentes na Europa, na medida em que as indigitadas legislações, de acordo com o já aqui consignado, mostram-se, em geral, similares à EPC. No entanto, deve-se fazer a ressalva de que essa fonte apresenta maiores dificuldades de manejo do que as demais anteriormente analisadas²⁰.

¹⁹ Ibidem, p. 6-7.

²⁰ A respeito, leia-se a lição de PATERSON, Gerald, em que são listados alguns fatores que tornam sua utilização menos recorrente pelos órgãos recursais do EPO: “(a) *only a relatively small number of national courts have issued decisions on such points of law, in comparison with the increasing number of decisions issued by the Board of Appeal*; (b) *especially if only one or two national decisions on a point of law have been issued, it may be difficult for Board of Appeal to apply such decisions*; (c) *in some cases, the issued national decisions on a point of law are inconsistent*; (d) *in any event, it is currently difficult to obtain information concerning relevant national decisions which have been issued in the national courts of the Contracting States (and such information, if available, may need to be translated into the official language of the EPO)*” (Ibidem, p. 11).

3. O escritório europeu de patentes²¹

A EPC criou a Organização da Patente Européia²². Trata-se de organização intergovernamental formada pelo EPO, responsável pela concessão de patentes, e pelo Conselho Administrativo, órgão de supervisão. Atualmente a referida organização é composta por trinta e quatro países-membros²³, estando sua estruturação bem descrita na obra de Gerald Paterson:

The EPC establishes a European Patent Organisation which consists of the European Patent Office (EPO) and the Administrative Council (Article 4 (1) and (2) EPC) and which has administrative and financial autonomy (Article 4 (1) EPC). According to Article 4 (3) EPC "The task of the Organisation shall be to grant European patents. This shall be carried out by the EPO supervised by the Administrative Council. The EPO is directed by its President, who is responsible for its activities to the Administrative Council (Article 10 EPC), and is administratively organised as five Directorates-General(DG). The five Directorates-General are DG 1 (Search), DG 2 (Examination/opposition), DG 3 (Appeals), DG 4 (Administration) and DG 5 (Legal/international affairs). Each Directorates-General has a Vice-President, and all five are within responsibility of the President, and assist him directing the EPO (Article 10 (3) EPC) [...]. The European Patent Organisation is primarily responsible for implementation of the EPC. The EPO is res-

21 Cumprê repisar, para evitar qualquer desentendimento, que o EPO não é uma instituição da União Européia. (KOBBER, Ingo. Op. cit., p. 26).

22 A Organização da Patente Européia possui personalidade jurídica, sendo representada pelo Presidente do EPO.

23 A saber, Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Malta, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia, Suécia, Suíça e Turquia. Além dos países-membros, quatro outros Estados reconhecem a validade de patentes européias, mediante requerimento, quais sejam, Albânia, Bósnia e Herzegovina, Macedônia e Sérvia. Por fim, impende averbar que quatro países foram convidados a se tornar membros da EPC: Albânia, Macedônia, San Marino e Sérvia.

*possible for the interpretation of the EPC in relation to the granting of European patents*²⁴.

A primeira instância decisória do EPO se divide em quatro departamentos, quais sejam, a Divisão Legal, a Divisão de Recebimento, a Divisão de Exame e a Divisão de Oposição²⁵. As Câmaras Recursais configuram a segunda instância decisória do EPO, e suas decisões desempenham, como já dito, o papel de importante e dinâmica fonte do direito europeu de patentes. Evidentemente, “[t]he purpose of appeal proceedings is to give a losing party the opportunity to attack an unfavorable decision of the first instance”²⁶.

O próprio EPO reconhece o caráter judicial das decisões proferidas pelas Câmaras Recursais. Em uma decisão que apresenta de forma clara essa constatação, é dito que “the Boards act as courts with the task of ensuring that the provisions of the EPC do not conflict with the law when applied in practice”²⁷. Dessa forma, não há dúvidas: “[t]he Board of Appeals are genuine courts”^{28, 29, 30}.

24 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 4. Acentua-se, ainda, que “[o] Escritório detém um grau elevado de autonomia administrativa e é totalmente autofinanciado”, sendo que “seu orçamento operacional e de investimentos é obtido inteiramente através da arrecadação de taxas processuais e de parte das taxas de renovação de patentes” (KOBBER, Ingo. Op. cit., p. 26).

25 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. ix e x.

26 MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op. cit., p. 228.

27 G1/86 *VOEST ALPINE/Re-establishment of opponent* O.J. EPO 1987, 447; [1987] E.P.O.R. 388.

28 Ibidem, p. 227.

29 Adicionalmente, cabe mencionar que as Câmaras Recursais, de acordo com o art. 111(1) da EPC, possuem os mesmos poderes e as mesmas competências das Divisões de primeira instância responsáveis por proferir a decisão recorrida. Dessa maneira, as câmaras podem tanto decidir o caso objeto de recurso quanto simplesmente devolver o processo para a divisão originária, a fim de que esta dê prosseguimento ao caso, conforme orientações estabelecidas em segunda instância (Ibidem, p. 167).

30 Ainda no que concerne às decisões das Câmaras Recursais, há de se frisar que uma decisão no sentido de revogar uma patente produzirá efeitos em todos os países-membros, em virtude do que ficou conhecido como “a central ‘knock-out’ system” (*Lenzing AG’s European Patent* (U.K.) [1997] R.P.C. 245). Por outro lado, uma decisão que declare a validade da patente não

Avançando no tema, é preciso dizer que anteriormente à revisão da EPC³¹, as decisões das Câmaras Recursais eram finais e irrecoráveis, ainda que fossem flagrantemente equivocadas. Assim, as decisões proferidas pela segunda instância decisória do EPO não eram revistas, nem pela própria instituição, nem pelas cortes nacionais dos países-membros. Esse sistema, contudo, foi objeto de severas críticas, vindo a ser modificado pelo novo texto da EPC³², que será objeto de maior dedicação em trecho posterior desse estudo.

Outra questão relevante é o fato de que as decisões das Câmaras Recursais não são vinculantes³³, mas possuem uma força persuasiva muito grande, formando um sistema extra-oficial de precedentes, por força do princípio de que “casos semelhantes devem ser decididos do mesmo modo”³⁴. Vige, portanto, um sistema jurisprudencial em que as decisões anteriores se presumem corretas, devendo ser seguidas, salvo boa fundamentação em sentido contrário. É o que Gerald Paterson chamou de “*system of non-binding precedent*”³⁵, que em nada surpreende juristas brasileiros, acostumados ao sistema da *civil law*.

vinculará os tribunais nacionais, por não se considerar ser esta uma decisão definitiva e conclusiva sobre a questão. Nesse sentido já decidiram os tribunais ingleses e alemães: *Buehler AG. v. Chronos Richardson Ltd* (U.K.) [1998] R.P.C. 609 e BGH Case No. XZR 29/93; G.R.U.R. 757, 759.

31 Com se verá mais adiante, a convenção foi alterada pelo “Ato de Revisão da Convenção sobre a Patente Européia de 29 de novembro de 2000”, em vigor desde 13 de dezembro de 2007.

32 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 202.

33 A vinculação se limita aos órgãos decisórios de primeira instância com relação ao caso concreto decidido pelas Câmaras de Recurso (MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op. cit., p. 244).

34 Aqui, cumpre lembrar as lições de MAC CORMICK, Neil sobre a importância dos precedentes (vinculantes ou não): “é uma questão de justiça: se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados”. (*Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Trad.: Conrado Huber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191).

35 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 146.

Note-se que essa grande força persuasiva conferida às decisões das Câmaras Recursais, que, diga-se de passagem, bem atende à segurança jurídica, resta formalizada pelo regimento interno, ao exigir fundamentação específica para qualquer posição divergente de decisão anterior das câmaras. Leia-se, a propósito, a explicação de Gerald Paterson:

*It is relatively simple to deviate from an interpretation of the EPC in an earlier decision without explaining why: but to give the grounds for the deviation is generally not so easy. That would normally involve giving reasons why the deviating Board considers that the interpretation or explanation in the earlier decision is wrong*³⁶.

Apesar disso, não se pode negar que o brutal e constante aumento do número de decisões proferidas a cada ano pelas Câmaras Recursais, aliado à cada vez maior quantidade de câmaras recursais instituídas, vem tornando mais comum a existência de decisões conflitantes nessa instância de recursos. E exatamente com o fim precípuo de solucionar as divergências formadas no bojo da segunda instância do EPO, uniformizando a interpretação da EPC, existe Grande Câmara de Recurso.

Em termos históricos, verifica-se que a Grande Câmara de Recurso do EPO foi criada com dois propósitos centrais: (i) garantir a uniformização da aplicação da EPC pelas Câmaras Recursais e (ii) decidir questões legais relevantes a respeito da EPC. Em decorrência disso, o próprio EPO manifestou-se no sentido de a Grande Câmara não constituir uma terceira instância recursal³⁷.

Ainda quanto aos objetivos da Grande Câmara, deve-se frisar que a revisão da EPC ampliou-os, estatuidando uma terceira função

36 Ibidem, p. 146.

37 “*The Enlarged Board of Appeal is not a third instance within the EPO, but part of the second instance constituted by the Board of Appeal*” (T79/89 XEROX/*Finality of decision* O.J. EPO 1992, 283; [1990] E.P.O.R. 558).

para o órgão, qual seja, (iii) corrigir determinadas decisões proferidas pelas Câmaras de Recurso. Assim, existem atualmente essas três possibilidades para que a Grande Câmara seja chamada a se manifestar.

Finalizando o estudo do EPO, assevera-se haver certo dissenso doutrinário quanto aos efeitos das decisões lavradas pela Grande Câmara. Gerald Paterson considera que, por expressa disposição regimental, estas vinculam todas as Câmaras Recusais, para todas as posteriores hipóteses em que se deparem com a questão então julgada — e não apenas àquela de onde houver se originado o caso apreciado, com relação ao processo especificamente analisado:

[...] every Enlarged Board opinion or decision has a binding effect upon subsequent individual Board of Appeal, having regard in particular to Article 16 RPBA which states:

*'Should a Board consider it necessary to deviate from an interpretation or explanation of the EPC contained in an earlier opinion or decision of the Enlarged Board of Appeal, the question shall be referred to the Enlarged Board of Appeal'*³⁸.

Romuald e Maragete Singer, por outro lado, não reconhecem uma eficácia vinculante das decisões da Grande Câmara, mas pontuam que o regimento interno “*has the effect of ensuring consistent adherence to points of principle decided by the Enlarged Board*”:

Article 112(3) limits the binding effect of a decision of the Enlarged Board of Appeal to the Board of Appeal, and to the appeal in respect which the question was put. There is no provision extending its decision to other cases. Nevertheless, Article 16 of the Rules of Procedure of the Enlarged Boards of Appeal provides that should a Board consider it necessary to deviate from an interpretation or explanation of the Convention, contained in an earlier opinion or decision of the Enlarged Board of Appeal, the question shall be referred to the Enlarged

38 Ibidem, p. 219.

*Board of Appeal. This has the effect of ensuring consistent adherence to points of principle decided by the Enlarged Board*³⁹.

Seja como for, fato é que o regimento interno dispõe que, se qualquer Câmara Recursal pretender discordar de julgado anterior da Grande Câmara, deverá, obrigatoriamente, remeter o caso para esta corte superior. Dessa forma, caberá à Grande Câmara efetivamente decidir se o posicionamento antes adotado é o correto, ou se melhor é o novo entendimento pretendido pela Câmara remetente. Daí, conclui-se que as Câmaras Recursais não são livres para decidir em direção contrária a um posicionamento previamente adotado pela Grande Câmara.

4. A patente européia

Como exposto, o sistema de patentes europeu possibilita, através de um procedimento unificado, a concessão de uma patente européia, produzindo em cada um dos países-membros designados pelo requerente. Outrossim, os efeitos das patentes assim conferidas são idênticos aos que produziriam patentes nacionais concedidas internamente por cada um dos países indicados⁴⁰. Dessa feita, *“[f]or each Contracting State, the respective national law has to be referred to in order to determine the effect of European patent applications and patents designating that State and to determine the rights granted to their proprietors”*⁴¹.

39 SINGER, Romuald; SINGER, Margarete; rev. LUNZER, Ralph. Op. cit., p. 584-585.

40 MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op. cit., p. 184.

41 Ibidem, p. 245. Repisa-se, ademais, que o sistema europeu de patentes versa sobre a validade das patentes européias, mas a violação dos direitos decorrentes dessas patentes continua sendo coibida internamente por cada um dos países contratantes da EPC. Ou seja, continua valendo a regra de que “[o] Estado é competente para impedir que o uso exclusivo do invento objeto da patente seja maculado, porém esta competência encontra-se territorialmente limitada” (SICHEL, Ricardo. A Evolução ..., p. 40).

A respeito do conteúdo formal de uma patente europeia, cabe dizer que ele é basicamente o mesmo de qualquer patente nacional, o que denota a importância do relatório descritivo e das reivindicações⁴², que serão ora analisados.

Primeiramente, imperioso esclarecer que o relatório descritivo, ao contrário do que se imagina, não tem como única função revelar à sociedade um determinado invento, permitindo que um técnico no assunto⁴³ utilize-o. Ele apresenta outra função fundamental, consistente em dar suporte às reivindicações, que devem ser sempre lidas e interpretadas à sua luz⁴⁴.

Já no que tange às reivindicações, insta acentuar que sua função maior é definir o escopo da proteção patentária. A abrangência das reivindicações deve se ater à contribuição técnica revelada pelo relatório descritivo, conforme leciona Gerald Paterson: “*when determining the allowable scope of the claim, it is first necessary to determine the technical contribution to the art which underlies the claimed invention and which has been disclosed to a skilled reader*”^{45,46}.

42 SICHEL, Ricardo explica que o requerimento de patente europeia deve conter: “uma petição de requerimento de patente europeia, a descrição da invenção, uma ou mais reivindicações, os eventuais desenhos que estejam relacionados com as reivindicações ou descrição da patente e um resumo desta” (Ibidem p.58-59).

43 Sobre essa questão do “técnico no assunto”, vale elucidar: “*The skilled person is the addressee for both the disclosure and the inventive step. At the same time he sets the standard required of the disclosure: the disclosure must put him in a position to carry out the invention without unreasonable expenditures, i.e. the disclosure must be an ‘enabling disclosure’*” (MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op. cit., p. 132).

44 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 310. Nesse sentido, aliás, posicionam-se, nitidamente, as instâncias decisórias do EPO: “*The extent of the patent monopoly, as defined by the claims, should correspond to the technical contribution to the art in order for it to be supported, or justified []. This means that the definitions in the claims should essentially correspond to the scope of the invention as disclosed in the description. [] Thus, the requirement of Article 84 EPC that the claims shall be supported by the description is of importance in ensuring that the monopoly given by a granted patent generally corresponds to the invention which has been described in the application*” (T133/85 XEROX/Amendments O.J. EPO 1988, 441, [1989] E.P.O.R. 116).

45 Ibidem, p. 337. Na mesma direção, cf. MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op. cit., p. 142.

Diante dessas considerações, vê-se que, na esteira do consolidado em doutrina, as reivindicações podem ser de vários tipos, tantas quantas forem as possibilidades inventivas. No entanto, há de se frisar que, academicamente — mas com efeitos práticos relevantes —, elas costumam ser classificadas em dois gêneros principais: o das reivindicações que abrangem uma “*physical entity*” e o das que abrangem uma “*physical activity*”. Segundo esse entendimento, todo e qualquer tipo de reivindicação se enquadra em um desses dois grandes gêneros podendo haver, inclusive, reivindicações híbridas, que se encaixam em ambos os gêneros mencionados⁴⁷. Ilustrativamente, aparelhos ou composições seriam reivindicações de *entidade* física, enquanto processos de fabricação configurariam *atividade* física.

No que se faz pertinente a este trabalho, cabe pontuar que, a partir dessa classificação, dividem-se as reivindicações em subgêneros ou espécies, dentre os quais cumpre analisar dois, quais sejam, (i) as reivindicações de produto e (ii) as reivindicações de uso.

Pois bem, as reivindicações de produto, quando se trate, por exemplo, de máquinas ou aparelhos, protegem o produto em si, em todos os contextos e qualquer que seja seu uso⁴⁸. Assevera-se que: “[*the protection of the patent extends to each product having the same*

46 No que concerne à função das reivindicações, impossível deixar de citar a famosa decisão G 2,6/88, cujo teor é bastante claro: “*Article 84 EPC provides that the claims of a European patent application ‘shall define the matter for which protection is sought’.* Rule 29(1) EPC further requires that the claims ‘shall define the matter for which protection is sought in terms of the technical features of the invention’. The primary aim of the wording used in a claim must therefore be to satisfy such requirements, having regard to the particular nature of the subject invention, and having regard also to the purpose of such claims. The purpose of claims under the EPC is to enable the protection conferred by the patent (or patent application) to be determined (Article 69 EPC), and thus the rights of the patent owner within the designated Contracting States (Article 64 EPC), having regard to the patentability requirements of Article 52 to 57 EPC” (G2,6/88 MOBIL OIL/BAYER/Friction reducing additive O.J. EPO 1990, 93, 114, [1990] E.P.O.R. 73, 257).

47 G2,6/88 MOBIL OIL/BAYER/Friction reducing additive O.J. EPO 1990, 93, 114, [1990] E.P.O.R. 73, 257.

48 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 340.

*physical, material features, without regard to the manner or means of production, and thus encompasses all of the functions, effects, purposes, uses and advantages of the product*⁴⁹.

Não obstante, a própria natureza de um aparelho — embora isso não seja uma regra absoluta, comportando diversas exceções —, já sugere uma forma específica de utilização, ou, ao menos, usos análogos. Exemplificativamente, seria possível citar uma moto-serra, ou uma máquina de fazer gelo, que apresentam funções bastante específicas e nada surpreendentes: serrar e fazer gelo.

Quando se trata de um produto farmacêutico, no entanto, o tema ganha novos contornos. Isso porque *“the structure of a chemical compound or the composition of a pharmaceutical product does not determine how it is used. The technical advantage which can be derived from such a product normally depends upon the environment in which it is used”*⁵⁰.

Dessa maneira, apesar de parte da doutrina sugerir que a tutela patentária conferida deveria abranger apenas o produto *limitado pelo uso* descrito na patente farmacêutica, fato é que a proteção conferida a invenções dessa natureza sempre foi a mesma dada a máquinas ou aparelhos, ou seja, protegendo-se o produto *per se*, de forma absoluta, qualquer que seja o contexto ou a utilização⁵¹.

Porém, deve-se vislumbrar a hipótese, constatada na prática, de ser inventado um uso novo e inventivo para um produto já conhe-

49 MUIR, Ian; BRANDI-DOHRN, Matthias; GRUBER, Stephan. Op.cit., p. 254.

50 PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 341.

51 Nesse sentido, alias, é a orientação do EPO: *“It is generally accepted as a principle underlying the EPC that a patent which claims a physical entity per se confers absolute protection upon such physical entity; that is, wherever it exists and whatever its context (and therefore for all uses of such physical entity, whether known or unknown)”*(G2,6/88 MOBIL OIL/BAYER/Friction reducing additive O.J. EPO 1990, 93, 114, [1990] E.P.O.R. 73, 257). Essa *“absolute protection”* já era reconhecida em países como Alemanha, Inglaterra e França, enquanto países como Suécia e Itália limitavam a proteção à utilização revelada (PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 589).

cido. Nesse caso, o novo uso não poderia ser objeto de uma reivindicação de produto, pois que este já é conhecido, carecendo de novidade; mas tão somente de uma reivindicação de uso, cabível, em tese, em todas as áreas da tecnologia. Endossando essa assertiva, salutar o magistério de Gerald Paterson: “[s]uch a claim formulation reflects the essence of what has been invented, namely that a (known) product can be used (in a known method) to produce a previously unknown technical effect”⁵².

Igualmente, o entendimento do EPO corrobora a legitimidade das reivindicações de uso, com esteio na possível contribuição técnica inerente às invenções desse tipo. Confira-se: “[t]he recognition or Discovery of a previously unknown property of a known compound, such property providing a new technical effect, can clearly involve a valuable and inventive contribution to the art”⁵³.

Ultrapassadas essas questões preliminares, dedica-se a próxima parte deste estudo às reivindicações de primeiro, segundo e posteriores usos médicos.

5. O problema das patentes de uso terapêutico na europa

A maior parte das substâncias químicas até hoje reveladas não possui utilidade prática alguma. Diante disso, um campo considerável de pesquisa consiste em estudar esse quase infinito número de substâncias químicas conhecidas em busca de uma utilidade comercial ou social relevante. Esse é o contexto em que se insere a questão da patenteabilidade das reivindicações de primeiro, segundo e posteriores usos terapêuticos:

52 Ibidem, p. 342.

53 G 2,6/88 MOBIL OIL/BAYER/*Friction reducing additive* O.J. EPO 1990, 93, 114, [1990] E.P.O.R. 73, 257.

We have been informed that the characteristics of practical chemical research are such that this form of patent protection is particularly important to inventors in that field. The number of chemicals either known to scientists or disclosed by existing research is vast. It grows constantly, as those engaging in “pure” research publish their discoveries. The number of these chemicals that have known uses of commercial or social value, in contrast, is small. Development of new uses for existing chemicals is thus a major component of practical chemical research. It is extraordinarily expensive. It may take years of unsuccessful testing before a chemical having a desired property is identified, and it may take several years of further testing before a proper and safe method for using that chemical is developed⁵⁴.

Trata-se, como já dito, da criação de um uso terapêutico para uma substância já conhecida — e, portanto, não mais patenteável *per se*, por falta de novidade. Dessa maneira, se essa substância nunca tiver sido empregada no contexto médico, essa invenção se dirá de *primeiro* uso terapêutico. Se, por outro lado, a substância já for utilizada como um medicamento, isto é, se já lhe for conhecida alguma propriedade medicinal, a invenção será de *segundo, terceiro, quarto...* uso terapêutico, a depender da quantidade de utilidades medicamentosas previamente conhecidas para ela⁵⁵.

54 Dawson Chem. Co. et al v. Rohm & Haas Co., Suprema Corte dos Estados Unidos, j. em 27/06/1980. 48 U.S. 176; 100 S. Ct. 2601; 1980 U.S. LEXIS 7; 65 L. Ed. 2d 696; 206 U.S.P.Q. (BNA) 385; 1980-2 Trade Cas. (CCH) P63,494, disponível em . Nas palavras de STRAUS Joseph, “*first medical indication in often neither most important in medical nor economical terms*” (Protection of Further Medical Uses and Research Exemptions Serving Medical Progress. *Anais 2004 XXVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, 2004). A questão é bem contextualizada por SOUZA, Marcela Trigo de: “*Imagine: a Brazilian laboratory, which dedicates itself primarily to searching for other medical uses of known substances and compositions, finally discovers the cure for the virus HIV. The new drug’s active ingredient is a substance that was already the subject of a patent that expired long ago. Should the patent laws protect this hypothetical drug? In other words, should the Government give adequate incentives to this kind of research and development through the patent system?*” (*Should Brazil Allow Patents on Second Medical Uses? Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 93, p. 53, mar./abr. 2008).

55 Confira-se a definição de CARDOSO, Antônio de Magalhães: “[a]s patentes a que se conveniou chamar de ‘segundo uso terapêutico’ são aquelas cujas reivindicações têm por objecto a utilização de uma substância ou composição para determinada finalidade terapêutica ou de

Nesses casos, entende-se que a novidade da invenção não está contida no produto, que já faz parte do estado da técnica⁵⁶, mas sim na utilização que é dada a este produto já conhecido. Desse modo, é importante notar a lição de Nuno Pires de Carvalho esclarecendo a questão: “[n]ovelty, therefore, is not intrinsic to the substance, which is unequivocally acknowledged as being part of the state of the art, but extrinsic to it, given that the element that is not comprised in the state of the art is the use, not the product”⁵⁷.

Salienta-se que não é o objetivo deste trabalho discutir a patenteabilidade das reivindicações de uso⁵⁸, nem mesmo a conveniência deste tipo de patente⁵⁹. Basta aqui dizer que, tal como indicado

diagnóstico, em seres humanos ou em animais, quando a utilização de tal substância ou composição para fins terapêuticos ou de diagnóstico seja destituída de novidade, isto é, quando uma utilização para tais fins se encontre já no estado da técnica, ao tempo em que a patente é requerida” (A patenteabilidade do segundo uso terapêutico na legislação e jurisprudência européias. *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, vol. 12, p. 3, Editorial Astrea, 2006).

Contemplando definição similar, leia-se: “Patente para produtos e processos farmacêuticos de segundo uso é a patente concedida para a invenção que reivindica novos usos de substâncias medicinais conhecidas” (ROSMAN, Suzel Whitaker; ROSMAN, Eduardo. Segundo Uso — Remédios Jurídicos contra a ANVISA. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 74, p. 62, jan./fev. 2005).

56 Sobre a noção de estado da técnica no sistema europeu, é dito que “[o] conceito de novidade encontra-se vinculado com o de estado da técnica. Na Convenção Européia de Patentes resta determinado que o estado da técnica decorre de toda a descrição, escrita ou verbal disponível ou de alguma forma acessível, na data de depósito do pedido de patente” (SICHEL, Ricardo. *O Direito ...*, p. 39).

57 CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Patent Rights*. 2ª ed. *Kluwer Law International*, 2002, p. 190. Salienta-se que o ilustre professor, apesar de reconhecer em seu livro que nem o Acordo TRIPS, nem a Convenção da Patente Européia proíbem as patentes de segundo uso (p. 189), sugere que as legislações nacionais deveriam fazê-lo.

58 As reivindicações de uso, inicialmente, não foram permitidas pelo sistema jurídico de determinadas nações. Sobre o tema, CARDOSO, António de Magalhães informa que “certas legislações, como a britânica, são relutantes em reconhecer a patenteabilidade de reivindicações que se limitem a descrever o uso de um determinado produto ou objecto para um fim específico”, citando o célebre caso *Adhesive Dry Mountain v. Trapp*, de 1910 (Op. cit., p. 3).

59 BARBOSA, Denis Borges reconhece a viabilidade jurídica das reivindicações de uso no direito brasileiro, questionando, entretanto, a conveniência de se prever essa modalidade de patente. Cita, inclusive, a opinião de Carlos Correa, bem como a Decisão nº 486 da Comunidade

acima, essa modalidade de reivindicação costuma ser aceita sem maiores restrições em todas as áreas da tecnologia e nos mais diversos sistemas jurídicos⁶⁰, tornando-se mais controversa apenas no âmbito do setor farmacêutico — que é o que interessa a este estudo —, ainda que excluídas as questões políticas que o envolvem⁶¹. Isso se dá, notadamente, pela vedação existente em grande parte dos ordenamentos jurídicos — inclusive no brasileiro e no europeu — às patentes de métodos terapêuticos⁶².

Na Europa, a EPC veda expressamente a concessão de patentes para métodos de tratamento cirúrgico ou terapêutico, bem como para métodos de diagnósticos. O texto original da Convenção estabelecia a ficção jurídica de que esses métodos careceriam de aplicação industrial, não sendo, por isso, patenteáveis. É o que se depreende da leitura do artigo 52(4)⁶³, já revogado.

Andina, especificamente sobre a patente de segundo uso. E, em conclusão, afirma que “[c]laramente me afiliaria entre aqueles que questionariam a conveniência e oportunidade de se adotar, no direito brasileiro, as patentes de uso. Este estudo, porém, discorre sobre o direito que temos, e não sobre o que merecemos” (Reivindicações de uso e a questão do segundo uso (2004). In: BARBOSA, Denis Borges. *Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 695-697)

60 Para mais informações sobre o tema, cf. *ibidem*.

61 “*The tenor of anti-patent rhetoric has reached far greater heights outside the United States. In venues ranging from Brazil to South Africa, the practices, pricing, and profits of innovative drug companies have been subject to increasing scrutiny*” (THOMAS, John. *Pharmaceutical Patent Law*. Washington: BNA Books, 2005, p. 5).

62 Respalhando a ligação sugerida entre a resistência às patentes de uso terapêutico e a vedação ao patenteamento de métodos de tratamento, leia-se a observação realizada por THOMASN John: “[b]ecause U.S. law allows inventors to patent methods of medical treatment directly, first medical use and Swiss-style claims are rarely, if ever, used domestically” (*Ibidem*, p. 236). Em acréscimo, informa-se que, desde 1996, patentes de métodos de tratamento não são oponíveis a médicos e profissionais da saúde nos EUA (Título 33, Seção 287-C do U.S.C.).

63 *Art. 52(4): Methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body shall not be regarded as inventions which are susceptible of industrial application within the meaning of paragraph 1. This provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods.*

A partir da revisão da EPC, a vedação às patentes de métodos terapêuticos passou a se dar por razões de interesse público, constando do rol de exceções à patenteabilidade, estatuído no artigo 53⁶⁴. O interesse público estaria em evitar que médicos e profissionais da saúde tenham suas atividades profissionais restringidas por uma patente⁶⁵, a fim de assegurar que *“todos os doentes gozem do direito a beneficiar dos meios de tratamento que melhor se adequem à doença de que sofrem”*, dado *“que não é aceitável que um médico ou paciente fiquem dependentes do consentimento de um terceiro — titular de uma patente”*^{66,67}.

64 Art. 53 (exceptions to patentability): *European patents shall not be granted in respect of: (...) (c) methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body; this provision shall not apply to products, in particular substances compositions, for use in any of these methods.*

65 *“The proper extension of that exclusions is in practice normally considered having regard to their purposes, namely to prevent medical and veterinary practitioners from being restricted by patents in the treatment of their patients”*. PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 422.

66 CARDOSO, António de Magalhães. Op. cit., p.4.

67 Consignada a restrição às reivindicações de método de tratamento terapêutico, essencial é definir que métodos são esses. Para tanto, transcreve-se relevante ensinamento doutrinário: *“The term “therapy” needs to be clarified in its context in Article 52(4). Obviously, it embraces the treatment of illness. T 81/84, OJ EPO 1988, 207, made it clear that it also embraces the relief of pain and the rebuilding of bodily strength, even when the cause of the problem is not illness. According to the view of the Board, the term “therapy” ought not to be narrowly construed and ought to be regarded as embracing the body’s natural reaction to particular environmental conditions, to fatigue, or headaches. Symptoms such as these are scarcely distinguishable from those arising in actual sickness or injury. The biochemical effects of pharmaceutical compositions on the body, whether used to cure illness or merely to improve comfort or vitality, are much the same. It thus neither possible nor useful to attempt to make any distinction between symptomatic treatment and the treatment of the underlying causes of medical conditions. Furthermore, both kinds of treatment are the daily routine of medical practitioners. The next question is whether “therapy” is limited to the above mentioned treatments of sickness, or existing conditions of discomfort, or whether it extends into the realm of preventative or prophylactic medicine, such as vaccination or inoculation. That it does so extend was confirmed in T 19/86, OJ EPO 1989, 24. It was held that these treatments serve to maintain or restore health, and therefore are included in “therapy”. The case was concerned with the treatment of healthy piglets by injections to make them more resistant to the Aujeszky virus. Equally, T290/86, OJ EPO 1992, 414, confirmed that prophylactic is to be regarded as an aspect of therapeutic treatment. In connection with this the Board referred to Oral Health Products (Halstead’s) Application [1977] R.P.C. 612,*

Deve-se perceber, todavia, que a vedação às patentes de métodos terapêuticos caracteriza empecilho apenas aparente ao patenteamento de uso médico. Como leciona António de Magalhães Cardoso, essa suposta incompatibilidade entre a aludida proibição legal e a pretensão de patentear-se uso médico decorre “*mais de uma deficiência de enfoque da controvérsia gerada (a qual perdurou, de resto, por décadas) do que na real oposição entre os comandos legais em causa*”⁶⁸.

Para compreender o perspicaz apontamento feito pelo aludido jurista, cabe examinar-se, brevemente, a disciplina da EPC sobre o tema, a qual, tradicionalmente, diferencia as patentes de primeiro uso terapêutico das patentes de segundo e posteriores usos terapêuticos.

De acordo com a EPC, cuidando-se de patentes de *primeiro* uso terapêutico, não seria possível reivindicar o produto *per se*, uma vez que este já se encontra no estado da técnica, não sendo, portanto, novo. Tampouco poderia ser reivindicado um método de tratamento, diante da expressa vedação do artigo 52(4), de modo que a questão era solucionada, antes da revisão do diploma, com base no artigo 54(5):

which held that a method of cleaning teeth was a therapeutic treatment” (SINGER, Romuald; SINGER, Margarete; rev. LUNZER, Ralph. Op. cit., p. 116-117).

A definição de método de tratamento terapêutico, essencial para a delimitação da vedação legal, foi objeto central de algumas decisões do EPO, como nos casos T 144/83 DU PONT/*Appetite suppressant* O.J. EPO 1986, 301; [1987] E.P.O.R. 6 e T 58/87 SALMINEN/*Pigs III* O.J. EPO 1988, 347; [1989] E.P.O.R. 320. Algumas questões mais específicas foram também objeto de deliberações das Câmaras de Recurso do EPO. Exemplificativamente, entendeu-se que o tratamento profilático (T 19/86 DUPHAR/*Pigs II* O.J. EPO 1989, 24; [1988] E.P.O.R. 10 e T 780/89 BAYER/*Immunostimulant* O.J. EPO 1993, 440; [1993] E.P.O.R. 377), assim como o tratamento de condições permanentes ou temporárias (T 81/84 RORER/*Dysmenorrhea* O.J. EPO 1988, 207; [1988] E.P.O.R. 297 e T 116/85 WELLCOME/*Pigs I* O.J. EPO 1989, 13; [1998] E.P.O.R. 1), tanto como o de condições corporais internas ou externas (T 116/85 WELLCOME/*Pigs I* O.J. EPO 1989, 13; [1998] E.P.O.R. 1), são considerados “*therapy*”. Por outro lado, reputou-se que métodos contraceptivos (T 74/93 BRITISH TECHNOLOGY GROUP/*Contraceptive method* O.J. EPO 1995, 712; [1995] E.P.O.R. 279) ou de prevenção de acidentes (T 58/87 SALMINEN/*Pigs III* O.J. EPO 1988, 347; [1989] E.P.O.R. 320) não são alcançados pela vedação aos métodos de tratamento.

68 CARDOSO, António de Magalhães. Op. cit., p.3.

Art. 54(5): The provisions of paragraphs 1 to 4 shall not exclude the patentability of any substance or composition, comprised in the state of the art, for use in a method referred to in Article 52, paragraph 4, provided that its use for any method referred to in that paragraph is not comprised in the state of the art.

Segundo esse dispositivo, a Convenção determinava ser possível, nesse caso, a reivindicação do produto limitado pelo *uso* em um método de tratamento, mesmo que esse produto já estivesse conhecido no estado da técnica, isto é, mesmo que já fosse previamente conhecido. Bastaria, para tanto, que nenhuma utilidade terapêutica desse produto tivesse sido previamente revelada. Nesse sentido, transcreve-se passagem da obra de Gerald Paterson:

Article 54(5) EPC envisages the patentability of a known substance or composition for use in a medical or veterinary treatment, provided that its use for such a treatment is not part of a state of the art. In other words, even if a compound is known in a non-therapeutic context, an invention consisting of the use of the same compound in a therapeutic treatment is to be regarded as novel⁶⁹.

Nota-se que, apesar de o artigo 54(5) possibilitar o patenteamento de reivindicações de primeiro uso, a parte final do texto legal contém a importante ressalva normativa que pode ser interpretada de forma a proibir o patenteamento direto de invenções de segundo e posteriores usos terapêuticos. Justificava-se, portanto, com esteio nesse preceito normativo, a diferenciação entre patentes de primeiro e de segundo uso^{70,71}.

⁶⁹ PATERSON, Gerald. Op. cit., p. 342-343.

⁷⁰ A razão para essa diferenciação é bem delineada por BARBOSA, Denis Borges: “Na verdade, a rejeição a esse segundo uso não tinha, senão na lei francesa, suporte legal explícito, e mesmo em tal regime legal, autores o classificam como ‘uma cicatriz’ do sistema anterior à Lei de 1968, que vedava a patente farmacêutica em si mesma. No resto da Europa, a rejeição anteriormente ocorria com base nas práticas dos vários escritórios de patentes, basicamente como uma forma de afirmar a dificuldade de se discernir a novidade e atividade inventiva de tais inventos e na

Dessarte, inicialmente entendeu-se que apenas o primeiro uso terapêutico para um produto já conhecido poderia ser patenteado⁷². Os posteriores novos e inventivos usos terapêuticos para este mesmo produto não poderiam ser patenteados, com base na restrição da parte final do artigo 54(5). António de Magalhães Cardoso explicita esse primeiro posicionamento do EPO a respeito da questão:

As instâncias do Instituto Europeu de Patentes (Divisões de Exame, Divisões de Oposição, Câmaras de Recurso e Grande-Câmara de Recurso) formaram inicialmente a opinião de que, após a concessão de uma patente relativa ao uso terapêutico de uma substância, não mais seriam aceitáveis reivindicações cujo objecto fosse o uso dessa mesma substância para um novo fim terapêutico distinto do primeiro. Dizia-se, nessas circunstâncias, a substância em causa já se encontrava

forma de se entender o alcance das reivindicações” (Op. cit., p. 700-701).

Na mesma rota, leciona PATERSON, Gerald: “*Unlike Articles 54(1) to (3) EPC, Article 54(5) EPC is not based on a corresponding provision of the Strasbourg Convention, nor is it based on a generally recognised concept in the Contracting States of the EPC prior to 1978; it is based on a specific form of French patent for medical preparations which was allowed under French law prior to 1978*” (Op. cit., p. 517).

71 Apenas para esclarecer, não há nenhum dispositivo jurídico no Brasil semelhante ao art. 54(5) da EPC, apto a motivar uma diferenciação entre patentes de primeiro ou segundo uso médico. Ambas essas modalidades de reivindicação são tratadas da mesma forma no país. A rigor, portanto, bastaria que se falasse em “patentes de uso terapêutico”, *tout court*. Contudo, possivelmente por uma questão de tradição, para facilitar que o leitor identifique a questão jurídica em debate, ou simplesmente para empregar os termos idênticos aos utilizados na Europa, a doutrina nacional se refere sempre ao *segundo* uso terapêutico. Fez-se o mesmo nesse trabalho, por questões meramente didáticas. De todo modo, cabe, nesse ponto do trabalho, assinalar que, na maioria das vezes em que a expressão “segundo uso terapêutico” é utilizada *no contexto brasileiro*, teria sido possível — e, até mesmo, mais técnico — dizer simplesmente “uso terapêutico”.

72 “A utilidade da disposição do artigo 54.5 da CPE parecia, assim, enormemente limitada pela condição introduzida na sua parte final, a qual é susceptível de induzir a conclusão de que, uma vez patenteado o uso farmacêutico de qualquer substância ou composto, não mais será possível proteger novas reivindicações de uso terapêutico dessa mesma substância ou produto. E assim foi entendido por algum tempo, após a entrada em vigor da Convenção sobre a Patente Européia, tendo as instâncias do Instituto Europeu de Patentes considerado recorrentemente que não era possível a concessão de patentes com base em reivindicações de segunda (ou posterior) indicação terapêutica” (CARDOSO, António de Magalhães. Op. cit., p.9).

no estado da técnica pelo que ela própria careceria do requisito de novidade⁷³.

Esse entendimento, contudo, nunca foi pacífico, tendo perdido por pouco tempo.

A Alemanha foi, possivelmente, o primeiro país a desafiar essa suposta proibição às reivindicações de segundo uso terapêutico. Em 1983, o *Bundesgerichtshof* (BGH) julgou um caso em que um pedido de patente da empresa Bayer reivindicava um novo uso terapêutico para um produto cuja utilidade terapêutica já era conhecida⁷⁴, tendo sido por isso recusado pelo Escritório de Patentes Alemão. O tribunal alemão, entretanto, decidiu de forma diferente:

This Court has taken the view that the subject-matter of a claim directed to the use of a chemical substance to treat an illness extends beyond the acts mentioned by the Federal Patent Court (augenfällige Herrichtung) and includes the displayed formulation of this substance for use in treating the illness by therapy^{75, 76}.

73 Ibidem, p. 9.

74 O caso trata do uso de Nimopidine — anteriormente conhecido como agente cardiovascular — para o tratamento de distúrbios cerebrais.

75 OJ EPO 1984, 26 — Hydropyridine.

76 Confira-se a narrativa de CARDOSO, Antônio de Magalhães sobre a indigitada decisão: “O Supremo Tribunal Federal Alemão, no famoso caso “Hidropiridina” — a invenção era o uso de um agente cardiovascular (Nimopidine) para o tratamento de distúrbios cerebrais; o pedido foi recusado pelo departamento de patentes alemão e um recurso para o Tribunal Federal de Patentes tinha se revelado infrutífero —, pela sua decisão de 20 de Setembro de 1983, veio a declarar que “o § 5.2 cláusula 1 da PatG 1981 não exclui a patenteabilidade de uma invenção que envolva o uso de uma substância conhecida para o tratamento de uma doença e que, também, o § 3.3 PatG 1981 não preclui o uso de uma substância já conhecida como um princípio activo farmacêutico para o tratamento de uma doença que não tenha sido tratada com essa substância. Em consequência, o Supremo Tribunal Federal Alemão declarou como válida uma reivindicação do tipo “uso de um produto X para o tratamento da doença Y”, mesmo no caso em que tal produto fosse já conhecido e conhecida fosse também sua aplicabilidade para fins terapêuticos. Esta decisão culminou, de resto, uma tradição jurisprudencial alemã, anterior à entrada em vigor da CPE, a qual considerava patenteáveis os métodos de

Com esse posicionamento, a justiça germânica entendeu que a lei de patentes alemã não vedava a patenteabilidade de invenção que compreendesse um novo e inventivo uso terapêutico para um produto já conhecido, mesmo quando já conhecido outro uso terapêutico para este mesmo produto. Em suma, o tribunal declarou ser possível a reivindicação do tipo “uso de um determinado produto *para o tratamento* de uma determinada doença”, mesmo que o produto já fizesse parte do estado da técnica, e ainda que alguma utilidade terapêutica já fosse conhecida para este produto.

Em 1984, o mesmo caso “*Hydropiridine*” foi decidido pelo Escritório de Patentes Suíço⁷⁷. Analisando idêntica questão, asseverou-se que, em se tratando de patente para um segundo uso terapêutico, a reivindicação direta, que fora utilizada na Alemanha, não era patenteável, pois incidiria a vedação existente na lei suíça ao patenteamento de métodos terapêuticos. No entanto, firmou-se que seriam plenamente válidas as reivindicações indiretas, porquanto não incidentes na referida vedação. Confira-se, a respeito, o apontamento de Antônio de Magalhães Cardoso:

No seguimento dessa decisão alemã e a propósito dos mesmos produtos e utilização terapêutica, o Departamento de Patentes Suíço foi posto perante a questão de saber se uma reivindicação do tipo aceite pelo tribunal alemão seria também considerada válida na Suíça. A resposta foi dada em 30 de maio de 1984, no sentido de que, apesar de reivindicações do tipo alemão serem proibidas pela lei suíça, seriam admissíveis reivindicações indirectas do tipo ‘uso do produto X para a preparação de um agente para o tratamento da doença Y’. Esse tipo de reivindicação veio a ficar conhecido pelo nome ‘reivindicação Suíça’, por oposição ao de ‘reivindicação Alemã’, esta decorrente da decisão do Supremo Tribunal alemão no caso ‘Hidropiridina’⁷⁸.

tratamento, desde que envolvessem uma actividade industrial, nomeadamente desde que empregassem fármacos produzidos industrialmente” (Ibidem, p. 10).

77 Parecer jurídico do Departamento Federal de Propriedade Industrial, OJ 1984, 581.

78 CARDOSO, Antônio de Magalhães. Ibidem, p. 10-11.

Veja-se que, com a decisão em foco, reivindicações indiretas do tipo “uso de determinado produto *para a preparação de um medicamento* para o tratamento de determinada doença” passaram a ser patenteáveis na Suíça — razão pela qual esse tipo indireto de reivindicação é chamado de “reivindicação do tipo suíço”^{79,80}.

6. A solução adotada pelo sistema de patentes europeu

O mesmo caso anteriormente analisado pelo BGH alemão e pelo Escritório de Patentes Suíço foi também submetido ao exame do EPO. O pedido, originalmente rejeitado pela Divisão de Exame, foi julgado em 05/12/1984 pela Grande-Câmara de Recurso, juntamente com seis outros casos que discutiam a mesma questão jurídica. A Corte proferiu, então, a decisão G 5/83⁸¹, talvez a mais importante decisão acerca do tema, fixando a orientação atual do órgão acerca da matéria.

Na referida decisão, rejeitou-se o uso de reivindicações diretas, como as que foram aceitas na Alemanha, por reputar-se que elas caracterizariam, invariavelmente, um método de tratamento, cuja patenteabilidade era vedada por força do artigo 52(4). Por outro lado,

79 KUBRUSLY, J. Cristovam S.. Chefe de Divisão de Química Orgânica do INPI, demonstra como poderiam ser feitas essas reivindicações do tipo suíço: “uso de um composto de fórmula X, caracterizado por ser para preparar um medicamento para tratar a doença Y.” (KUBRUSLY, Cristovam. Reivindicações de Uso e de Segundo Uso. *Anais do XXIV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual de 2004*, p. 105).

80 Ainda sobre as reivindicações do tipo suíço, é importante ressaltar a lição do professor THOMAS, John, que sugere a utilização dessa modalidade de reivindicação mesmo em caso de patente de primeiro uso, com o fito de proteger-se o depositante, contra o surgimento de uma anterioridade que revele algum uso terapêutico para o produto objeto do novo uso: “*However, it is considered good practice for inventors of first medical uses to draft Swiss-style claims as well. This alternative claiming technique provides a fallback position in case a prior art search reveals that an earlier medical use for the compound was in fact known to the art*” (Op. cit., p. 237).

81 G 5/83 EISAI/*Second Medical Indication*, OJ EPO 1985, 64.

contudo, julgou-se válida a reivindicação do tipo suíço, admitindo-se a sua patenteabilidade. Por oportuno, transcreve-se parte da ementa dessa decisão, que estabelece que “[a] *European patent may be granted with claims directed to the use of a substance or composition for the manufacture of a medicament for a specified new and inventive therapeutic application*”.

Em síntese, a decisão G 5/83 determinou que o artigo 54(5) serve de base direta para a proteção de inventos atinentes ao primeiro uso terapêutico e de base indireta para a proteção de inventos de segundo ou posteriores usos terapêuticos. Consagrou, assim, a reivindicação do tipo suíço, que passou a ser largamente utilizada, inclusive constando das Diretrizes de Exame do Escritório Europeu⁸², passando a ser aceita também por quase todos os países signatários da Convenção, além de outros, não signatários⁸³.

82 As Diretrizes de Exame do EPO, cuja relevância já se apontou, estão disponíveis em . Último acesso em 20/11/2008.

83 Demonstrando a farta aceitação da decisão G 5/83 pelos tribunais nacionais dos países-membros da EPC, salienta-se interessante decisão da Corte de Patentes Britânica, que anteriormente sequer aceitava reivindicações de uso, ainda que não farmacêuticos. O caso versou sobre reivindicação de uso da guanidina na preparação de um medicamento para tratamento ou prevenção da diarreia em mamíferos ou aves, sendo que o uso da guanidina como medicamento redutor da pressão sanguínea, agente hiperglicêmico e anti-ulcerativo já era previamente conhecido. Com a intenção expressa de alinhamento de sua jurisprudência à tese esposada pelo EPO, assim pronunciou-se o tribunal britânico: “*But, as the Swiss form of a claim is directed to the use of the known substance in the manufacture of the medicament for a new therapeutic use (...) it seems to us that such a claim (...) is not excluded from the patentability under Section 1.2.d.*” (Decisão da Corte de Patentes Britânica no caso John Wyeth & Brothers Limited’s Application vs. Schering A.G.’s Application, 04/07/1985, OJ EPO 1986, 75).

Da mesma forma, a Corte de Apelações Sueca, ao decidir o caso “Hidropiridina”, anteriormente apreciado na Alemanha, na Suíça e pela decisão G 5/83 do EPO, aceitou a utilização de reivindicações do tipo suíço: “*As previously mentioned, the hydroxyridine compound defined in Claim 1 has been previously disclosed in the Swedish Patent No. 371823 referred to in the decision under appeal. Previous knowledge of the compound is nevertheless restricted to its use as a cardiac preparation. As far as is indicated in the dossier on this case, the compound has not been previously disclosed as a drug which is effective against cerebral disorders. The use of the drug proposed in Claim 1 in the manufacture of cerebrally active drug may, therefore, be regarded as satisfying the requirements for novelty stipulated in Section 2 of the Patent Act*” (Decisão da Corte de Apelações Sueca, OJ EPO 1988, 202, 203).

A principal razão indicada pela Grande-Câmara para aceitar as reivindicações de segundo uso foi que “*the general principle of the patentability of inventions, as expressed in Article 52(1), ought to be given predominance over the exception found in Article 52(4), which ought to be interpreted narrowly*”⁸⁴. Ou seja, que o princípio geral de que todas as invenções são, em regra, patenteáveis — desde que novas, inventivas e passíveis de aplicação industrial — deve prevalecer sobre a exceção prevista no artigo 52(4), a ser interpretada restritivamente. Minudenciando a argumentação desenvolvida pela Grande-Câmara, colaciona-se, outra vez, o magistério de António de Magalhães Cardoso:

- a) O artigo 52.1 da CPE consagra um princípio geral de patenteabilidade, aplicável a todas as invenções novas, que impliquem uma actividade inventiva e sejam susceptíveis de aplicação industrial, devendo quaisquer disposições limitativas ser interpretadas de forma restritiva.
- b) Assim, a exclusão constante do artigo 52.4 e referente aos métodos de tratamento e de diagnóstico, deve ser considerada como tendo apenas por objectivo libertar de quaisquer constrangimentos, derivados de direitos de propriedade industrial, as actividades não comerciais e não industriais dos médicos e veterinários.
- c) No âmbito da CPE, a regra é que uma aplicação nova de um produto conhecido pode ser protegida por reivindicações que tenham por objecto, precisamente, essa utilização, desde que a invenção consista numa nova utilização inventiva.
- d) As reivindicações que têm por objecto a aplicação de uma substância ou de uma composição à obtenção de um

A reivindicação suíça, ainda em decorrência do entendimento do EPO, obteve abrigo também nos tribunais holandeses (*Bristol-Myers Squibb v. Yew Tree Pharmaceuticals* (2000) ENPR 26) e, até mesmo, no Judiciário de países de outros continentes, como, por exemplo, Nova Zelândia (*Pharmaceutical Management Agency v. The Commissioner of Patents and Others* — CA56/99), tal como informa BARBOSA, Denis Borges (Op. cit., p. 702).

WOLF, Maria Thereza Wolff e ANTUNES, Paulo de Bessa indicam, ainda, outros países, como Japão e Coréia do Sul, ressaltando, noutro giro, que muitas vezes essa segunda utilização terapêutica é mais relevante que o uso original da substância (Patentes de Segundo Uso Médico. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 74, p. 55, jan./fev. 2005).

84 SINGER, Romuald; SINGER, Margarete; rev. LUNZER, Ralph. Op. cit., p. 168.

medicamento respeitam manifestamente a invenções susceptíveis de aplicação industrial no sentido do artigo 57 da CPE. e) É justificável que, no caso de substâncias ou composições de substâncias destinadas a fins terapêuticos, a novidade de um produto seja aferida em função da novidade do seu uso terapêutico, independentemente do facto da sua aplicação para fins terapêuticos ser já conhecida. f) A frase “esta disposição não se aplica aos produtos, especialmente às substâncias ou composições, para utilização num desses métodos”, constante da parte final do artigo 52.4 da CPE, é absolutamente redundante, visto que é inegável que uma substância destinada a ser aplicada em tais métodos deve ser considerado como tendo aplicação industrial. g) A disposição do artigo 54.5 da CPE apenas tem a intenção de excluir as reivindicações de utilização dos produtos aí mencionados para segunda e subseqüentes aplicações terapêuticas, mas não contém uma proibição genérica da patenteabilidade da segunda indicação médica ou das seguintes⁸⁵.

7. A evolução do entendimento do sistema de patentes europeu

O entendimento do EPO, firmado no sentido de aceitarem-se as reivindicações de segundo uso do tipo suíço, evoluiu de modo a interpretar de forma bastante ampliativa a expressão “novo uso terapêutico”. Como exemplo, confira-se a decisão T 19/86⁸⁶ da Câmara de Recurso, esclarecendo que o uso de uma vacina para combater

85 CARDOSO, António de Magalhães. Op. cit., p. 11-12.

86 T 19/86 DUPHAR/*Pigs II* O.J. EPO 1989, 24; [1988] E.P.O.R. 10. Na mesma linha, proferiu-se a decisão T 893/90, em que o novo uso de certa substância objetivava controlar o sangramento em mamíferos não-hemofílicos, enquanto o uso previamente revelado dessa mesma substância era o controle de sangramento em mamíferos hemofílicos: “*The claims in the present application are directed to a pharmaceutical composition for ‘controlling bleeding in non-hemophilic mammals’ whereas cited prior art document (1) relates to the same pharmaceutical compositions for ‘controlling hemophilic bleeding in hemophilic mammals’ [...] the said claims can be regarded as novel under Article 54 EPC*” (T 893/90 QUEEN’S UNIVERSITY KINGSTON/*Controlling bleeding. Publication number 0214737*). Em sentido semelhante, v. T 509/04 ALLERGAN/*Cerebral palsy. Publication number 0605501*.

certa doença em determinada espécie animal pode constituir um novo uso terapêutico, mesmo que a vacina em questão já seja conhecida e utilizada para o tratamento da mesma doença, na mesma espécie animal, *mas em população imunologicamente diversa*. Observe-se que, nesse caso, a única variação existente entre o segundo uso e a utilização já conhecida é o sujeito objeto de tratamento, o tipo de paciente:

The therapeutic application of a vaccine, which is known for treatment of a particular class of animal (here sero-negative pigs), to a new and different class of the same animal (here sero-positive pigs), is a second medical use within the principle set out in Decision Gr 05/83 (OJ/EPO 1985, 64) and is therefore patentable if such new use is inventive. [...] Such a new use is not only valuable in cases where a novel area of therapeutic use, i.e. a novel medical indication, is provided but also in those cases where a novel class of animals, which previously did not respond to a medicament, is cured or protected against a disease. The question whether a new therapeutic use is in accordance with the decision Gr 05/83 should not be answered exclusively on the basis of the ailment to be cured but also on the basis of the subject (in the present case the new group of pigs) to be treated. A medical indication is incomplete if the subject to be treated is not identified; only a disclosure from which both the disease and the subject to be treated are clear represent a complete technical teaching.

Posteriormente, com o julgado T 51/93⁸⁷, entendeu-se patenteável, como novo uso terapêutico, uma reivindicação em que a única novidade é o novo modo de administração de determinado medicamento, por ter sido este considerado um fator crucial para a efetividade de certo tratamento médico:

A different mode of administration for a pharmaceutical can render a medical use claim [...] The only difference between the invention as claimed and the disclosure of document (4) is that the claim is direc-

⁸⁷ T 51/93 SERONO/HCG. Publication number 0290644.

ted to an intended method of subcutaneous administration. [...] The Board finds it sufficient for acknowledging novelty of the therapeutic treatment of the present claim as a whole, if only one of the features of the treatment, namely the mode of administration, is novel⁸⁸.

Da leitura dessas decisões já se percebe a tendência de maior permissividade, por parte do EPO, em conceder patentes de segundo uso, *desde que cumpridos os requisitos tradicionais de patenteabilidade*. Especificamente a respeito da novidade de reivindicações de segundo uso restou assentado pelo EPO, nas decisões G 2/88⁸⁹ e T 485/99⁹⁰, que esta pode caracterizar-se em qualquer efeito técnico novo descrito na patente, como, por exemplo, na maneira de atuação do medicamento:

With respect to a claim to a new use of a known compound, such new use may reflect a newly discovered technical effect described in the patent. The attaining of such a technical effect should then be considered as a functional technical feature of the claim (e.g. the achievement in a particular context of that technical effect). If that technical feature has not been previously made available to the public by any of the means as set out in Article 54(2) EPC, then the claimed invention is novel, even though such technical effect may have inherently taken place in the course of carrying out what has previously been made available to the public. (G 2/88)

It is also to be noted that the basic structure of a second medical use claim could be formally built up from of three blocks corresponding to the following: (a) the use of a compound or composition; (b) for the manufacture of a medicament; (c) for a therapy. In the present case the appellant has argued that the medicament is novel (concerning the daily dosage for the diet). In this respect the board wishes to point

88 No mesmo sentido, ver decisão T 143/94, OJ 1996, 430.

89 G2,6/88 MOBIL OIL/BAYER/*Friction reducing additive* O.J. EPO 1990, 93, 114, [1990] E.P.O.R. 73, 257.

90 T 485/99 NOVARTIS/*Method of improving the immune response*. Publication number 0674902.

out that it is indeed not necessary for the novelty of the subjectmatter claimed in claims drafted as second medical use claims to rely upon a novel therapy. (T 485/99)

Em 2003, o EPO proferiu nova decisão relevante sobre o assunto. No julgado T 1020/03⁹¹, entendeu que a simples diferença de regime de administração do medicamento mostra-se apta a embasar uma reivindicação de segundo, nova e inventiva. No caso, o novo uso se constituía na administração da droga por certo período de tempo, seguida de uma interrupção e de uma repetição do tratamento. Esse novo regime de administração se mostrou bem mais efetivo do que o antes conhecido, na medida em que reduziu significativamente os efeitos colaterais do medicamento. Apreciando o caso, o EPO esclareceu que a concessão de uma reivindicação como essa, porque feita na forma suíça (indireta), não restringe a atuação dos profissionais da saúde:

Rather, since the claims on file were drafted in the form approved in decision G 0005/83 (supra), any question regarding patentability of the present invention should be directed to whether the claimed IGF-I administration regimen constituted a novel and inventive use of the medicament. These questions had to be answered in the affirmative since none of the prior art documents disclosed the IGF-I treatment for a period of days, followed by a break and repetition of the treatment, and moreover, this treatment regimen provided for long term therapy with reduced side effects. [...] The claimed subject-matter did not impinge on the clinical freedom of the physician performing what was the novel feature of the claims. Any medical activity which fell under the exclusion of Article 52(4) EPC did so because that activity would interfere with the freedom of the physician to treat a patient. However, claim 1 itself was to the process of manufacture of a medicament, although it was the medical activity which provided novelty to a further

⁹¹ T 1020/03 GENENTECH INC/Method of administration of IGF-I. *Publication number* 0827408

medical use claim. This was what the Enlarged Board referred to as the “special approach to the derivation of novelty”. It could not be an objection to a further medical use claim that the use under Article 52(4) EPC was spelt out in the claim. Therefore, the claim did not cover the typical activities and duties of a doctor in exercising his professional skills and therefore did not cover a medical activity excluded from patentability within the terms of Article 52(4) EPC.

No ano seguinte, emanou-se outra decisão, consignando que a ordem de administração de diferentes medicamentos poderia constituir um novo uso terapêutico patenteável. Em T 36/04⁹², entendeu-se que todas as anterioridades sugeriam que a ordem de administração das drogas era indiferente e poderia ser escolhida livremente, de forma que uma ordem de administração mais efetiva seria considerada inventiva:

[...] Appellant II criticised that the application as filed did not contain any experimental data supporting the theory that the order of administration may have any influence on the efficiency of therapeutic method concerned. On the contrary, the skilled reader was told that the order of administration was not critical and could be chosen freely (see point (12) above). [...] the Board comes to the decision that a skilled person, trying to provide an alternative to the method disclosed in document (1) to kill tumor cells, would not arrive in an obvious way at the subject-matter of claims 1 to 5, either from the disclosure in document (1) taken alone or in combination with any other prior art document on file. [...] Claims 1 to 5 involve an inventive step and meet the requirements of Article 56 EPC.

Já em 2007, foi julgado o caso T 385/07⁹³, em que se afirmou não existir uma “*magic bullet*” que trate todos os tipos de câncer. Na

92 T 36/04 UNIVERSITY OF TEXAS/DNA damaging agents and p53. Publication number 0760675.

93 T 385/07 PHARMA MAR/Aplidine. Publication number 1435991.

hipótese, buscava-se reivindicar o segundo uso de uma substância — já utilizada para combater alguns tipos de câncer — para o tratamento de câncer no pâncreas. A anterioridade que havia sido apontada indicava a mesma substância para adenocarcinoma gástrico, carcinoma renal e linfoma não-Hodgkin. Além disso, citava, em um exemplo do relatório descritivo, a eficácia para câncer no pâncreas, sem, contudo, embasamento em resultado de teste clínico. A Câmara de Recurso decidiu, então, que a invenção apresentava novidade e atividade inventiva:

Due to their unique characteristics, different types of cancer (but even patients having the “same” tumour) are treated differently and no compound (“the magic bullet”) has been found so far to treat cancers of all types. In view of the above, a skilled person would not be in a position to predict whether or not a drug shown to be effective in the treatment of one type of cancer would also be effective against a different type of cancer. Accordingly, the skilled person would normally not have a reasonable expectation of success in switching type of cancer, while keeping using the same drug.

Como se percebe, nos últimos vinte e cinco anos, a partir da decisão G 5/83, o EPO debateu intensamente acerca das reivindicações de segundo uso terapêutico. Manteve-se sempre a linha argumentativa em prol da preponderância do princípio da patenteabilidade — toda invenção nova, inventiva e passível de aplicação industrial é patenteável — sobre as exceções previstas pela EPC, que deveriam ser interpretadas, via de regra, restritivamente.

Mas, dentro dessa linha mestra, o entendimento do EPO foi evoluindo claramente, consoante demonstrou-se com o relato de algumas decisões. Assim, se, inicialmente, a patente de segundo uso terapêutico era concedida para o uso de um medicamento para o tratamento de uma doença completamente diferente da originalmente combatida pela droga, o entendimento atual considera patenteáveis reivindicações de modo, ordem ou regime de administração. Da mes-

ma forma, aceitam-se reivindicações em que o único elemento novo é o tipo de paciente tratado pelo medicamento. E em todos os casos, o patenteamento decorre da consideração de que esses fatores mostram-se essenciais para a caracterização de determinado tratamento médico.

8. A revisão da convenção da patente europeia

Como foi dito ao longo de todo esse trabalho, a EPC foi objeto de alteração, com base no “Ato de Revisão da Convenção sobre a Patente Europeia de 29 de novembro de 2000”. O novo texto da convenção entrou em vigor em 13 de dezembro de 2007 e efetuou mudanças em dispositivos relevantes para a questão das patentes de segundo uso terapêutico.

Primeiramente, menciona-se que foi revogado o artigo 52(4), que consignava a vedação às patentes de métodos de tratamento por suposta falta de aplicação industrial. Em seu lugar redigiu-se o artigo 53(c), colocando os métodos de tratamento no rol das exceções à patenteabilidade. Confira-se a alteração:

EPC revogada, Art. 52(4): Methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body shall not be regarded as inventions which are susceptible of industrial application within the meaning of paragraph 1. This provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods.

EPC revisada, Art. 53 (exceptions to patentability): European patents shall not be granted in respect of: [...] (c) methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body; this provision shall not apply to products, in particular substances compositions, for use in any of these methods.

Adicionalmente, acentua-se que o antigo artigo 54(5), que expressamente permitia as reivindicações de primeiro uso terapêutico — e que era interpretado de forma a proibir reivindicações *diretas* de segundo e posteriores usos —, também foi modificado. Veja-se:

EPC revogada:

Art. 54(5): *The provisions of paragraphs 1 to 4 shall not exclude the patentability of any substance or composition, comprised in the state of the art, for use in a method referred to in Article 52, paragraph 4, provided that its use for any method referred to in that paragraph is not comprised in the state of the art.*

EPC revisada:

Art. 54(4): *and shall not exclude the patentability of any substance or composition, comprised in the state of the art, for use in a method referred to in , provided that its use for any such method is not comprised in the state of the art.*

Art. 54(5): *Paragraphs 2 and 3 shall also not exclude the patentability of any substance or composition referred to in paragraph 4 for any specific use in a method referred to in Article 53(c), provided that such use is not comprised in the state of the art.*

A revisão da EPC, além de manter a permissão às reivindicações diretas de primeiro uso, em seu artigo 54(4), tornou expressa, em seu artigo 54(5), a possibilidade de proteção às invenções de segundo e posteriores usos. Inclusive, a partir do novo texto, entende-se que invenções de primeiro, segundo e posteriores usos passaram a poder ser reivindicadas também como “produto limitado pelo uso”⁹⁴, transformando as reivindicações do tipo suíço em uma mera opção do requerente⁹⁵.

94 No formato “composto X para o tratamento da doença Y”.

95 “Therefore, a new article 54 (5) EPC was introduced with unambiguously permits purpose-related products protection for each further new medical use of a substance or composition already known as a pharmaceutical” — Diplomatic Conference for the Revision of the European Patent Convention, Munich, 20-29 November 2000, 32 IIC.

9. Síntese conclusiva

Consoante averbado na introdução deste trabalho, o estudo dos rumos seguidos na Europa no intuito de resolver o problema do segundo uso terapêutico é fundamental para qualquer um que pretenda abordá-lo no Brasil. Deveras, a discussão a respeito dessa modalidade de patente, existente há mais de vinte e cinco anos na Europa, atingiu lá um alto grau de maturidade e sofisticação.

Em resumo, pode-se dizer que o entendimento europeu caminhou no sentido de privilegiar o princípio da patenteabilidade em detrimento de interpretações que pudessem frustrar o direito de patente, consagrando as reivindicações do tipo suíço. Nessa medida, consolidou-se, no bojo do Sistema Europeu de Patentes — e com reflexos nos sistemas jurídicos de diversos Estados, inclusive não signatários da EPC —, que toda a solução técnica nova, inventiva e passível de aplicação industrial é, em regra, patenteável, não importando tratar-se de invenção de primeiro, segundo ou posteriores usos terapêuticos.

A partir desse pilar, a posição sustentada pelo EPO evoluiu de sorte a permitir que inovações quanto ao modo, ordem e regime de administração de um medicamento, ou mesmo relativas ao tipo de pacientes tratados, fossem patenteáveis, desde que cumpridos os requisitos tradicionais de patenteabilidade. Isso porque esses aspectos foram considerados essenciais para a caracterização de um tratamento médico.

Cumprе ressaltar, ademais, que, com a recente revisão da EPC, as invenções de segundo uso terapêutico, já aceitas em sede administrativa e judicial, passaram a ser reconhecidas expressamente pela Convenção.

Por todo o exposto, espera-se que os estudiosos brasileiros avaliem com atenção toda a doutrina e jurisprudência produzidas no velho continente sobre o tema das patentes de segundo uso terapêu-

tico, de modo a identificar quais soluções podem ser adaptadas e quais devem ser rejeitadas à luz da realidade do país. Afinal, se, por um lado, é evidente que os posicionamentos adotados pelo EPO podem — e devem — ser questionados, não restam dúvidas de que a cada vez maior integração das nações abre espaço para um exame amplamente internacionalizado dos questionamentos jurídicos.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

**A CRISE PLANETÁRIA DE 2007/2010 E O
GOVERNO DAS SOCIEDADES**

**THE 2007/2010 GLOBAL SLUMP AND THE
CORPORATE GOVERNANCE**

António Menezes Cordeiro

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar as noções básicas acerca do governo das sociedades, à vista da crise planetária de 2007/2009, que se iniciou com a desregulamentação da economia e a proliferação de créditos especulativos. O autor detalha a importância da crise para o surgimento de uma nova regulamentação do setor de crédito e de um novo governo das sociedades.

Palavras-chave: Crise Econômica. Desregulamentação. Especulação. Governos das Sociedades. Nova Regulação.

Abstract: This work analyse the basic ideas concerning corporate governance in light of the 2007/2009 world's economic slump, wich began with the economy's deregulation and the propagation of speculative credits. The author details the importance of the current crisis to the appearance of a new credit regulation and a new corporate governance.

Keywords: Economic Slump. Deregulation. Especulation. Corporate Governance. New Regulation.

Sumário: I— *A crise planetária:* 1. *Introdução;* 2. *Minsky: “a hipótese de instabilidade financeira”;* 3. *A gênese dos sub-primos;* 4. *Desregulação e titulação: a bolha global;* 5 *A crise global;* 6. *Aspectos explica-*

tivos. II — O governo das sociedades: origem e evolução: 7. Generalidades e terminologia; 8. Âmbito e conteúdo; 9. Origem e evolução; 10. Expansão mundial. III — O governo das sociedades em Portugal: 11. As vias de penetração; 12. A projecção na reforma de 2006. IV — Os reflexos da crise: 13. Nas vésperas da crise; 14. As medidas anti-crise; 15. Uma nova regulação?; 16. Um novo governo das sociedades?

I — A crise planetária

1. Introdução

I. O nosso Planeta atravessa uma crise financeira e económica muito séria: a mais complexa e profunda desde 1930¹. Falaremos na crise planetária de 2007/2009, embora esta última data seja um sinal de optimismo: provavelmente, a crise prosseguirá em 2010², sendo compagináveis cenários ainda mais longos³.

1 Existe, já, uma literatura inabarcável sobre a crise, estando anunciada uma boa dezena de títulos para 2009. Nas linhas subsequentes, tivemos em conta obras publicadas no segundo semestre de 2008 e, designadamente, quanto a escritos em inglês e em francês, as seguintes: Mark Zandi, *Financial Shock: a 360° Look at the Supreme Mortgage Implosion, and How to Avoid the Next Financial Crisis* (2008); Dale C. Maley, *What Lessons Can We Learn from the Crash of 2008?* (2008); George Soros, *The New Paradigm for Financial Markets/The Credit Crisis of 2008 and What it Means* (2008); Paul Kaugman, *The Return of Depression and the Crisis of 2008* (2008); Philippe Waechter/Martial You, *Subprimes, la faillite mondiale?* (2008); Olivier Pastor/Jean-Marc Sylvestre, *Le roman vrai de la crise financière* (2008); Paul Jorion, *La crise/Des subprimes au séisme financier planétaire* (2008) e *L'implosion/La finance contre l'économie/ce que révèle et annonce la "crise des subprimes"* (2008); Patrick Artus/Marie-Paule Virard, *Globalisation/Le pire est à venir* (2008). Já deste ano, temos Matthieu Pigasse/Gilles Finchelstein, *Le monde d'après / Une crise sans précédent* (2009); Eduardo Paz Ferreira, *O inverso do nosso descontentamento*, RFPDF 2008, 4, 69-79; Luís Máximo dos Santos, *Que crise é esta?*, RFPDF 2008, 4, 51-68.

2 P.ex., Fred Harrison, *Boom Bust: House Prices, Banking and the Depression of 2010* (2007), havendo ed. alemã sob o título *Wirtschaft Krise 2010: Wie die Immobilienblase die Wirtschaft in die Krise stürzt* (2008) e Loïc Abadie, *La crise financière en 2008-2010: mode d'emploi pour la décrypter et l'explicitier* (2008).

3 P.ex., Wilfried Kölz, *Die Weltwirtschaftskrise 2010-2014: Börsenzyklen verraten die Zukunft* (2007).

II. As crises são habituais: quiçá mesmo desejáveis, como forma de reactivar a economia, suprimindo empresas inviáveis e promovendo as mais capazes e promissoras. Recordamos as crises asiáticas de 1997 (Coreia, Indonésia e Tailândia), a crise russa de 1998, a brasileira de 1999 e a tecnológica (Nasdaq) de 2000⁴.

Seguiram-se graves escândalos: Enron, em 2001, e Worldcom em 2002. As cotações da bolsa caem vertiginosamente, somando, em 2002 e só nos Estados Unidos, uma quebra de 8500 biliões de dólares. E a quebra não foi apenas mobiliária: de 2000 a 2001, a produção caiu, com a destruição de dois milhões de empregos. O mal foi exportado, atingindo a Europa comunitária.

III. Todavia, foram crises curtas, enfrentadas com sacrifícios de empresas mais expostas e com injeções maciças de liquidez. Cada crise era seguida de novos períodos de expansão, em ciclos de *boom/bust* que permitiam novos ganhos por parte de operadores mais atentos e — há que reconhecê-lo — com alguma sorte.

A liquidez abundante e a possibilidade de conseguir lucros extraordinários no mercado da bolsa e no sector de derivados drenou, inexoravelmente, o capital produtivo. Para quê investir na indústria ou no comércio, numa expectativa de lucros a médio ou a longo prazo, sujeitos a inúmeras contingências, quando, sem esforço, se pode obter um ganho muito superior e mais rápido, jogando com títulos ou com puras realidades financeiras? Empresas saudáveis vieram a investir capitais em áreas mobiliárias, fora do seu núcleo de negócios.

IV. É certo que diversos indicadores dispararam, nos já chamados loucos anos 90: os resultados da Administração Clinton ficaram na História, sendo de imputar a uma confluência favorável de algumas variáveis, com relevo para a quebra nos preços do petróleo e à

⁴ O índice Nasdaq estava em 500, no ano de 1991. Temos: 1000 em 1995, 2000 em 1998 e 5130 em Março de 2000.

montagem do circuito virtuoso China/Estados Unidos: produção/consumo com exportação de liquidez reinvestida nas obrigações do tesouro. Em todo o Mundo, o crescimento dos países emergentes foi notável, tendo retirado centenas de milhões de pessoas da pobreza.

Mas a fragilidade era grande, sendo potenciada (hoje todos o dizem) pela desregulação do mercado financeiro global e pela total subordinação da ética e do bom senso à busca do maior lucro. O esmagamento progressivo das classes média e média baixa e o empolamento exagerado das retribuições dos grandes gestores são retratados em todas as obras da especialidade⁵.

V. Não faltaram avisos, desde os anos 90. Não havendo regulação mundial do dinheiro e jogando-se na liquidez para colmatar as crises, potenciou-se uma multiplicação artificial de moeda bancária que, em cálculos recentes, terá alcançado os 500.000 biliões de dólares, só nos derivados do crédito: qualquer coisa como 50 vezes o PIB norte-americano ou, se se preferir: toda a riqueza da maior economia mundial de um ano, multiplicada por cinquenta. Em suma: os excessos de emissão, a desregulação levada ao delírio, a contabilidade imaginativa, a busca do imediato e a participação activa da banca levaram a uma bolha generalizada onde tudo foi possível. Perante o seu rebentamento: tudo é, de novo, possível, mas agora em sentido inverso⁶.

2. Minsky: a “hipótese de instabilidade financeira”

I. O rastilho que prenunciou a crise planetária adveio do *crash* imobiliário norte-americano. É curioso referir as suas origens e o seu

5 *Vide*, além dos títulos citados, François Lenglet, *La crise des années 30 est devant nous* (2007).

6 Temos em conta o escrito clássico de Joseph E. Stiglitz (Nobel da Economia), *The Roaring Nineties: A New History of the World's Most Prosperous Decade* (2004).

desenvolvimento: documentam justamente o resultado conjugado da falta de regulação e da quebra ética provocada pela busca do lucro imediato.

II. Como pano de fundo, vamos eleger a hipótese de instabilidade financeira, apresentada em 1992, por Minsky⁷. O seu modelo é largamente explicativo, quanto à actual crise planetária. Partindo do “véu monetário keynesiano”, cabe recordar que, pelo crédito, se compra hoje o dinheiro de amanhã. A complexidade crescente das estruturas financeiras confere um papel criativo ao crédito: o banqueiro, como qualquer outro operador, recebe lucros por via da inovação. O dinheiro não é neutro, interferindo, com a sua circulação, no valor dos bens e no crédito que deles resulte. E embora o crédito assente na expectativa de lucros futuros, ele promove esses próprios lucros podendo, perante eles, articular-se de modo distinto.

III. Minsky aponta três modelos de relação rendimento/crédito:

- financiamento fechado (*hedge*);
- financiamento especulativo (*speculative*);
- financiamento em pirâmide (*Ponzi*⁸; também se usa “em cavalaria”)⁹.

No financiamento fechado, o devedor pode, com os seus rendimentos próprios, pagar todas as suas obrigações contratuais e, designadamente: o capital e os juros.

7 Hyman P. Minsky, *The Financial Instability Hypothesis*, Maio de 1992. Trata-se de um *paper* facilmente confrontável, na Net, seja pelo título, seja pelo nome do seu Autor.

8 A locução *Ponzi finance* advém de Charles Ponzi, burlão de origem italiana, que nos anos 20 do século XX, ficou conhecido por montar esquemas financeiros em pirâmide: os interessados entregavam o seu dinheiro, recebendo até 100% de juros em três meses; tais juros eram pagos com as contribuições de novos interessados e assim por diante. Tudo se desmoronou com o termo da expansão. *Esquemas Ponzi* surgem de modo cíclico (*vide* a nossa D. Branca), apesar de serem conhecidos há muito.

9 A “cavalaria” é a última a chegar à batalha e a primeira a partir, na tradição dos *Westerns*.

No financiamento especulativo, o devedor pode pagar os juros; mas não o capital. Terá de haver *roll over*: a dívida é renegociada e renovada no seu termo, o que assegura, enquanto for possível, a sustentabilidade do esquema. O especulador pode, ainda, obter lucro com a venda do investimento, caso este tenha valorizado.

No financiamento em pirâmide, o devedor não pode pagar nem o capital, nem os juros todos. Logo, ele tem de se endividar nova e crescentemente, para manter a situação. Tal só é pensável num ambiente em que a massa disponível para empréstimos vá aumentando.

IV. Um modelo dominado por financiamentos fechados está em equilíbrio. Adquire-se, hoje, o dinheiro que irá ser efectivamente ganho amanhã. Temos, então, os seguintes teoremas que integram a hipótese da instabilidade financeira:

- a economia tem regimes de financiamento sob os quais é estável ou instável;
- em períodos de prosperidade prolongada, a economia transita de relações financeiras estáveis para relações instáveis.

Com efeito, em prosperidade prolongada, a busca de maior lucro por parte de todos os intervenientes leva a abandonar o modelo de financiamento fechado a favor do especulativo e da cavalaria. A partir daí, o modelo é instável: o crédito cresce sem correspondência na riqueza, originando bolhas e ameaçando colapso, logo que se retirem alguns agentes do mercado ou, mais simplesmente: desde que deixem de afluir.

V. Diz-se, no *jargon* financeiro, que há bolha assim que, mercê do excesso de liquidez, designadamente o derivado de sistemas especulativos ou de sistemas em pirâmide, se assista a um aumento do valor de certos bens, para além daquilo que eles possam, razoavelmente, produzir. Em ambiência de bolha, as aquisições são feitas tendo em vista mais-valias só visualizáveis na medida em que o efeito “bolha” prossiga e enquanto ele prosseguir. Baixando a procura, a bolha desfaz-se, com prejuízo para todos os que nela se encontrem, que ficarão privados de quanto ultrapasse o valor “real” do bem.

3. A gênese dos subprimes

I. Voltemos, agora, à crise imobiliária norte-americana. Em 1946, cerca de 40% da população norte-americana era proprietária da sua própria casa. Em 1970, tal cifra era de 60%, o que representa uma pujante classe média. Com Georges W. Bush, cujo programa visava uma *ownership society*, procurou facultar-se a propriedade a camadas crescente da população. Teoricamente isso era possível, embora com um problema: a distribuição desigual da riqueza, que levava a que 1% da população detivesse quase um terço do património dos Estados Unidos.

II. Os esquemas postos ao serviço da popularização da propriedade passavam por deduções fiscais e por subvenções da *Federal Housing Administration* (FHA), através de *Government Sponsored Entities* (GSE): a *Fannie Mae* (*Federal National Mortgage Association*) e a *Freddie Mac* (*Federal Home Mortgage Corporation*).

A gestão privada das subvenções levou a que elas fossem dirigidas, num primeiro tempo, para as famílias médias: não para as de poucos recursos. Os juros eram muito baixos, tanto mais que havia ligação aos juros das obrigações do tesouro, facilmente colocadas na China, no Japão, na Coreia e em Taiwan, com juros mínimos. A liquidez daí derivada alimentava o “tapete virtuoso”. A procura de casa subiu, sendo seguida pelo incremento da construção, mas com uma dilação. Temos uma bolha imobiliária: o preço das casa sobe para além dos custos do terreno e da construção e para além do que o seu arrendamento “normal” poderia gerar.

III. Não havendo “bolha”, as boas práticas só permitiriam emprestar fundos aos agregados “fechados”, isto é: que dessem garantias de, pelos seus rendimentos, poder pagar o capital e os juros. Tais garantias eram asseguradas pela *Fannie Mae* e pela *Freddie Mac*: exigia-se um empréstimo máximo de US\$417.000; uma entrada com capital próprio de 20%, no mínimo; um rendimento bastante devidamente documentado. O empréstimo em jogo era seguro, estando ga-

rantido, ainda, por hipoteca. Era a “categoria A” ou situação *prime*. O modelo estava em equilíbrio.

IV. Com as facilidades e a liquidez disponíveis, o número de famílias cobertas alargou-se, os *primes* aumentaram e o preço da habitação subiu, alimentando a bolha. A partir de um certo momento, a manutenção da prosperidade elevou as tensões sobre o equilíbrio. Primeiro, verificou-se que os *primes*, na tipificação das agências federais, eram demasiado uniformes. Uma casa média na Califórnia exigia um financiamento de US\$729.000 (*jumbo*), a dispensar a famílias que ofereciam garantias. Temos a categoria “Alt A” (*Alternative A*), ainda comportável. O efeito de bolha amplia-se.

A subida contínua do imobiliário leva à concessão de empréstimos a pessoas que, de todo, já não reuniam as condições requeridas pelas *Fannie Mae* e *Freddie Mac* para os *primes*: temos as “categorias AB”, “B”, “BB” e assim por diante, globalmente ditas *subprimes*.

V. Os financiamentos *subprimes* podem ser explicitados com recurso à hipótese Minsk.

Temos, em primeiro lugar, o financiamento especulador. Trata-se de empréstimos *interest only*. Ao interessado não se exige que possa reembolsar o capital: apenas que pague os juros. Caber-lhe-á o *roll over* do empréstimo ou a venda da casa. Num ambiente de bolha, não há problema: como a casa vale sempre mais, não só a renegociação do empréstimo é fácil como a garantia funciona e com lucros.

Mas se é assim, porque não ir mais longe e financiar mesmo quem não possa pagar juros? Chega a cavalaria, com os financiamentos Ponzi. A criatividade financeira norte-americana funcionou. Um modelo habitual era o dos empréstimos 2/28: durante dois anos, o beneficiário do empréstimo pagava parte dos juros, crescendo, o resto, ao capital; passado esse período, a mensalidade ajusta-se, duplicando ou triplicando, a menos que haja renegociação. As cláusulas penais ou de cautela, multiplicam-se: quando o capital em dívida atinja os 115% ou os 120% do capital mutuado, o financiamento passa a normal, com capital e juros. A bolha está no zénite.

4. Desregulação e titulação: a bolha global

I. Como foi possível tal situação, cujos efeitos se adivinham? Evidentemente: na origem temos o défice norte-americano, a sobreliquidez, o financiamento do consumo pelo saldo das exportações chinesas, reintroduzido no continente americano através da aquisição maciça de obrigações do tesouro e assim por diante.

Mas no concreto cenário dos *subprimes* avultam a desregulação e a titulação.

II. Os candidatos *subprimes* são aliciados por corretores interessados, que se movimentam nas áreas suburbanas onde nem é seguro abrir agências bancárias. Tais corretores não são regulados. Adquirido um “cliente”, recebem a sua comissão e passam ao seguinte.

O banqueiro ocupa-se, depois, do “cliente”. A regulação exige-lhe determinados rácios, mas não se preocupa com a qualidade dos mutuários. E no pouco que resta, não há controlo: ou se pratica o empréstimo *no doc* (*no documents*), em que apenas o valor do bem hipotecado é controlado ou se incita o candidato a mentir sobre as suas possibilidades. Pequenos empregos, biscates, economia paralela: lida-se com rendimentos possíveis mas indemonstráveis.

III. O banqueiro concede o empréstimo e fica titular de um crédito hipotecário. Este é titulado e colocado em *Wall Street* e, a partir daí, em todo o Mundo. A titulação abrangia, na origem, os *primes*: créditos sem risco, duplamente garantidos pela vigorosa classe média americana e por hipoteca sobre casas em alta. Os produtos financeiros daí derivados tinham uma procura avassaladora: eram seguros, davam rendimento e permitiam absorver a volumosa liquidez disponível. Os banqueiros limpavam o seu balanço, acolhiam a comissão, eliminavam o risco e recebiam meios que permitiam conceder novos empréstimos.

Mas a quem? Satisfeita a “área fechada”, havia que passar aos especuladores e, por fim, à cavalaria. Os *subprimes* tinham procura: afinal, estavam garantidos por casas em alta. A titulação funcionava.

Mas aí, tornou-se complexa e opaca: de novo por falhas regulativas, os créditos titulados eram ordenados em produtos complexos (ABS, de *asset-backed securities*, CDU, de *collateralized debt obligations*, como exemplos), com “fatias” de créditos A, Alt-A, AB, B, BB e assim por diante. A imensa procura de derivados do crédito levou a que fossem aditadas “fatias” representativas de créditos de cartões bancários, de créditos ao consumo e de créditos de toda a ordem.

IV. As agências de notação de riscos bloquearam. Num ambiente de procura intensa, as prevenções eram desmentidas pelos factos. A complexidade dos produtos vendidos no Globo era tal que a UBS estimou ser necessário, para o exacto conhecimento de um deles, examinar a génese de mais de 7.000 títulos, incluindo *sub primes*.

Chegamos à bolha global: o valor já não tem a ver com o bem em jogo, mas com o preço que se espera no futuro. Os banqueiros financiam-se no mercado, refinanciam-se entre si e asseguram empréstimos que fazem crescer a bolha, num ciclo de triliões de dólares. No pico da bolha, tudo dispara: matérias primas (com o petróleo em inimagináveis 150 dólares), alimentos, acções e clubes.

V. Ainda nesse ambiente, multiplicam-se as fraudes, os desvios e os descuidos. A liquidez fácil permite cobrir falhas, enquanto a titulação de créditos dissemina-os, com facilidade, num mercado cuja opacidade aumenta com a escala planetária que tudo absorve.

5. A crise global

I. A crise parte do mercado imobiliário. Alcançado o pico da bolha, as casas estabilizam e iniciam a baixa. A oferta é muito alargada e faz equilibrar o preço: acabou a alta em contínuo. Entretanto: sai a cavalaria: passada a fase inicial, os mutuários são incapazes de pagar as prestações. O sistema americano é muito rápido: as casas são penhoradas e vendidas, fazendo baixar os preços. Em pouco tempo, dois milhões de agregados perdem a habitação, a qual vem aumentar a oferta.

Seguem-se os especuladores. Confrontados com a perda resultante da baixa do imobiliário, o especulador paga juros sem retorno. O *roll over* torna-se mais difícil. Pode arrendar a casa: mas as rendas são pouco convidativas, iniciando uma baixa. Se estiver atento, vai vender quanto antes, fazendo baixar novamente os preços. Além disso: as dificuldades de refinanciamento levam alguns especuladores ao incumprimento, à penhora e a vendas por baixo preço.

Finalmente, os *hedges*: em princípio, não têm problemas. Mas ficam *underwater* (debaixo de água, no sempre colorido inglês norte-americano), logo que a baixa do imobiliário os deixe sem cobertura patrimonial. Basta que a crise se agrave, que se perca o emprego ou que certas colocações mobiliárias corram mal para que os próprios *primes* sucumbam: novas quebras, nova pressão na oferta, novas baixas e assim por diante. Fala-se numa quebra de 40% do imobiliário: uma cifra astronómica de riqueza, que se desvaneceu em meses, atingindo cada família.

II. No plano financeiro, os reflexos foram devastadores. Na linha da frente estavam as instituições especializadas em *subprimes* e, desde logo, a *Countrywide Financial*, de Ângelo Mozilo, *leader* no sector. Confrontado com as primeiras quebras, Mozilo tenta a fuga em frente, intensificando os empréstimos. A falta de liquidez veda veleidades; a empresa passa de 15 a 5 biliões de dólares. O *Bank of America* comprou a *Countrywide* no princípio de 2008, a 18 dólares a acção: cotada então a 5, quando valera, seis meses antes, 50. Em Junho de 2007, a *Bear Stearms* anunciou que dois dos seus *Hedge Funds*, recheados de *subprimes*, perderam todo o valor. É fácil: basta que não tenham procura. A *Bear Stearms* acabaria adquirida, por preço vil, pelo *JP Morgan Chase*: e com garantia da Reserva Federal (16-Mar.-2008). Em Julho cai o banco *Indy Mac*, tomado pelo Estado. Após nova agonia pela falta de procura de todos os títulos — mesmo os notados AAA! — e goradas as hipóteses de recuperação, o *Lehman Brothers* (o 4º banco de investimento) entrou em falência. Em 30-Jul.-2008, o poderoso *Merril Lynch* põe em venda a sua carteira de CDO que abrangia *subprimes* então já considerados “tóxicos”. No valor no-

minimal de 30,5 bilhões de dólares, foi vendido por 6,7 bilhões (um mês antes, valeria 11,1 bilhões). *Merril Lynch* (3º banco) é adquirido, *in extremis*, pelo *Bank of America*.

III. A sucessão de desaires intensifica-se. Instituições saudáveis como a *Goldman Sachs* e a *Morgan Stanley* chegam a perder mais de 20% em cada sessão da bolsa e passam (com o apoio federal) a bancos comerciais: o fim da banca de negócios.

Em Julho de 2008, os já semi-públicos *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, que num efeito de retorno haviam adquirido títulos que envolviam *subprimes* foram intervencionados pelo Congresso. Mesmo assim: em Agosto de 2008, já haviam perdido, respectivamente, 85% e 87% do seu valor.

As cifras de perdas são enormes: em 15-Set.-2008 e em bilhões de dólares, temos, como exemplos: Citigroup: 55,1; *Merril Lynch*: 51,8; UBS: 44,2; HSBC: 27,4, etc.. As fronteiras norte-americanas foram ultrapassadas: no Reino Unido, houve que nacionalizar o Northern Rock; no Benelux, o Fortis; na Alemanha, acudiu-se ao Dresden adquirido *in extremis* pelo *Commerzbank*, salvo, passados meses, pelo Estado. Os exemplos prosseguem.

IV. O súbito desaparecimento do mercado interbancário e os ataques dos especuladores em bolsa, potenciados, de resto, pelo facto de, eles próprios, não poderem manter o *roll over* de que dependiam, fez colapsar fortunas e suprimir triliões, em moeda bancária.

A finança mundial ficou dependente dos bancos centrais que, através de injeções impensáveis de moeda, mantiveram o sistema.

A sequência é, hoje, seguida diariamente nos jornais: quebra de crédito; quebra de consumo; redução drástica da procura; quebra de produção; despedimentos maciços; nova quebra na procura; baixa incurável das bolsas; quebra nos preços básicos (o próprio petróleo caiu para baixo dos 40 dólares, só não afundando mais mercê da Guerra de Gaza, em Janeiro de 2009).

Num curioso retorno histórico: tudo parece depender dos Estados.

6. Aspectos explicativos

I. A hipótese de Minsky ilustra a crise dos *subprimes* e, mais latamente, a da bolha global. Tudo isso ocorre mercê de condutas humanas, sendo certo que é ao nível dessas condutas que tudo deve ser feito, no plano dos remédios. E nesse ponto, temos os insondáveis desafios da Humanidade. Tocaremos nalguns tópicos.

A atitude individual de cada um será, quando isoladamente tomada, enquadrável em pressupostos racionais. Colectivamente, isso não sucede. Ou seja: uma soma de condutas “racionais” pode conduzir a resultados irracionais. Basta pensar no ambiente ou na economia.

No plano económico, o comportamento assume uma dimensão massificadora. As “bolhas” resultam, justamente, do facto de uma multitude de pessoas tomarem, em simultâneo, a mesma opção aquisitiva. Pois bem: irracionalidade e massificação constituem os dois ingredientes de base da hipótese do desequilíbrio financeiro.

II. A decisão económica não é tomada pelo que exista: ela depende do que o agente julgue que vai acontecer. Logo, existe um risco, uma vez que a antecipação nem sempre é totalmente segura.

Mas ainda: a decisão económica vai interferir no que irá acontecer. Se o agente compra determinadas acções, na expectativa de que a sua cotação vai subir, ele está, *ipso facto*, a promover a sua subida. E inversamente: vende porque pensa que vão baixar; há mais um impulso para que baixem mesmo.

III. A doutrina clássica do mercado ensina que o melhor resultado depende do livre jogo dos agentes: informados e autónomos. Só

que, no seu conjunto, os agentes, mesmo informados e livres, não agem isoladamente (massificação), não actuam no melhor sentido (irracionalismo), não configuram a melhor opção (risco) e interferem, com as suas opções, no resultado final (reflexividade). A doutrina clássica está certa, quando associa as causas a certos efeitos. Mas não inclui, no seu modelo, as apontadas características da natureza humana.

IV. O crédito pondera sempre um certo risco de incumprimento. Os “sinistros”, em técnica seguradora, ocorrem aleatoriamente e espaçados no tempo. Na ambiência *subprime*, os incumprimentos são simultâneos: a quebra do imobiliário provoca-os, em grande número, sendo certo que os incumprimentos mais deprimem o mercado, provocando novos incumprimentos.

A titulação levou a uma interligação antes impensável. A crise não fica acantonada ao sector sensível que a tenha gerado. Incumprimentos nos arredores de Los Angeles provocam falhas nos lucros locais e quebras em Wall Street. O efeito multiplicador é exponencial, quando a desconfiança se instala. Os títulos são recusados, ainda que tenham, apenas, uma “fracção” de *subprime*. Pior: são recusados, por contágio, mesmo que se saiba não terem nenhuma. Ora os títulos só valem por terem procura: não têm qualquer valor intrínseco. A partir daí, a crise é geral. Só não houve colapso do sistema pela intervenção dos bancos centrais.

V. O sistema recompensa os agentes que, aderindo às “bolhas” contribuam para o seu empolar. Todos ganham: excepto os que, aquando do seu rebentamento, ainda não se tenham retirado. Mas se, antecipando tal rebentamento, vários agentes se retiram precipita-se a bolha. A ideia de “recompensa” por atitudes nocivas deve ser retida. É justamente nesse nível que o Direito deverá actuar: seja limitando a “recompensa”, indexando-a a pressupostos racionais, seja proscurendo práticas obviamente perigosas.

II — O governo das sociedades: origem e evolução

7. Generalidades e terminologia

I. Traçado o perfil da crise de 2007/2009, vamos fazer a aproximação ao governo das sociedades. Veremos, depois, o que é possível adiantar quanto às novas dimensões que, no mesmo, seja desde já possível introduzir. Começaremos pela terminologia¹⁰.

Por “governo das sociedades” entendemos a *corporate governance*. Em português do Brasil, usa-se o termo governança corporativa. “Governança” equivale, de resto, a uma expressão que nos surgia já nos nossos clássicos medievais. Os puristas franceses recorrem a *gouvernement d’entreprise* ou *gouvernement des sociétés*, explicando tratar-se de *corporate governance*. Esta última expressão, no anglo-americano de origem, é utilizada, sem problemas, pelos comercialistas alemães. *Corporate governance* não tem um equivalente claro, no Direito português das sociedades. Ficamo-nos, por isso, pela locução governo das sociedades, habitualmente usado.

II. O governo das sociedades corresponde a um conceito anglo-americano. Postula quadros jurídicos e conceituais diferentes dos continentais e, ainda, uma Ciência Jurídica estruturalmente diversa. Deste modo, ele não comporta uma perfeita equivalência, perante a instrumentação luso-germânica. A utilização de “governo das sociedades” deve ser acompanhada pelas necessárias precisões, sob pena de promover confusões conceituais.

8. Âmbito e conteúdo

I. Feitas estas precisões, verifica-se que *corporate governance* pode abranger duas diferentes realidades:

¹⁰ Sobre toda esta matéria, *vide* o nosso *Manual de Direito das sociedades*, 1 (2007), 841-854, com bibliografia.

- a organização da sociedade;
- as regras aplicáveis ao funcionamento da sociedade.

Na primeira vertente, a *corporate governance* reportar-se-ia ao que chamamos a administração e a fiscalização das sociedades. Ela abrangeria:

— a orgânica societária, susceptível de integrar diversos modelos; no caso das sociedades anónimas, teríamos, à escolha (278^o/1 do CSC): o modelo monista latino, com administração e conselho fiscal, o modelo monista anglo-saxónica, com administração compreendendo uma comissão de auditoria e o revisor oficial de contas e o modelo dualista ou germânico, com conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas;

- a ordenação interna do conselho de administração;
- a articulação com a assembleia geral;
- o modo de designação e de substituição dos administradores.

II. Na segunda vertente, a *corporate governance* abarca:

- os direitos e os deveres dos administradores;
- as regras de gestão e de representação;
- as regras de fiscalização;
- os deveres atinentes às relações públicas.

III. A primeira — e, porventura, fundamental — subtileza do governo das sociedades reside na não-separação entre essas duas vertentes. Os estudiosos norte-americanos dão-nos noções em que ambos os aspectos estão miscenizados: não logram referir uma orgânica sem, de mistura, falarem das funções e das regras envolvidas, tudo isso entremeadado por considerações de ordem política algo *naïf*.

IV. Podemos reter algumas definições ilustrativas. Assim, o governo das sociedades seria:

— o sistema pela qual as sociedades são administradas e controladas (relatório Carbury, 1992);

— as estruturas, o processo, as culturas e os sistemas que dêem azo à organização e ao funcionamento com sucesso (Keasey e Wright, 1993);

— o processo de supervisão e de controlo destinado a assegurar que a administração da sociedade age de acordo com os interesses dos accionistas (Parkinson, 1994);

— a soma das actividades que afeioam a regulação interna do negócio em consonância com as obrigações derivadas da legislação, da propriedade e do controlo (Cannon, 1994).

A técnica subjacente não é precisa, pelos cânones continentais: falha na formulação de conceitos e na dimensão analítica. Todavia, ela permitirá entender melhor a realidade.

9. Origem e evolução

I. A *corporate governance* tem origem norte-americana. Ela remonta a 1932, altura em que Berle e Means expuseram o tema da separação, nas grandes empresas, entre a propriedade (formal) e o controlo. Como assegurar que os gestores, que detêm o controlo, agem no interesse dos proprietários? Seria o problema da representação (*agency problem*): haveria que prever um jogo de incentivos e de monitorização para assegurar esse desiderato.

Grosso modo, o sistema era arbitrado pelo mercado: a empresa mal gerida via cair as suas cotações, acabando por ser vítima de um *takeover*. Os novos titulares do capital poderiam optar entre desmantelar a empresa ou proceder a reajustamentos na sua gestão.

II. A partir dos anos 90 do século XX, a política económica e a prevenção vieram a assumir o lugar dos *takeovers*. Estes implicavam custos sociais elevados, instilando uma insegurança junto dos inves-

tidores. Devemos ainda ter presente que, nos Estados Unidos, as empresas financiam-se junto do mercado de capitais e não na banca. Torna-se importante, por isso, uma difusão de informações aprazíveis e um instrumento de segurança na gestão das empresas.

III. A *corporate governance*, agora com um sentido funcional e normativo mais vincado, ganha um uso e uma intensidade sem precedentes. Novos métodos de análise permitiram estabelecer o papel de um governo societário forte sobre os resultados da sociedade. Este foi incrementado. Mas teve um subproduto infeliz: uma sucessão de escândalos, com relevo para os casos mediáticos da Enron, da World-Com e da Global Crossing. Até à crise de 2007/2009, sete das doze maiores falências da História norte-americana ocorreram em 2002.

IV. O governo das sociedades tinha de assumir um papel mais moralizador e fiscalizador. Foram publicadas leis, com relevo para o norte-americano Sarbanes-Oxley Act (2002). Foram ainda estabelecidas incompatibilidades, garantias de independência, práticas moralizadoras e incrementos de responsabilidade.

A matéria tem conhecido um crescimento exponencial.

10. Expansão mundial

I. A *corporate governance* alargou-se, nos últimos anos, à Aldeia Global que é, hoje, o nosso Planeta. Primeiro, ela surge no Reino Unido, mercê das facilidades linguísticas e jurídico-culturais. Elaborou-se, sob o cuidado do *Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, presidido por Sir Adrian Cadbury, um primeiro “código de boas práticas de governo das sociedades” (1992), conhecido como Relatório Cadbury. Seguiram-se outras iniciativas.

II. A ideia de *corporate governance* alargou-se, depois, aos diversos países. O fascínio pelos sucessos norte-americanos, que asseguravam as mais elevadas taxas de crescimento, apesar das políticas externas erráticas, em conjunto com a pressão da cultura anglo-saxónica, explicará parte do fenómeno.

De todo o modo, a doutrina sublinha que os efeitos do governo das sociedades são já suficientemente marcantes para se poder concluir: não estamos perante um mero efeito de moda mas, antes, em face de um movimento de fundo, com consequências duradouras na panorâmica societária.

III. A *corporate governance* tem vindo a ser acolhida nos diversos países, dando corpo a regras adoptadas por instituições empresariais representativas ou a recomendações de entidades públicas ou de supervisão. Impõe-se, já hoje, um trabalho comparativo, com referências europeias. Surgem estudos de *Corporate Governance* por sectores, com relevo para o campo mobiliário. Ocorrem novos problemas.

IV. A publicação, na Alemanha, do *Deutsche Corporate Governance Kodex*, de 26-Fev.-2002 deu um alento especial à matéria, multiplicando-se as publicações especializadas. As disposições do *Kodex* não são, por si, Direito vigente, embora por vezes retomem (ou fiquem aquém) de normas jurídicas. Os escândalos norte-americanos, seguidos por alguns problemas na Europa, provocaram um novo surto na matéria. Perguntam os Autores se estaremos perante uma permanente reforma do Direito das sociedades, particularmente das anónimas¹¹. A presente crise veio atrasar a resposta.

V. A *corporate governance* deu ainda lugar a uma literatura comparatística envolvente, onde são descritos, lado a lado, as diversas experiências de governo das sociedades.

A leitura destes escritos não satisfaz as exigências da dogmática continental. Confirma a impressão inicial de uma acentuada falta de análise e de precisão conceitual, em textos que misturam casuísticas, descrições fluidas e considerações políticas diversas. Todavia, é inegável que eles permitem uma aproximação societária por ângulos

11 Wolfgang Bernhardt, *Sech Jahre Deutscher Corporate Governance Kodex / Eine Erfolgsgeschichte?*, BB 200, 1686-1692.

funcionais: porventura mais realistas do que a tradicional dogmática continental. Estamos, assim, perante um filão que cumpre aproveitar.

Em nome desta nova frente problemática têm sido estudadas e adoptadas reformas nos diversos países.

III — O governo das sociedades em Portugal

11. As vias de penetração

I. O governo das sociedades tem penetrado, na realidade do Direito português das sociedades, por seis vias:

— através de práticos do Direito, com especial capacidade na área das relações internacionais;

— mercê dos estudiosos que exercem funções no âmbito da CMVM;

— por via dos especialistas em técnicas de gestão; hoje: de “governo das sociedades”;

— pela pressão do Direito europeu;

— pelo ensino universitário;

— mediante reformas legislativas.

O papel dos práticos do Direito foi pioneiro. Em especial contacto com a realidade dos outros países, particularmente anglo-saxónicos, eles tiveram acesso imediato às novas orientações vindas de além-Atlântico e de além-Mancha. Por vezes, tiveram à possibilidade de transmitir conhecimentos assim adquiridos, publicando-os.

II. Os estudiosos que actuam no âmbito da CMVM têm uma apetência de princípio pelos temas do governo das sociedades. Cabe-lhes, em especial, preparar os regulamentos e as recomendações que irão enquadrar o mercado mobiliário. A sua sensibilidade à doutrina de língua inglesa reforçou a natural ligação com os mercados mun-

diais, em breve trecho dominados pela linguagem e pelos princípios de gestão norte-americanos.

Num plano próximo podemos colocar os especialistas em técnicas de gestão, muitas vezes de formação anglo-saxónica. Organizados no IPCG — Instituto Português de Corporate Governance, eles são responsáveis pela penetração do pensamento subjacente nas grandes empresas nacionais.

III. No plano europeu, temos desde logo presente a já referida Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: *Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia — Uma estratégia para o futuro*¹². Retemos o troço seguinte:

A UE deve definir uma abordagem própria em matéria de *governo das sociedades*, adaptada às suas tradições culturais e empresariais. Com efeito, trata-se de uma oportunidade no sentido de a União reforçar a sua influência à escala mundial através de regras de *governo das sociedades* sólidas e sensatas. O *governo das sociedades* constitui efectivamente uma área em que as normas têm vindo cada vez mais a ser estabelecidas a nível internacional, conforme evidenciado pela recente evolução registada nos Estados Unidos. A Lei *Sarbanes-Oxley*, adoptada em 30 de Julho de 2002, após uma série de escândalos, representou uma resposta rápida neste contexto. Infelizmente, suscitou uma série de problemas, devido aos seus efeitos extraterritoriais a nível das empresas e dos revisores oficiais de contas na Europa, tendo a Comissão empreendido um intenso diálogo com as autoridades norte-americanas (nomeadamente a *Securities and Exchange Commission*) no domínio da regulamentação com vista a negociar soluções aceitáveis. Em muitas áreas, a UE partilha objectivos e princípios gerais idênticos aos enunciados na Lei *Sarbanes-Oxley* e, nalguns casos, vigora já uma regulamentação sólida e equivalente na UE. Nalgumas outras áreas, contudo, são necessárias novas iniciativas. Assegurar o direito de serem reconhecidas como regras menos

¹² COM (2003) 284 final. Vide o nosso *Direito europeu das sociedades* (2005), 94 ss..

“equivalentes” a outras regras nacionais e internacionais constitui, só por si, um objectivo legítimo e profícuo.

Fica, naturalmente, a grande questão: as várias medidas preconizadas, no tocante à fiscalização, à responsabilidade dos administradores, aos figurinos de organização e à evolução do próprio Direito das sociedades não estariam ao alcance da linguagem continental clássica? A resposta seria, teoricamente, positiva. Todavia, o influxo anglo-saxónico foi um motor poderoso neste domínio. A linguagem adoptada é, ainda, a da *corporate governance*: ora a moderna Ciência do Direito assenta no relevo substantivo da linguagem. Não podemos ainda falar numa legislação directa europeia sobre governo das sociedades. Mas a pressão existe e é efectiva.

IV. O ensino universitário debate-se com a estreiteza dos planos de estudos. O âmbito lato do Direito comercial tem dificuldades em acolher mais esta província. De todo o modo, são feitas, há anos, referências básicas em obras gerais surgindo, mais recentemente, planos de estudos relativos a disciplinas especializadas de processo das sociedades, nos cursos de mestrado. Pelas características do nosso País: a matéria terá de ser aprofundada a esse nível.

V. Finalmente, o governo das sociedades tem-se projectado em reformas legislativas, com especial relevo para a de 2006. Vamos ver.

12. A projecção na reforma de 2006

I. Na preparação da reforma levada a cabo, no Código das Sociedades Comerciais, pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março, houve uma efectiva projecção de certos vectores da denominada *corporate governance*. De acordo com o estudo preparatório elaborado pela CMVM, a “ reformulação global e coerente do regime das sociedades anónimas em Portugal ” implica os objectivos seguintes:

- a.* Promover a competitividade das empresas portuguesas, permitindo o seu alinhamento com modelos organizativos avançados;
- b.* Ampliação da autonomia societária, designadamente através da abertura do leque de opções quanto a soluções de governação;
- c.* Eliminar distorções injustificadas entre modelos de governação;
- d.* Aproveitar os textos comunitários concluídos com relevo directo sobre a questão dos modelos de governação e direcção de sociedades anónimas;
- e.* Atender às especificidades das pequenas sociedades anónimas;
- f.* Aproveitar as novas tecnologias da sociedade da informação em benefício do funcionamento dos órgãos sociais e dos mecanismos de comunicação entre os sócios e as sociedades.

II. Há algum desenvolvimento vocabular. Todavia, a reforma aprovada deu corpo, em especial, aos pontos *b* e *f*, acima referidos. Quanto a modelos: houve um reforço efectivo da fiscalização, com múltiplos reflexos na prestação de contas.

III. No tocante à administração, como temos referido, deram-se dois passos, em nome do governo das sociedades:

— alterou-se o artigo 64^o, de modo a justapor-lhe categorias anglo-saxónicas de deveres;

— introduziu-se o *business judgement rule*.

Trata-se de aspectos que irão sendo clarificados, nos próximos anos.

IV — Os reflexos da crise

13. Nas vésperas da crise

I. A projecção da *corporate governance*, enquanto “ideologia”, foi intensa, nas grandes empresas. Para além da introdução de uma

terminologia anglo-saxónica, essa fórmula legítima, no plano das ideias, reformulações nos esquemas de retribuição dos administradores e na arrumação dos conselhos de administração e — com menor efectividade — na reorganização das fiscalizações. O sector bancário parece, justamente, ser dos mais sensíveis. Além disso, a matéria comunica-se, rapidamente, ao sector público.

II. No plano legislativo, o governo das sociedades serviu, essencialmente, como força impulsionadora da reforma de 2006, junto do legislador. A configuração concreta da reforma não dependeu dos “novos” princípios: estava ao alcance da técnica continental.

Estamos ainda longe de qualquer concretização jurisprudencial. Nesse domínio, impor-se-á toda uma divulgação jurídico-científica da matéria, junto dos agentes jurídicos: consultores, advogados e administradores. Estamos no Direito privado: os tribunais só decidem quando devidamente solicitados pelas partes.

III. O especial fascínio do governo das sociedades advém da integração, entre regras jurídicas, de princípios de gestão e de normas éticas. A *corporate governance* não é definível em termos jurídicos: abrange um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riqueza a longo prazo, para um controlo de empresas e para a transparência. Podemos dizer que ficam abrangidas:

— verdadeiras regras jurídicas societárias, como sucede com o artigo 64.º e com os preceitos relativos à prestação de contas;

— regras gerais de ordem civil e deveres acessórios, também de base jurídica;

— princípios e normas de gestão, de tipo económico e para as quais, eventualmente, poderão remeter normas jurídicas;

— postulados morais e de bom senso, sempre susceptíveis de interferir na concretização de conceitos indeterminados.

IV. A grande vantagem do governo das sociedades estaria na sua natureza não legalista ou, mais concretamente: na flexibilização

da dogmática continental, que ele acarreta. Lidamos com regras flexíveis, de densidade variável, adaptáveis a situações profundamente distintas e que não vemos como inserir num Código de Sociedades Comerciais. De resto: não temos conhecimento de, em qualquer País, se ter seguido tal via. De todo o modo, o governo das sociedades é um tema do nosso tempo. Fortemente impressivo, pela nota norte-americana de modernidade que comporta, o governo das sociedades não podia deixar de ser arvorado, pelo legislador, em bandeira de reforma. O seu papel acabou, todavia, por ser modesto: quedou-se pela reforma do artigo 64.^o, com todos os óbices e desafios que temos vindo a assinalar em diversas ocasiões¹³.

V. Fora do estrito campo legal, o tema do governo das sociedades tem um papel acrescido. A CMVM produz regulamentos e recomendações de nível elevado e que têm como bússola importantes princípios de governo das sociedades. Além disso, ela tem uma actuação informal junto das grandes empresas, que permite pôr no terreno vectores importantes na área da boa gestão, da transparência e da informação ao mercado.

Em suma: filtra uma cultura de modernidade, importante na Aldeia Global.

O desafio que se enfrentava era outro: velar para que o acolhimento dos princípios do governo das sociedades não provocasse um abaixamento técnico-jurídico, nem se traduzisse por mais uma desmesurada fonte de complexidade societária.

14. As medidas anti-crise

I. Alan Greenspan (nascido em 1926) e presidente da Reserva Federal Norte-Americana, desde 1987 a 2006, tem sido, mercê da sua política monetarista e grande incentivadora de liquidez, apontado

¹³ Vide, em especial, os nossos escritos *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, ROA 66 (2006), 443-488 e *A lealdade no Direito das sociedades*, ROA 66 (2006), 1033-1065.

como o grande responsável pela crise em curso. A História o dirá. Certo é que o próprio Greenspan veio declarar, em Dezembro de 2007 que, depois de observar “bolhas” de preços durante meio século, chegara à conclusão de que elas não podem ser desarmadas sem que a febre especulativa se extinga por si só. Poderíamos dizer: na presença de uma “bolha”, qualquer saída passa pelo seu rebentamento, uma vez que ela não é sustentável *ad infinitum*. Por definição, os recém-chegados ao mercado são em número limitado.

II. Em boa verdade: as medidas anti-crise têm surgido, essencialmente, na área monetarista. Os bancos centrais procuram obviar à crise do crédito injectando quantidades inimagináveis de moeda, nos circuitos financeiros. E como estes se mantêm retraídos (só emprestam a quem não precisa e em termos proibitivos!), os Estados passam a injectar directamente liquidez nas áreas sensíveis. Vejam-se as recentes medidas no sector automóvel. De momento, não parece credível a ameaça, tão cedo, de novas bolhas. Mas é evidente: o sistema mostrou os seus limites e haverá que tomar medidas “anti-bolha”, sob pena de, à crise presente, se seguirem outras, cada vez mais graves, até que nada mais possa ser feito.

III. Além de obviar à falta de liquidez, há que atacar a frente da confiança. O restabelecimento da confiança nas instituições de crédito tem levado os Estados a garantir depósitos e financiamentos. Esse aspecto é importante, uma vez que a liquidez está na dependência dos bancos centrais, hoje independentes dos governos.

Tudo isto pode ser documentado com as medidas legislativas tomadas entre nós. Temos:

— o Aviso do Banco de Portugal de 14-Out.-2008¹⁴, quanto a fundos próprios;

— a Lei nº 60-A/2008, de 20 de Outubro, que estabeleceu a possibilidade de concessão extraordinária de garantias pessoais, pelo

¹⁴ DR II Série, nº 202, de 17-Out.-2008, 42500-42503; este Aviso republica, em Anexo, o Aviso nº 12/92.

Estado, no âmbito do sistema financeiro; esta Lei foi regulamentada pela Portaria nº 1219-A/2008, de 23 de Outubro;

— o Decreto-Lei nº 211-A/2008, de 3 de Novembro, que veio reforçar os deveres de informação e de transparência no âmbito do sector financeiro e que veio elevar, de 25.000 para 100.000 o limite de cobertura do Fundo de Garantia de Depósitos e do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo;

— a Lei nº 62-A/2008, de 11 de Novembro, que nacionalizou o BPN; os seus novos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei nº 5/2009, de 6 de Janeiro;

— a Lei nº 63-A/2008, de 24 de Novembro, que estabeleceu medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros: um diploma complexo, a examinar ulteriormente;

— o Aviso do Banco de Portugal nº 10/2008, de 9 de Dezembro, que fixou os deveres de informação, transparência a observar pelas instituições de crédito¹⁵.

15. Uma nova regulação?

I. As medidas monetaristas e de restabelecimento da confiança na banca são meros paleativos. Há que ir mais longe: seja para conter o prolongamento da crise, seja para combater os seus reflexos económicos e sociais, seja, finalmente, para que não volte a produzir-se. E vai ser difícil: seria necessário modificar o modo de vida dos ocidentais (EEUU e UE) que não podem, indefinidamente, viver acima das suas possibilidades, exportando créditos em troca de mercadorias.

¹⁵ DR II Série, nº 246, de 22-Dez.-2008, 50893-50896.

II. A aventura *subprime* mostra que não pode haver sector do crédito sem regulação. Cabe às entidades de supervisão assegurar-se de que não são feitos empréstimos puramente “especulativos” e, muito menos, “em cavalaria”. Trata-se de uma evidência aplicável à habitação e, ainda, ao sector mobiliário e ao comércio das matérias primas. Se esta regra for montada e observada, não haverá “bolhas”.

Mais complicado: a um mercado planetário de capitais, terá de corresponder uma supervisão mundial. De pouco valerá combater o futuro aparecimento de “bolhas” imobiliárias na Califórnia se podem surgir “bolhas” do petróleo, dos cereais ou mobiliárias em Nova Iorque, no Extremo-Oriente ou na Europa. Como alternativa: fechar as fronteiras e pôr termo à globalização do dinheiro, num retrocesso relativamente à grande meta que seria um justo e pacificador governo planetário.

III. A regulação do crédito é óbvia e está a ser montada, tendo já sido votadas leis decisivas, nos Estados Unidos. A supervisão mundial passa por acordos entre os grandes bancos centrais, sendo os efeitos das medidas corajosas encetadas pela Administração Obama.

16. Um novo governo das sociedades?

I. E com isto chegamos às grandes linhas do que poderá ser um novo governo das sociedades. Desde logo quanto à banca: emprestar em cenários de especulação ou de cavalaria é alimentar “bolhas”. O excesso de liquidez (quando o haverá?) deveria ser canalizado para actividades produtivas, com o ambiente em relevo. A regulação deverá ser dobrada por um código de conduta sensível às consequências globais dos financiamentos.

De seguida, quanto às empresas: procurar lucros fáceis em “bolhas” deve ser prática vedada. Sociedades do sector primário ou do secundário não procedem a aquisições maciças de participações, nas áreas que não lhes digam respeito. Não é essa a sua vocação.

Também aqui se impõem códigos de conduta que vedem o desvio especulativo de fundos.

II. As aventuras Enron, WorldCom e outras mostram (se necessário fosse) que a contabilidade deve ser saudável e controlável. A “limpeza” de balanços com a titulação deve ser prevenida. A exacta divulgação dos riscos deve entrar na rotina. A fiscalização interna deve ser operativa, dispondo dos meios necessários.

Noutro nível: há que restabelecer os níveis de 1970, no tocante à parte dos salários nos PIBs. Impõe-se uma ética nesse sentido, sob pena de novos desequilíbrios no sistema.

III. A crucificação dos gestores deve cessar. Mas uma indexação da sua retribuição às contingências de resultados momentâneos deve ser revista: haverá que atender a objectivos profundos e ligados ao coração dos negócios. Na fixação das retribuições, há que fazer intervir considerações éticas e de bom senso¹⁶.

As decisões devem ser colectivas: não é pensável que decisões de um só homem possam comprometer toda uma instituição. Haverá, pois, que insistir na colegiabilidade das administrações e na corresponsabilização de todos os envolvidos.

Sem encerrar o progresso num colete de forças: a mera *soft law* é insuficiente. Atendendo às especificidades de cada caso, há que prever regras claras e sancionáveis.

IV. O sistema de mercado continua sem alternativas. Mas desde o século XIX, é sabido que, sem o amparo do Direito, a livre iniciativa recompensa os mais predadores, com a destruição, o termo,

¹⁶ Há, ainda, pouco produção jurídico-científica sobre este tema. Reportamos, com interesse: Hans-Ulrich Wiesing/Katharina Keissl, *Herabsetzung von Vorstandsbezügen in Zeiten der Krise*, BB 2008, 2422-2426 e Michael Kort, *Pflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern beim Erwerb eigener Aktien zwecks Vorstandsvergütung*, NZG 2008, 823-825.

do próprio mercado. As leis Sherman Anti-Trust de 1890, documentam-no, há 120 anos. Haverá, pois, que apostar no Direito como amparo e guardião do mercado, aperfeiçoando uma dogmática responsiva. Também aqui não há alternativas.

**DIREITO
ECONÔMICO**

BREVES NOTAS SOBRE MOEDA E DIREITO

BRIEF NOTES ABOUT MONEY AND LAW

José Gabriel Assis de Almeida

Resumo: A moeda é um elemento presente na vida de todos, apesar de, curiosamente, ser pouco estudada do ponto de vista jurídico. O presente artigo propõe-se examinar alguns dos aspectos essenciais da moeda, tais como o conceito, função e valores da moeda e as manifestações da moeda, para em seguida abordar algumas intersecções entre moeda e direito, como a natureza jurídica da moeda, o poder liberatório, o curso legal e o curso forçado da moeda, o nominalismo e o valorismo.

Palavras-chave: Moeda. Direito. Meios de pagamento. Poder liberatório. Curso legal. Curso forçado.

Abstract: Although money has a presence in the life of all, curiously it is scarcely studied from a law point of view. The purpose of the present article is to examine some of the essential aspects of money, such as its definition, function, values and manifestations and afterwards approach the intersections between money and law as, for example, the legal nature of money, the liberatory power, the legal course and the forced course, and the nominalism and valorism.

Keywords: Money. Law. Means of payment. Libratory power. Legal course. Forced course.

1. Definições

Conceito de moeda. A moeda é uma realidade na vida de todas as pessoas, que sabem quando estão na sua presença. No entanto, há algumas dificuldades para se conceituar a moeda, e em especial quando se trata de conceituá-la juridicamente.

Esta dificuldade de conceituação decorre do fato do regime jurídico da moeda encontrar-se disperso em diversas normas e não ser objeto de um tratamento único e uniforme. Na verdade, o regime da moeda é incorporado às instituições onde se manifesta a moeda, como as normas que tratam de dívidas de valor, cartão de crédito, etc.

Habitualmente, a moeda é confundida com dinheiro. No entanto, moeda é mais do que dinheiro. O dinheiro é somente uma das representações físicas da moeda.

Na verdade, a moeda pode ser definida como o nome monetário ao qual é atribuído um valor, uma unidade de base à qual é atribuído um valor, ou ainda uma unidade numerária sem a qual não se pode contar.

Conceito de valor. Deste modo, vê-se que a moeda está intimamente ligada ao conceito de valor. O valor pode ser definido como um modo de relação, ou seja, de comparação entre dois bens em circulação que permite ultrapassar as características externas desses bens.

Assim, a comparação não é feita pelas características externas das coisas (se são grandes ou pequenas, brancas ou pretas, etc.) mas sim pela função social da mesmas.

Deste modo, a comparação direta (ou seja, bem *versus* bem) é abandonada, em favor da comparação do bem com relação a uma escala. A unidade monetária é assim uma unidade de valor, na medida em que permite a comparação.

Consequências da moeda enquanto valor. Porém, o fato da unidade monetária ser uma unidade de valor traz algumas conse-

quências. A principal delas é que a moeda, enquanto unidade de valor, não tem valor em si mesmo, ou seja, não tem valor intrínseco. Isto porque a unidade de valor é sempre igual a 1.

Para facilitar a compreensão, basta fazer referência a uma unidade de valor, como o metro. O metro, em si mesmo, não é muito nem pouco, pois não tem valor. Ele é apenas “um” metro.

Contudo, a moeda tem uma característica peculiar, distinta das outras unidades de valor. É que a moeda — ao contrário das demais unidades de valor (metro, quilo, etc.). não tem correspondência material, isto é, não tem padrão físico real.

Esta característica faz com que se procure uma “âncora” para a moeda. Essa âncora já foi o valor do instrumento monetário¹. Atualmente, esta âncora é outra moeda ou o ouro. Nesse sentido, veja-se o art. 3º da Lei nº 9.069/95 que estabelece que a emissão do Real será feita mediante a vinculação das reservas internacionais de valor equivalente (não será emitida mais moeda do que a quantidade correspondente em moeda estrangeira).

Este fato leva à conclusão que, além de uma moeda, só há, enquanto valor, outra moeda. Esta é a razão pela qual se menciona, frequentemente, “atrelar” a moeda nacional a uma moeda estrangeira.

Valor e unidades monetárias. O valor da moeda é expresso em unidades monetárias. A unidade monetária não existe para contar os instrumentos monetários. Existe, sim, para traduzir o valor, ou seja, para calcular o crédito/débito em termos monetários.

Por outro lado, o valor da moeda não se confunde com o preço. O valor é a moeda enquanto valor, o valor da moeda não é igual ao preço. O preço é o acordo entre o comprador e o vendedor, expresso em unidades monetárias.

1 Para o conceito de instrumento monetário ver nº 3 abaixo.

Tanto que o valor da moeda não é preço que o preço pode ser alto ou baixo, caro ou barato, mas o valor da moeda não pode ser cara ou barata.

Estas observações conduzem à conclusão que o valor atribuído à unidade monetária não é nem o valor intrínseco do instrumento monetário, nem um padrão material. Na verdade, o valor da moeda é o valor que lhe é atribuído pela sociedade, e por cada um dos seus membros individualmente.

Deste modo, é possível comparar o valor da moeda ao tempo. Cada pessoa tem percepção do tempo que é diferente da das demais. Para uns o tempo voa, para outros o tempo demora a passar. Para uns a moeda é valiosa, para outros nada vale.

Estado e moeda. Dispiciendo dizer que, para o Estado, a moeda é importantíssima. A moeda é a expressão da soberania nacional. Tanto assim que um Estado não pode criar moeda de outro Estado.

Note-se, porém, que a moeda pode existir independentemente do Estado, porque ela é um valor. Assim, a moeda é que é indispensável ao Estado e não o Estado que é indispensável à moeda.

2. As funções e valores da moeda

Funções. A moeda tem inúmeras funções. Por exemplo, a moeda pode ser uma mercadoria, porque é instrumento de troca. Mas a moeda também pode ser um símbolo, na medida em que representa o valor de todas as coisas. Por outro lado, a moeda também é instrumento de afirmação da soberania nacional.

No entanto, as funções básicas da moeda são três: (1) meio de valoração; (2) meio de pagamento; e (3) reserva de valor.

Valores. Paralelamente às funções, a moeda apresenta ainda diversos valores.

A moeda tem valor nominal ou extrínseco, que é aquele atribuído pelo Estado quando da emissão da moeda.

A moeda tem também valor intrínseco (ou metálico) que é o valor do instrumento monetário e/ou do suporte monetário.

A moeda tem ainda valor corrente, que é o valor da moeda com relação às outras moedas.

Finalmente, a moeda tem o valor aquisitivo, que é a relação entre o valor nominal e o preço dos bens avaliáveis em dinheiro.

Dissociação das funções e dos valores. Pode acontecer que as funções e os valores da moeda não sejam os mesmos e se dissociem.

Por exemplo, no tocante às funções pode haver uma função de valoração exercida por uma moeda e a função de meio de pagamento exercida por outra.

Foi o caso da URV: A função de valor era exercida pela URV, criada pela Lei nº 8.880/94 enquanto que a função de meio de pagamento era exercida pelo cruzeiro real.

Foi também o caso do Euro no período em que o mesmo coexistia com as moedas nacionais. O Euro era moeda de valor, enquanto que as moedas de pagamento continuavam a ser as moedas nacionais dos Estados Membros da União Européia.

Relativamente aos valores, há hoje uma dissociação clara entre o valor intrínseco da moeda e o seu valor nominal. Com efeito, o valor intrínseco dos suportes monetários está completamente divorciado do valor nominal, atribuído pelo Estado. O valor intrínseco do pedaço de papel onde está impressa uma nota de cem reais é infinitamente menor do que o valor nominal daqueles cem reais.

3. As manifestações da moeda: Os suportes e instrumentos monetários

Definições. A moeda faz-se presente através de meios que servem para representar a moeda e para a transferir, enquanto unidade de valor, do patrimônio de um sujeito de direito para o de outro.

O suporte monetário é o título que materializa a moeda. O instrumento monetário é o título que permite a circulação da moeda, de um patrimônio para outro.

Por exemplo, uma conta bancária é um título que materializa a moeda (suporte monetário). Porém, para transferir a moeda para outro patrimônio, utiliza-se o cheque (instrumento monetário).

Suportes monetários. Existem vários tipos de suportes monetários.

Os primeiros deles foram, certamente, os suportes naturais. Os suportes naturais são os objetos da natureza. Antigamente, a moeda era representada por conchas, bastões de sal, etc.

Em seguida, a moeda passou a ser representada por metais. Nessa fase, o que interessava era o valor e o peso do metal. Depois, passou a ser relevante o valor inscrito ou cunhado no suporte metálico. A moeda passou a ter inscrito o seu valor pois não era prático estar constantemente a pesar a moeda, para determinar o seu valor.

Esta etapa abriu as portas para uma revolução na vida moeda, quando o valor do suporte passou a não corresponder ao valor cunhado, abrindo as portas para um outro tipo de suporte monetário, as notas. As notas, no início, eram instrumentos monetários pois representavam a moeda depositada em uma casa bancária ou estabelecimento congênere. Posteriormente, as notas adquiriram autonomia, quando foi instituído o curso forçado. Atualmente, as notas são a moeda fiduciária, já que existem apenas porque se acredita no valor delas.

O terceiro tipo de suporte monetário é a moeda escritural. A inscrição de um valor numa conta é a materialização da moeda enquanto valor. Os economistas sempre admitiram que os saldos das contas eram moeda. Do ponto de vista jurídico, porém, esses saldos são um crédito do depositante sobre o banco. A moeda escritural representa a maior parte da moeda em circulação e a passagem da moeda-nota para a moeda escritural representa um avanço tão importante quanto a passagem dos suportes naturais para a moeda-nota. Esta passagem significa também o fechar de um ciclo, pois a moeda volta a desmaterializar-se.

Atualmente começa a surgir um quarto tipo de suporte monetário que é o cartão monetário. Trata-se de um cartão com um “chip” que pode ser “carregado” com dinheiro a partir de uma conta bancária e depois utilizado para a realização de pagamentos. Estes pagamentos são realizados passando-se o cartão em uma máquina, existente no estabelecimento do comerciante, que transfere uma parte da quantia carregada no cartão para a conta corrente do comerciante.

Instrumentos monetários. Tal como com os suportes monetários, existem diversos tipos de instrumentos monetários. Existem os instrumentos tradicionais, que são os suportes monetários, ou seja, as notas e as moedas. São os instrumentos usados na tradição manual da moeda. A estes soma-se o cartão monetário acima visto.

Existem ainda novos instrumentos monetários, surgidos em razão da impossibilidade da tradição manual da moeda escritural. Entre eles se destacam o cheque, o “DOC” (documento de operação de crédito), o cartão de crédito e a ordem eletrônica de pagamento.

Cabe ainda referir os instrumentos monetários específicos, que servem como meio de pagamento mas são limitados a certas situações. É o caso dos selos, dos tickets-refeição, das antigas fichas telefônicas, dos cheques de viagem etc.

4. A natureza jurídica da moeda

Consoante o suporte monetário, a moeda variará de natureza jurídica. Se o suporte monetário for uma nota, a moeda será um bem móvel. Se o suporte for escritural, a moeda será um direito.

Em qualquer dos casos, a moeda é fungível, na medida em que o tipo de suporte pode ser substituído por outro, sem perda. Esta característica dá um caráter universal à moeda, transformando-a em meio de pagamento.

A moeda é ainda consumível, pois a moeda se consome com uso.

Uma questão correlata é saber a quem pertence a moeda. A resposta é inequívoca. A moeda, enquanto bem ou direito, pertence ao seu titular. A moeda não pertence ao Estado, apesar de ser por ele emitida.

5. O poder monetário

Definição. O poder monetário é o poder de criar uma moeda, denominá-la (ou seja, identificá-la, atribuir-lhe um nome) e quantificá-la (fixar um valor para o suporte monetário e determinar a quantidade desse suporte que será colocado em circulação).

Regulação. O poder monetário decorre de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição da República determina que compete à União emitir moeda (art. 21, VII), e privativamente legislar sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (art. 22, VI).

Ainda a mesma Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre emissões de curso forçado (art. 48, II), matéria financeira, cambial e monetária (art. 48, XIII), moeda e seus limites de emissão (art. 48, XIV) e determina que a competência da

União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central (art. 164).

Por sua vez, a Lei nº 4.595/64 fixa a competência do Conselho Monetário Nacional para autorizar as emissões de papel moeda (art. 4º, D) e estabelecer condições para que o Banco Central emita papel moeda (art. 4º, II).

Conseqüentemente, a Lei nº 4.595/64 determina ainda que compete ao Banco Central emitir papel moeda e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (art. 10, I).

Finalmente, a Lei nº 4.595/64 indica que as emissões de moeda metálica serão feitas contra o recolhimento de igual montante em cédulas (art. 4º, parágrafo 3º)

Veja-se assim que o poder monetário está estruturado em três níveis: Congresso Nacional, Conselho Monetário Nacional e Banco Central.

Um exemplo do funcionamento desta estrutura é o do lançamento do Real. O Congresso Nacional, através do art. 4º da Lei nº 9.069/95, autorizou o Banco Central a emitir certa quantidade de moeda. E o Banco Central, através da Circular 4.011 de 30/06/94, descreveu as cédulas e moedas do Real.

Validade das normas monetárias. Uma questão fundamental é a dos efeitos das normas monetárias, ou seja, das normas promulgadas em razão do exercício do poder monetário. A este propósito, ainda que de forma não sistematizada, já se pronunciaram os tribunais brasileiros. Destas decisões emergem alguns princípios fundamentais.

O primeiro princípio é que não existe um direito à moeda. Assim, o Estado pode livremente substituir uma moeda por outra. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela lei 6.435/77, segundo os índices das ORTNS, para todas as partes. Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil reis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento. (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 105137 / RS — Relator: Min. Cordeiro Guerra, Julgamento:31/05/1985)

O corolário deste primeiro princípio é que a substituição de uma moeda por outra² não afeta a obrigação monetária anterior. A revogação da moeda não extingue a obrigação nem os seus efeitos. Respeita-se a regra de conversão, estabelecida na nova norma monetária. Um exemplo mais recente é o disposto no art. 12 e seguintes da Lei nº 9.069/95.

O segundo princípio é que a norma monetária é de ordem pública (ou seja, não pode ser afastada pelas partes, nem relegada à condição de norma supletiva) e de aplicação imediata.

Alteração do regime legal da moeda. Lei de ordem pública que disciplina a defesa da economia e a estabilidade monetária. Sua incidência imediata nas relações jurídicas. Constitucionalidade. (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 169071 AgR / RJ — Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 21/02/2006)

O terceiro princípio é que a norma monetária deve respeitar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também já decidiu:

Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai

2 Normalmente quando, em decorrência da inflação, a moeda é de tal modo enfraquecida que a sociedade passa a usar outras medidas de valor, obrigando o Estado a modificar o sistema monetário.

interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. — O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. — Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. — Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 493/DF — Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento: 25/06/1992)

A conjugação destes dois últimos princípios tem gerado grandes controvérsias nos tribunais, nomeadamente no tocante à modificação dos índices de correção monetária e que traduzem a moeda enquanto meio de valor.

Aqui cabe referir, em especial, as soluções que foram dadas pelo Supremo Tribunal Federal em duas matérias sensíveis: O índice de correção monetária das cadernetas de poupança e as tabelas de deflação.

Sobre o índice de correção monetária, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei monetária nova não se aplica aos contratos em curso. Deste modo, o poupador tem direito ao índice contratado antes da edição da nova norma monetária, pois a aplicação da nova norma alteraria os termos do acordado no contrato (v. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE200514-2/RS — Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento: 27/08/1996).

O raciocínio é que quando foi celebrado o contrato fixou-se o índice. Em consequência, o direito à remuneração com base naquele índice concretizou-se imediatamente, pois nesse momento o depositante cumpriu a sua prestação. Ou seja, o depositante realizou o depósito levando em consideração o índice pactuado.

No entanto, foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal que a lei monetária nova instituidora das tabelas de deflação era imediatamente aplicável, apesar de tais tabelas implicarem a alteração dos termos do contrato.

Segundo o Supremo Tribunal Federal não aplicar a tabela de deflação é que violaria o ato jurídico perfeito:

O plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tabilita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 141190 / SP — Relator: Min. Nelson Jobim, Julgamento: 14/09/2005)

Portanto, a aplicação das tabelas de deflação justifica-se por um fundamento muito mais simples e conhecido do Direito há longa data: a cláusula *rebus sic stantibus*.

Segundo esta regra, as relações contratuais podem ser revistas sempre que um evento novo, imprevisto e incontrolável provocar o agravamento de uma das partes em benefício da outra. Ora, é precisamente o que ocorre quando as relações contratuais se fundam

numa economia de inflação elevada e esta é subitamente suprimida (ainda que de modo apenas aparente).

6. O poder liberatório, o curso legal e o curso forçado

Poder liberatório. O poder liberatório é o poder que tem a moeda de extinguir a obrigação monetária. A obrigação monetária é aquela cuja prestação do devedor consiste na entrega de uma certa soma em moeda.

O poder liberatório é também denominado “poder de compra indiferenciada”, pois a moeda permite ao seu proprietário adquirir quaisquer bens/serviços que estejam à venda.

O poder liberatório concretiza-se com a simples transferência do suporte monetário, do patrimônio do devedor para o patrimônio do credor.

O Código Comercial de 1850, no art. 195, relativo à compra e venda, conferia poder liberatório à moeda corrente no local do pagamento, ressalvando, porém, a liberdade contratual das partes para fixarem outra moeda para pagamento:

Não se tendo estipulado no contrato a qualidade da moeda em que deve fazer-se o pagamento, entende-se ser a corrente no lugar onde o mesmo pagamento há de efetuar-se, sem ágio ou desconto.

Em outro artigo, o 132, o Código Comercial atribuía poder liberatório à moeda usual para o tipo de contrato em causa, mas continuava a permitir às partes estipularem outra moeda de pagamento:

Se para designar moeda [...] se usar no contrato de termos genéricos que convenham a valores ou quantidade diversas, entender-se-á feita a obrigação na moeda [...] em uso nos contratos de igual natureza.

Já o art. 947 do Código Civil de 1916 manteve a regra do art. 195 do Código Comercial de 1850, uma vez que o poder liberatório

era atribuído à moeda corrente no local do pagamento, ressalvando-se igualmente a liberdade contratual pois continuava-se a permitir às partes estipularem outra moeda de pagamento:

O pagamento em dinheiro sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.

No mesmo sentido, o art. 315 do Código Civil de 2002, segundo o qual:

As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.

Do que fica exposto resulta que, até o Código Civil de 1916, o poder liberatório era acordado indiscriminadamente a todas as moedas, podendo as partes — contratualmente — restringi-lo.

Curso legal. O curso legal é a circulação da moeda como meio de adimplemento das obrigações monetárias. É a característica das moedas às quais a lei atribui o poder liberatório. Assim, uma moeda dotada de poder liberatório tem curso legal. A atribuição de poder liberatório, isto é, de curso legal a uma moeda significa que essa moeda não pode ser recusada como pagamento de obrigação monetária.

Cabe salientar que, em uma mesma área geográfica, pode haver mais do que uma moeda com curso legal. Por exemplo, o Euro e as moedas nacionais na União Européia, durante o período de transição das moedas nacionais para o Euro, e o peso e o dólar norte-americano na Argentina, durante o período da paridade entre o dólar norte-americano e o peso.

Quanto tal acontece, a moeda é também livremente conversível, ou seja, pode ser convertida na(s) outra(s) moeda(s) com curso legal e vice-versa.

O curso legal torna a moeda em moeda corrente e faz com que a moeda realize uma relação tripartite entre o credor, o devedor e o Estado (que atribui curso legal à moeda).

O primeiro diploma legal que criou uma moeda de curso legal no Brasil foi o Decreto nº 23.501, de 27/11/1933 ao estipular a nulidade de cláusulas contratuais que conferissem ao credor o direito de exigir o pagamento em ouro ou moeda estrangeira.

Posteriormente, o Decreto nº 23.501 veio a ser revogado, entrando em vigor o Decreto-Lei nº 857/69, cujo art. 1º determinava:

São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Mais recentemente, a Lei nº 8.697/93 estabeleceu que a unidade do sistema monetário brasileiro era o cruzeiro real e que todas as obrigações pecuniárias que se pudessem traduzir em moeda nacional seriam escritas em Cruzeiros Reais (arts. 1º e 2º).

A mesma lei trouxe ainda algumas noções importantes como (i) as antigas moedas de valor insignificante perdiam o poder liberatório (art. 6º), (ii) ninguém seria obrigado a receber moeda metálica em montante superior a 100 vezes o valor de face (art. 9º), (iii) toda a cédula que tivesse marcas ou rabiscos perderia o poder liberatório e o curso legal, devendo ser trocada (art. 10).

No processo de introdução do real, houve situação curiosa. A Lei nº 8.880/94 estabeleceu que a URV era padrão de valor, com curso legal (arts. 1º e 8º). Este padrão de valor, porém, não era absoluto pois podiam existir igualmente obrigações em Cruzeiros Reais, até à data da primeira emissão do Real (art. 3º). Tanto assim que alguns valores somente poderiam ser expressos em Reais (ex: cheques, conforme o art. 8º, § 1º e os orçamentos públicos, segundo o art. 9º).

Consequentemente, a URV e o Cruzeiro Real eram moeda de valor, com curso legal, mas os suportes monetários e a maior parte

dos instrumentos monetários continuavam a ser expressos em Cruzeiros Reais. Ou seja, havia uma situação híbrida: Uma moeda tinha curso legal (a URV) mas era outra moeda que tinha poder liberatório (o cruzeiro real).

O poder liberatório ainda se concentrava no Cruzeiro Real, pois a URV somente passaria a ter poder liberatório com a sua emissão, sob o nome de real, por parte do Banco Central (art. 2º). Nessa ocasião o Cruzeiro Real perderia o seu poder liberatório e o curso legal

A URV somente passou a ter poder liberatório a partir da sua emissão, como real, pelo Banco Central do Brasil. Nesse momento o cruzeiro real perdeu o poder liberatório e o curso legal. Com a Lei 9.069/95, a moeda e o padrão de valor com curso legal no Brasil passou a ser o Real, conforme o art. 1º:

A unidade do sistema monetário é o Real.

No entanto, o curso legal manteve-se dividido pois o cruzeiro real permaneceu como meio de pagamento, uma vez que as cédulas e as moedas continuaram valendo por trinta dias (art. 2º).

Em consequência, os suportes monetários e os instrumentos monetários continuavam expressos em cruzeiros reais. No entanto, os valores eram manifestados em URV.

A Lei nº 9.069/94 estabeleceu no art. 1º que a unidade do sistema monetário seria o Real e no art. 13º que os valores expressos em URV seriam transformados diretamente em reais. A consequência é que, a partir da entrada em vigor da Medida Provisória que deu origem à referida lei, o Real tornou-se a moeda de curso legal no Brasil.

Curso forçado. O curso forçado ocorre quando a norma atribui curso legal a uma única moeda, afastando as demais. O curso forçado torna a moeda o único meio idôneo de pagamento das obrigações monetárias.

O curso forçado do Real decorre de duas normas: A Lei nº 9.069/95 e a Lei nº 10.192/01 (que resultou da conversão da Medida Provisória 1.942).

Com a Lei nº 9.069/95, a moeda e o padrão de valor com curso legal no Brasil passou a ser o Real, conforme o art. 1º:

A unidade do sistema monetário é o Real.

O art. 5º da Lei nº 9.069/95 teve o cuidado de reforçar, ao impor que:

Todas as obrigações pecuniárias serão escritas em real.

No entanto, o curso legal manteve-se dividido pois o cruzeiro real permaneceu como meio de pagamento, uma vez que as cédulas e as moedas continuaram valendo por trinta dias (art. 2º).

Na verdade, o curso forçado do Real foi estabelecido de forma clara no art. 10 da Lei nº 10.192/01:

As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em REAL, pelo seu valor nominal.³

A consequência deste conjunto normativo é que o Real é hoje a única moeda com curso legal no Brasil.

Isto porque o art. 315 do Código Civil afirma que a moeda corrente é a do local de pagamento, a Lei nº 9.069/95 indica que a unidade monetária é o Real e a Lei nº 10.192/01 determina que as estipulações de pagamento de obrigação pecuniária exigíveis no território nacional devem ser feitas em Real.

3 A bem da verdade, este dispositivo não trata propriamente do poder liberatório, do curso legal ou do curso forçado; trata sim do nominalismo, ao exigir que todas as estipulação sejam feitas pelo valor nominal; inobstante também exige que as obrigações pecuniárias tenham o seu pagamento estipulado em Real.

Finalmente, o art. 317 do Código Civil de 2002 estabeleceu no mesmo sentido:

São nulas as convenções de pagamento em ouro ou moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

Deste modo, consagrou-se o curso forçado do Real.

Proteção do curso forçado. Porém, não é suficiente a existência de normas elegendo uma moeda para ser dotada de curso forçado. É necessário também assegurar, através de outras normas, esse curso forçado. E, no direito brasileiro, existem várias normas que procuram promover a utilização da moeda nacional, seja através de medidas para forçar a aceitação da moeda, seja através de medidas para evitar a moeda falsa, seja ainda através de medidas destinadas a evitar a moeda paralela.

Medidas para forçar a aceitação da moeda. Entre essas normas que visam forçar a aceitação da moeda está o art. 463 da CLT, segundo o qual as prestações em espécie do salário serão pagas em moeda corrente nacional. O parágrafo único desse artigo considera não efetuado o salário pago com inobservância do caput.

Note-se que este artigo significa que o empregado beneficiado com o recebimento do salário em moeda estrangeira não é obrigado a efetuar a devolução do que recebeu. Trata-se assim da aplicação da regra do “quem paga mal, paga duas vezes” e de uma sanção ao mau pagador.

Por seu lado, a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) estabelece ser contravenção penal contra a fé pública, punida com multa, recusar-se a receber pelo seu valor, moeda de curso legal no país

A antiga Lei nº 8.002/90 estabelecia, no art. 1º, I, que ficava:

[...] sujeito a multa [...] sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que recusar a venda de mercadoria a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento.

O parágrafo 2º desse artigo indicava:

Considera-se pronto pagamento aquele que é efetuado em moeda corrente nacional [...]

Este dispositivo foi posteriormente revogado e substituído por outro análogo, se bem que não tão explícito. Trata-se do art. 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que veda a recusa de venda de bem ou serviço, diretamente a quem se disponha a adquiri-lo, mediante pronto pagamento. A diferença entre os dois dispositivos é que o do CDC não define o que seja pronto pagamento.

No mesmo sentido do CDC, é ainda de assinalar o art. 21, XIII, da Lei nº 8.884/94 que considera ser comportamento anti-concorrencial a recusa de venda de bem ou serviço, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Medidas destinadas a evitar a moeda falsa. Além das medidas destinadas a forçar a aceitação da moeda, há também medidas destinadas a salvaguardar a moeda, reforçando assim a credibilidade da mesma.

Nesse sentido, a Lei de Contravenções Penais, no art. 44, define como delito o uso de propaganda, de impresso ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda

No entanto, a proteção mais vigorosa encontra-se no Código Penal. O art. 289 considera crime (i) falsificar — fabricando ou alterando — moeda metálica ou papel moeda de curso legal no País ou no estrangeiro, (ii) fazer circular, dolosamente, moeda falsa, (iii) emitir, o funcionário público, moeda em quantidade superior à autorizada. No entanto, a jurisprudência já estabeleceu que não é crime a alteração da moeda para lhe diminuir o valor, do mesmo modo como a falsificação grosseira não é crime.

O art. 291 estabelece ser crime adquirir ou fornecer, possuir ou guardar apetrechos especialmente destinados à falsificação da moeda. Obviamente que apetrechos que não se destinem unicamen-

te à falsificação da moeda, como por exemplo uma máquina de fotocópias, não se enquadram na definição legal.

Medidas destinadas a evitar a moeda paralela. O art. 292 do Código Penal, por seu lado, determina ser crime (i) a emissão, sem permissão legal, de nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte identificação do nome da pessoa a quem deva ser pago, (ii) o recebimento ou utilização, como dinheiro, de quaisquer destes documentos.

O objetivo deste crime é reprimir a moeda paralela, não estatal. Assim, são admissíveis os vales provisórios empregados na vida comercial, destinados a circular em ambientes restritos e emitidos com fins específicos. Como também são válidos os títulos emitidos ao abrigo da lei, tais como o vale transporte, o ticket-refeição etc. No entanto, as moedas que se destinam a substituir a moeda oficial não são admissíveis.

Na mesma linha do art. 292, o art. 13 da Lei 4.511/64 define ser proibido o uso de qualquer forma de impresso seja qual for a sua procedência ou origem (pública ou particular), que se assemelhe às cédulas de papel moeda ou às moedas metálicas.

Note-se que as normas penais relativas à moeda tem alcance extraterritorial, por força do art. 7º, I, alínea b), do Código Penal. Ou seja, mesmo que cometidos no estrangeiro, os crimes relativos à moeda serão submetidos à lei nacional.

Este alcance se explica pelo fato dos efeitos dos crimes contra a moeda serem sentidos no território do Estado emissor da moeda, pois afetam a economia nacional desse Estado.

Natureza e origem da proteção penal da moeda. À guisa de conclusão, cabe recordar que os crimes contra a moeda são considerados crimes contra a fé pública. Isto é, visam proteger a confiança de todos na autenticidade da moeda como símbolo de valor estabelecidos pelo Estado.

Este fato reforça o afirmando no início deste texto, no sentido da moeda ter o valor que lhe é atribuído pela sociedade. Assim, atentar contra a moeda é também atentar contra a fé pública que ela goza na sociedade.

Note-se que os crimes contra a moeda começaram por ser a raspagem (do suporte monetário que tinha valor intrínseco), a falsificação e a recusa de recebimento, sendo a primeira lei penal a respeito do ano 80 A.C.

Estes crimes eram considerados usurpação do poder real ou imperial e rigorosamente punidos. A partir do momento em que os suportes monetários passaram a ter cunhada a imagem do rei ou do imperador, o crime de raspagem passou a ser considerado uma ofensa pessoal à figura real ou imperial.

Por outro lado, atualmente não é crime destruir cédulas ou moedas metálicas, uma vez que como visto acima, a moeda é um bem que não pertence ao Estado, mas sim é de propriedade do seu titular.

Cheque e curso forçado. Uma questão normalmente mal compreendida é a do curso forçado do cheque. Trata-se de saber se o credor é obrigado a aceitar o pagamento feito em cheque. Na verdade, o pagamento em cheque não é direito do devedor mas sim tolerância do credor, pois não há norma que obrigue a aceitação do cheque com poder liberatório.

A já revogada Lei nº 8.002/90 sujeitava à multa quem se recusasse a vender mercadoria a quem se dispusesse a adquiri-la a pronto pagamento. Em seguida, afirmava a referida lei considerar-se pronto pagamento o que fosse efetuado em moeda corrente nacional, cheque visado ou cheque administrativo no ato da entrega da mercadoria. Se o pagamento fosse efetuado em cheque o vendedor poderia condicionar a entrega à compensação do cheque.

Esta norma transformava, portanto, cheque administrativo e o cheque visado em moeda de pagamento, atribuindo-lhe curso força-

do. Note-se, porém, que a norma não se aplicava aos serviços. Esta norma, em razão dos inúmeros inconvenientes que existem também com relação aos cheques administrativos e cheques visados acabou por ser revogada.

A Convenção 95 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 41.721/57, admite que a autoridade competente permita o pagamento do salário em cheque quando convenção coletiva ou sentença arbitral o determinar ou o trabalhador o consentir.

Em aplicação desta norma, encontra-se em vigor a Portaria nº 3.281/84 de 07/12 do Ministro do Trabalho, segundo a qual as sociedades situadas em perímetro urbano poderão efetuar o pagamento dos salários e férias através de conta bancária aberta para esse fim, com o consentimento do empregado, em estabelecimento próximo ao local de trabalho, ou em cheque, salvo se o trabalhador for analfabeto. Mais ainda, os empregadores deverão assegurar ao empregado horário que lhe permita o desconto do cheque e o transporte até ao banco, caso o acesso ao banco exija-o.

7. Nominalismo e valorismo

A indexação da moeda traduz-se em saber se o valor da moeda é imutável ou não. Ou seja, a indexação da moeda suscita o conflito entre o nominalismo e o valorismo.

Nominalismo. Segundo o princípio do nominalismo, a quantidade de moeda no momento da atribuição de um valor à obrigação não será alterada até ao momento do pagamento dessa obrigação.

Assim, atribuída uma soma numérica a um ato jurídico, essa soma não poderá ser alterada, qualquer que seja a modificação do valor aquisitivo da moeda.

O nominalismo implica que a moeda seja o objeto mesmo da prestação do devedor. Deste modo, o nominalismo rege todas as obrigações que tenham por objeto o pagamento de soma em dinheiro.

A grande vantagem do nominalismo é a estabilidade do quadro das obrigações do devedor. Quando surge a obrigação monetária, o devedor já sabe quanto vai pagar. Esa vantagem corresponde ao que já afirmava Montesquieu: “Nada exige tanta estabilidade quanto a moeda”.

Acresce que o nominalismo tem um aspecto nacionalista, porque valoriza a moeda nacional e é popular, porque protege os devedores. Assim, o nominalismo faz a transição entre o valor intrínseco da moeda e o seu valor social.

No entanto, o nominalismo apresenta o grave problema da eficácia da moeda. Com efeito, em determinado momento, o poder aquisitivo da moeda pode não mais coincidir com a soma monetária.

Ora a eficácia da moeda mede-se pela exigência de maior ou menor quantidade dela para o exercício do poder liberatório. A moeda perde a eficácia quando perde por inteiro o seu poder liberatório, ou seja, quando o credor não mais a aceita para o pagamento da obrigação monetária. Assim, quando a inflação é muito elevada, a moeda é substituída por outros padrões de valor e o Estado acaba trocando a moeda.

Valorismo. Em oposição ao nominalismo, encontra-se o valorismo. No valorismo o pagamento em moeda não é o fim do débito mas o meio de o solver. O que interessa é o valor da dívida e não a sua expressão numérica. O dinheiro é unicamente o meio de medir a prestação devida pelo devedor ao credor.

O valorismo tem como base a separação entre a moeda enquanto unidade de valor e enquanto unidade de pagamento. É a chamada “bigamia monetária”.

O fundamento do valorismo é que a variação do poder aquisitivo da moeda torna inviável qualquer relação jurídica a termo, porque a medida pode tornar-se defeituosa. Mal comparando, é como se o Estado pudesse alterar as medidas padrão do metro, do litro ou do quilo!

Ao contrário do nominalismo, o valorismo é internacionalista e representa um meio de proteção dos credores, transferindo o risco da depreciação para os devedores. Por outro lado, o valorismo tem sempre efeito parcial, pois os créditos não se valorizam todos ao mesmo tempo.

Tal como o nominalismo, o valorismo também é criticado, mas por ser causador de inflação e instabilidade monetária, violando a ordem pública monetária e o ato jurídico perfeito, pois o quantum da obrigação monetária integra o conteúdo da obrigação.

8. Conclusão

O exposto acima visa ressaltar, ainda que de forma assistemática, as muitas facetas jurídicas da moeda. No entanto, o mais interessante é que, a bem da verdade, a moeda em si mesma não tem qualquer significado.

Por exemplo, no curto período de 8 anos, entre 1986 e 1994, o Brasil teve cinco moedas diferentes. Quantas pessoas se recordam das diferentes moedas e dos respectivos valores? Se uma pessoa tivesse Cr\$ 100,00 em 25 de fevereiro de 1986 — antes do primeiro plano da época — hoje teria R\$ 0,01.

Esta observação e este pequeno cálculo de atualização monetária mostra o quanto a moeda se modificou ao longo do tempo. Mas, sobretudo, demonstra que a moeda é um valor abstrato ao qual o direito atribui um significado jurídico e social.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

RUPTURA DA *AFFECTIO SOCIETATIS* E SEUS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS EM ACORDO DE ACIONISTAS¹

Gustavo Tepedino

Sumário: 1. Introdução: apresentação dos fatos; 2. A *affectio societatis* e sua vinculação ao interesse de K. Distinção entre direitos relacionados à *affectio* e as prerrogativas patrimoniais e políticas que não se subordinam à sua manutenção. Análise da natureza jurídica do Acordo de Acionistas; 3. A boa-fé objetiva e o comportamento das partes no caso concreto; 4. O direito ao *put* estabelecido no Acordo de Acionistas. Preservação dos interesses de K. Verificação das condições deflagradoras do direito ao *put*. Ilegítimo óbice ao seu exercício pelos demais acionistas. Violação à boa-fé objetiva por L e V; 5. Conclusão.

1. Introdução: apresentação dos fatos

Honra-nos X, por meio de conceituado escritório de advocacia, solicitando Opinião Doutrinária com base nos seguintes fatos:

Em julho de 1996, Y, Z e W celebraram Acordo de Acionistas com vistas a regular o exercício dos direitos decorrentes da sua parti-

¹ O presente trabalho encontra-se no prelo da Editora Renovar, para publicação na obra *Temas de Direito Civil*, vol. III.

cipação acionária na companhia K, a qual figurou como parte interveniente do referido acordo.

Em dezembro de 1996, as partes firmaram o Primeiro Aditivo ao Acordo de Acionistas, o qual alterou a redação das cláusulas 'a' e 'b' do Acordo de Acionistas.

Em 1999, por meio das AGEs ocorridas no âmbito de L, Z e Y conferiram grande número de ações ordinárias e ações preferenciais de K ao capital de L, passando esta última sociedade a deter o controle acionário de K. Em decorrência destas transferências acionárias, Z deixou de ser acionista de K.

Após o decurso de quase 2 (dois) anos, Y, L e X — sucessora de W — celebraram o Segundo Aditivo ao Acordo de Acionistas, tendo como parte interveniente K. Este instrumento buscou regular os direitos dos acionistas diante da nova configuração acionária.

Em 2001, Y alienou sua participação acionária à V, que passou a figurar como parte no Acordo de Acionistas.

Atualmente, pertencem ao quadro acionário de K: L — acionista majoritária —, X e V.

X propôs ações judiciais em face de K, e do Presidente do seu Conselho de Administração em virtude de ilegalidades cometidas no âmbito de K, dentre as quais se destacam o defeito no procedimento de convocação de Assembléia Geral Ordinária; a injustificada negativa de informações ventiladas na referida Assembléia; e a ilegítima restrição, no âmbito de outra Assembléia Geral Ordinária, aos direitos de fiscalização de X.

Por sua vez, L, K e V ajuizaram demandas em face de X com vistas à resolução do ajuste, alegando, especialmente, que X vem descumprindo o Acordo de Acionistas, em contrariedade à boa-fé objetiva e ao interesse social de K; e que houve, por força de suposto conflito de interesses e da propositura por X de demandas judiciais em

face de K e do Presidente do seu Conselho de Administração, quebra da *affectio societatis*, a qual autorizaria a resolução do Acordo de Acionistas.

No decorrer de tais ações, e na constância de pleno vigor e eficácia do Acordo de Acionistas, X exerceu seu direito contratualmente assegurado ao *Put Option*. Referido exercício, contudo, foi contestado, pelos demais acionistas.

Diante dos fatos acima narrados, indaga a consulente acerca da possibilidade, no caso concreto, de resolução do Acordo de Acionistas pelos fundamentos suscitados, notadamente pela quebra da *affectio societatis* e pela violação à boa-fé objetiva, formulando os seguintes quesitos:

I. As medidas judiciais intentadas por X, tendo por objeto os atos ilegais praticados no âmbito da gestão de K, importam em quebra de *affectio societatis*, de sorte a justificar a resolução do Acordo de Acionistas?

II. As ilegalidades praticadas no âmbito da gestão de K, sob a orientação, ou, quando menos com a condescendência de seus acionistas majoritários, bem como as ações ajuizadas por estes últimos visando à resolução do Acordo de Acionistas de K, ao fundamento de que as medidas judiciais intentadas por X determinaram a insubsistência da *affectio societatis*, violam a boa-fé objetiva na execução do Acordo de Acionistas?

III. O fundamento de quebra de *affectio societatis*, que se prestou de *causa petendi* para ambas as ações de resolução, constitui título jurídico suficiente para tornar insubsistente o negócio jurídico de natureza comercial pactuado na cláusula *c* do Acordo de Acionistas?

Para responder a tais indagações, dividiu-se a presente Opinião Doutrinária em três eixos temáticos, a cujo desenvolvimento se seguirão respostas específicas aos quesitos.

2. A *affectio societatis* e sua vinculação ao interesse de K. Distinção entre direitos relacionados à *affectio* e as prerrogativas patrimoniais e políticas que não se subordinam à sua manutenção. Análise da natureza jurídica do Acordo de Acionistas

Afirma-se, em doutrina, que a *affectio societatis* se consubstancia no estado de cooperação que se impõe entre os sócios para a consecução do interesse comum, traduzido no interesse da própria sociedade. Consoante a lição de Serpa Lopes:

(...) a *affectio societatis* é uma locução destinada a significar aqueles pressupostos de circunstâncias indicativas da intenção de dois ou mais indivíduos em se ligarem entre si com o propósito de realização de fins inerentes a uma coletividade societária. É, no fundo, um critério de interpretação de um negócio jurídico de caráter especial, como é a sociedade.²

No dizer de consagrada doutrina italiana:

A *affectio societatis* é justamente a consciência da relacional cooperação imposta pelo interesse comum. Os contratantes afiguram-se co-interessados em cada ato da vida social, ligados a um só destino, nos lucros como nas perdas.³

Consiste, pois, a *affectio societatis* em elemento essencial do contrato de sociedade, manifestando-se externamente na disposição dos contratantes em compartilhar os destinos da pessoa jurídica, participando de ganhos e perdas comuns.⁴ Adverte, porém, a doutrina,

2 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 554. Para o autor, trata-se “de uma representação subjetiva dos elementos objetivos e econômicos que constituem a finalidade e a essência do contrato de sociedade”.

3 “L’*affectio societatis* è appunto la coscienza della vicendevoles cooperazione imposta dall’interesse comune. I contraenti si fanno cointeressati in ogni atto della vita sociale, legati ad un solo destino, nel lucro come nelle perdite” (Enrico Soprano, *Trattato Teorico-Pratico delle Società Commerciali*, vol. I, Torino: UTET, 1934, p. 5).

4 Tal o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A *affectio societatis*, elemento especí-

ao cuidar de tal elemento, que “não basta defini-lo como o propósito de cooperar”.⁵ Necessário se faz identificar o objeto do consórcio entre os contratantes, a revelar que “os sócios aglutinam-se, conjugam esforços e pugnam por um fim comum”.⁶

Extraí-se de tais definições que a *affectio societatis* está longe de constituir elemento de fácil identificação na prática privada, na qual, não raro, acionistas de interesses antagônicos convivem em torno de propósito comum. A equivocada associação com um “fator intencional — alguns dizem sentimental”⁷ levou parte da doutrina a sustentar que a *affectio societatis* consiste em “um conceito não bem definido” ou “uma locução privada de especial valor e que seria mesmo melhor eliminar da construção teórica do próprio instituto” da sociedade.⁸

Conserva-se, contudo, a utilidade da noção, que se delineia, em termos mais objetivos, como uma “*direzione delle volontà individuali verso una finalità comune*” (direção das vontades individuais a uma finalidade comum), reflexo da atuação dos sócios como membros de uma coletividade social, “*istradati nel binario delle finalità sociali*” (encaminhados *na vereda das finalidades sociais*).⁹

fico do contrato de sociedade comercial, caracteriza-se como uma vontade de união e aceitação das âleas comuns do negócio” (AgRg no Ag 90995, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, julg. 5.3.1996).

5 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 482.

6 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações*, 2ª parte, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 309.

7 Expressamente neste sentido, Joseph Hamel e Gaston Lagarde, *Traité de Droit Commercial*, t. 1, Paris: Dalloz, 1954, p. 492: “*L'article 1832 du code civil, en effet, n'enumère pas tous les éléments essentiels de la société. Il omet un facteur intentionnel — certains disent sentimental — l'affectio societatis*”.

8 Enrico Soprano, *Trattato Teorico-Pratico delle Società Commerciali*, cit., p. 11 (tradução livre).

9 Ainda Enrico Soprano, *Trattato Teorico-Pratico delle Società Commerciali*, cit., p. 11.

A pedra de toque para a análise da *affectio societatis* no direito contemporâneo consubstancia-se, portanto, no interesse da companhia, e mais especificamente na sua observância pelos sócios em sua convivência cotidiana direcionada ao escopo social. A doutrina destaca que a *affectio societatis* assume maior relevância em sociedades nas quais se verifica uma relação pessoal ou mesmo familiar entre os sócios.

Em nosso país, com efeito, prevalece a sociedade anônima constituída tendo em vista o caráter pessoal dos sócios, ou a sua qualidade de parentesco, e por isso chamada sociedade anônima familiar. (...) A *affectio societatis* surge nessas sociedades com toda a nitidez, como em qualquer outra das sociedades de tipo personalista.¹⁰

Nesta esteira, tem-se ressaltado a necessidade de se distinguir dentro do âmbito das sociedades anônimas de capital fechado aquelas que possuem composição familiar e aquelas dotadas de conotação mais comercial.

As sociedades fechadas não devem, contudo, ser confundidas com as sociedades familiares. Estas, na verdade, são uma modalidade daquelas, caracterizando-se, as familiares, pelo fato de possuírem um reduzido número de sócios, quase sempre ligados por vínculos de parentesco ou de amizade, de modo a se entenderem continuamente, muitas vezes não havendo, mesmo, necessidade de serem feitas reuniões formais na sociedade. Equivalem, assim, as sociedades familiares às *close corporations* americanas, ‘uma concepção mais limitada do que a *closely-held*’, no dizer de Conrad.¹¹

Em qualquer hipótese, contudo, não resta dúvida de que a *affectio societatis* não impõe o sacrifício dos interesses comerciais de um sócio em favor dos interesses de outro sócio, mas exige tão-somente o

10 Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 33/34.

11 Fran Martins, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 550/551.

respeito ao escopo comum que se consubstancia no interesse da companhia. Somente sob esta perspectiva, vinculada estritamente ao interesse social, pode-se reconhecer — e não sem controvérsia — efeito extintivo ao contrato de sociedade pela ruptura da *affectio societatis*, como decorrência de conduta ilícita de uma das partes que impeça a conservação de sua finalidade. Não se tem aqui o reconhecimento de poder resilitório derivado de naturais divergências entre os sócios, ou, pior, da subjetiva insatisfação de um sócio em face do comportamento de outro. Ao contrário, o evento extintivo tem por causa a frustração ou inviabilidade de realização do escopo social, notadamente pela violação de deveres de comportamento por parte do sócio. Diz-se, com efeito, que “verificada a divergência, impõe-se a dissolução, *pois torna-se impossível atingir o objetivo social*”.¹²

Exatamente por esta aludida vinculação entre a quebra da *affectio societatis* e o descumprimento de deveres que impedem a conservação dos objetivos sociais, tem-se questionado a extensão do efeito extintivo da ruptura da *affectio societatis* à denúncia de acordos de acionistas. Neste passo, vale transcrever a lição doutrinária de Luiz Gastão Paes de Barros Leães:

(...) fazer depender a denúncia da quebra de *affectio societatis* e da inobservância do princípio de boa-fé no cumprimento das cláusulas do pacto, além de uma impropriedade, não quer dizer nada. É uma impropriedade porque, embora opere no âmbito da companhia, o contrato parassocial não se confunde com o contrato de sociedade. Os motivos pessoais que levam os acionistas à celebração de um acordo (que não reveste natureza societária) não são os mesmos que o impulsionaram a aderir ao pacto social. (...) Ademais, dizer que a quebra da *affectio societatis* se verifica quando lavra a discórdia e a desarmonia entre os pactuantes, com reflexos danosos à condução dos negócios sociais, pouco esclarece.¹³

12 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações*, cit., p. 309.

13 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Acordo de Acionistas a Prazo Indeterminado*, in *Pareceres*, vol. II, São Paulo: Singular, 2004, p. 1155.

De fato, diversamente do que ocorre com os contratos de sociedade, os acordos de acionistas dirigem-se, precipuamente, à tutela de interesses individuais dos contratantes, notadamente à proteção do investimento realizado pelo acionista minoritário, que, na ausência do ajuste, e afora a proteção mínima que lhe vem assegurada por lei, restaria inteiramente submetido às decisões do acionista controlador.¹⁴

Se assim é, a quebra da *affectio societatis*, consubstanciada axiologicamente na perda da cooperação indispensável ao interesse da companhia, não pode servir de fundamento à extinção de ajuste atinente a interesses individuais de cada acionista, dizendo respeito, por exemplo, à aquisição de ações e outras matérias para as quais se torna irrelevante a colaboração entre acionistas.

Por representar o acordo de acionistas a única proteção de que se valem os minoritários para interferir na gestão social ou para obter liquidez do seu investimento em companhias fechadas, sua conservação adquire particular relevo para evitar seu verdadeiro banimento político e, em consequência, deterioração do investimento efetuado. A extinção do acordo de acionistas, por isso mesmo, há de ser evitada, não podendo ser banalizada.

Na espécie, L e V pretendem exatamente a denúncia de acordo de acionistas pela quebra da *affectio societatis*, fundamentando-se tal ruptura no descumprimento, por parte de X, do Acordo de Acionistas, sobretudo da cláusula *d*,¹⁵ inclusive com a propositura de inúmeras demandas judiciais, alegadamente infundadas, em face de K e

14 Sobre os acordos de acionistas, afirma Modesto Carvalhosa: “embora a fonte formal do direito seja a lei societária, a fonte substancial está no direito das obrigações. Isto porque, diferentemente do direito societário propriamente dito, que trata da constituição, organização, funcionamento e extinção da companhia, o acordo de acionistas pertence à esfera privada destes que, através desse ajuste, cuidam de compor seus interesses” (*Acordo de Acionistas*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32).

15 “21.2. Y e Z determinarão que X coloque à disposição de T um relatório mensal dos resultados e vendas e um orçamento anual e previsões trimestrais”.

de seus administradores, de modo a provocar embaraços ao entendimento entre sócios e, em última análise, impedir o regular andamento das atividades sociais.

Todavia, a busca pelo sócio minoritário de fazer valer seus direitos previstos na Lei 6.404/1976 não representa perda da *affectio societatis*, consubstanciando-se em exercício regular de direito. Com efeito, cuida-se de acontecimentos corriqueiros dentro da vida societária, decorrentes do exercício legítimo de situações jurídicas subjetivas atribuídas por lei ao sócio minoritário, sem o condão de resolver o Acordo de Acionistas.

A rotina de uma sociedade mostra-se marcada pelo constante embate de interesses, naturalmente decorrente do papel e da participação de cada sócio. Se cada confronto pelo reconhecimento de direitos ou posições jurídicas significar o fim da *affectio societatis*, deve-se forçosamente reconhecer a fragilidade permanente das relações entre os acionistas, inviabilizando dessa forma pactos duradouros atinentes ao direito de voto ou ao exercício compartilhado do poder de controle.

Muito ao contrário, o que se percebe da análise da Lei das S.A. é a firme preocupação do legislador em preservar a comunhão entre os acionistas. Diversamente do que se verifica em outros tipos societários, como as sociedades limitadas, nas quais o direito de exclusão é previsto de forma abrangente (Código Civil, arts. 1.004, p. u., e 1.030),¹⁶ a Lei das S.A. admite apenas excepcionalmente a forçada expulsão do acionista (art. 107, II), preferindo sanções outras, menos

16 O parágrafo único do art. 1.004 do Código Civil dispõe expressamente: “Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.” Confira-se também o art. 1.030, em que se lê: “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.”

drásticas, para o descumprimento de seus deveres, como a suspensão de seus direitos políticos (art. 120).¹⁷

Ao lado disso, o § 3º do art. 118 da Lei das S.A. prevê a execução específica do acordo de acionistas.¹⁸ Tal dispositivo reconhece, portanto, a possibilidade de contenda entre os acionistas, autorizando ao prejudicado, diante da resistência dos demais acionistas no cumprimento do pactuado, recorrer ao Poder Judiciário com vistas à execução específica da obrigação. Em conseqüência, se o legislador regula o ajuizamento de demandas judiciais com o objetivo de cumprimento específico do acordo de acionistas, por constituir exercício regular e legítimo de direito, tal fato, só por si, não pode configurar, à luz do direito brasileiro, violação à *affectio societatis*.

De mais a mais, X, ao propor demandas judiciais em face de K, de seus sócios e administradores, exerce o seu direito de ação constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, XXXV), com o intuito de proteger seus interesses. Assim sendo, não seria lícito interpretar que a propositura de ações judiciais representaria quebra da *affectio societatis*, a autorizar a resolução do Acordo de Acionistas, sob pena de limitação ao direito constitucional de ação, pilar do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o direito de ação afigura-se sobremaneira relevante ao se verificar que, ordinariamente, a omissão em tomar medidas de proteção e conservação dos direitos implica renúncia a estes mesmos direitos. Tanto é assim que, no caso concreto, preocuparam-se as partes em estabelecer, na cláusula *e* do Acordo de Acionistas, que a omissão de qualquer das Acionistas em perseguir o cumprimento ou a observância do Acordo não seria interpretada como renúncia ou

17 “Art. 120. A assembléia-geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação”.

18 “Art. 118. (...) § 3º. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas”.

desistência dos direitos decorrentes destas cláusulas. Eis o teor da referida cláusula:

A omissão de qualquer das ACIONISTAS em instar com o cumprimento ou observância de quaisquer cláusulas deste Acordo, não será interpretada como desistência ou renúncia em qualquer caso futuro dos direitos decorrentes dessas cláusulas.

Por outro lado, no que se refere à suposta violação da cláusula *d* como causa de ruptura da *affectio societatis*, frise-se que o preceito contratual cuida do direito de X de obter informações de K necessárias à proteção de seu próprio investimento e à sua participação como acionista minoritária no exercício dos negócios sociais, que em nada se relaciona com a *affectio societatis*, atinente, como já se ressaltou, ao interesse da companhia na persecução da finalidade social.

A *affectio societatis* diz, portanto, com o interesse da companhia, o que não se confunde, à evidência, com o direito contido na cláusula *d*, que se dirige à proteção do investimento individual de X. Assim, a eventual “violação” ou exercício abusivo por parte de X da referida cláusula não configuraria, mesmo em tese, quebra da *affectio societatis*, cingindo-se a disputa aos interesses individuais, patrimoniais e privados dos acionistas, não autorizando, portanto, a resolução do Acordo de Acionistas.

Como se esclareceu, a quebra da *affectio societatis* relaciona-se à violação do interesse da companhia, e, por esta razão, somente pode afetar ajustes que se vinculem, sob o ponto-de-vista axiológico-funcional, à colaboração entre os acionistas, com vistas ao alcance dos objetivos sociais. Justamente por esta razão a doutrina de direito societário limita os efeitos da ruptura da *affectio societatis* aos acordos de votos, não o estendendo aos acordos de bloqueio:

Como *pacto parassocial*, o acordo de votos funda-se, assim, na *affectio societatis*, diferentemente dos acordos de bloqueio, que se fundamentam no *animus tenendi*, ou seja, o de deter ações capazes de

manter ou aumentar sua participação acionária no caso, futuro incerto, de alienação delas pelos demais pactuantes.¹⁹

Assim, a ruptura da *affectio societatis*, somente pode autorizar a resolução dos aludidos ajustes, atinentes ao exercício do direito de voto e do poder de controle compartilhado, na medida em que estes demandem colaboração entre os acionistas, com vistas ao alcance do interesse social, não já aos direitos patrimoniais livremente acordados entre os acionistas, em atendimento ao seu interesse individual — como o direito ao *Put Option*, assegurado, no caso concreto, pela cláusula *c* do Acordo de Acionistas —, ou os direitos políticos para cujo exercício não se afigura necessária a cooperação da outra parte, devendo-se observar exclusivamente o interesse social.

Ou seja, mostram-se insuscetíveis de interferir na *affectio* não somente os direitos patrimoniais, mas também os direitos políticos cujo exercício independe de colaboração entre os acionistas, com vistas ao alcance do interesse social.

Vale dizer: o direito de indicação de conselheiro, por exemplo, como há no acordo de acionistas em questão, não demanda colaboração entre os sócios, vez que a indicação de conselheiro pelo minoritário deve se dar segundo seu próprio alvedrio, no interesse da companhia.

Com efeito, há direitos políticos fundamentais para tutelar o investimento do minoritário, os quais, onerosamente adquiridos, não podem ter sua preservação condicionada à permanência de *affectio* em relação ao majoritário.

Parece razoável afirmar, por isso mesmo, que, além dos direitos patrimoniais, os direitos políticos que têm como objetivo a proteção de investimentos, isto é, que representam a contrapartida e o escudo protetor de tais aportes, e para cujo exercício não é necessária

19 Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 553/554.

a colaboração entre os acionistas — traduzindo a vontade do minoritário, unicamente vinculado ao interesse da companhia — não podem ter sua manutenção comprometida por quebra de *affectio societatis*: tais direitos representam prerrogativas que o majoritário transfere onerosamente ao minoritário, a cujo patrimônio desde logo se incorpora, mediante contrapartida econômica.

Repita-se: a *affectio societatis* em nada se relaciona com os chamados direitos de natureza econômica e com tais espécies de direitos políticos acima referidas, previstos no acordo em exame, concernentes aos interesses privados dos acionistas. Em contrapartida, as estipulações que versam sobre o exercício do poder de controle subordinam-se à manutenção da *affectio*, pois a sua estipulação visa à condução harmônica dos interesses diversos dos acionistas em decisões concernentes à companhia.

Em outras palavras, por meio do exercício comum do controle, os acionistas convenientes deliberam, majoritariamente, em reunião prévia, o sentido dos votos a serem manifestados pelas ações do bloco de controle nas assembleias gerais ou especiais.²⁰ Em tais acordos, a *affectio* afigura-se presente na união de esforços com vistas ao alcance de orientação comum de voto para o fortalecimento da participação acionária mediante a atuação conjunta.²¹

Tal não é a hipótese em análise. As cláusulas do Acordo de Acionistas não se destinam a regular o exercício compartilhado do poder de controle para o qual — insista-se ainda uma vez — a *affectio societatis* se dirige precipuamente.

O Acordo de Acionistas de K contém direitos políticos e patrimoniais com vistas à proteção do acionista minoritário. Exemplo do primeiro consiste na prerrogativa de indicação, por X, de dois mem-

20 Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 523.

21 Sobre a configuração da *affectio societatis* nos acordos de exercício do poder de controle, v., ainda, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., p. 553.

bros do Conselho de Administração. Com relação aos direitos de natureza estritamente econômica, o *Put Option* afigura-se a expressão mais eloqüente.

No que tange aos direitos políticos, eventual falta de concordância entre os sócios na deliberação das matérias enumeradas na cláusula *a*²² não configura quebra da *affectio societatis*, mas, antes, representa a perseguição legítima, por cada um dos sócios, segundo o seu entendimento pessoal, daquilo que melhor atenda a seus interesses, respeitado sempre o interesse social. Da mesma forma, divergências naturais entre os acionistas concernentes ao direito de indicação de conselheiros por X não podem significar rompimento da *affectio societatis*.

Note-se, ao propósito, que o acordo de acionistas possui natureza contratual, submetendo-se, assim, à teoria geral das obrigações, a atrair a incidência de toda disciplina jurídica pertinente. Segundo autorizada doutrina:

De tudo se conclui que o acordo de acionistas é um contrato sujeito às normas do direito comum. Assim sendo, forma-se ele mediante a

22 “As ACIONISTAS concordam em exercer o seu direito de voto, quer diretamente quer através de seus representantes legais nomeados, de tal forma que qualquer decisão concernente aos assuntos abaixo dependerá da aprovação da Assembléia das Acionistas (Decisões de Vulto): (a) Alteração dos Estatutos de K (que vão inclusos ao presente Acordo como Anexo I e que dele fará parte integrante), salvo para aumentar o capital legal para capitalizar reservas ou cumprir exigências legais; (b) Dissolução e liquidação de K; (c) Transferência, venda, cessão de grande parte do ativo permanente ou imóvel de K; (d) Penhora, hipoteca ou gravame de grande parte do ativo permanente ou de imóvel de K; (e) Aumento do capital de K; (f) Empréstimos entre empresas desembolsados por K, cujo saldo em qualquer época, não deverá ser superior ao equivalente em moeda local a US\$ x; (g) Resgate de quaisquer AÇÕES preferenciais de K; (h) Incorporação, fusão ou cisão, no todo ou em parte, de K, por outras empresas; (i) Distribuição de dividendos em cada exercício fiscal, em um valor acima de 25% do lucro líquido determinado em consonância com a Lei das Sociedades Anônimas; (j) Novos investimentos no mesmo ramo (com recursos próprios ou financiamento de terceiros), representando mais do que o equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do Patrimônio Líquido de K apurado em consonância com os princípios contábeis geralmente aceitos pelos Estados Unidos da América (US GAAP); (k) Novos investimentos em qualquer outro ramo; (l) Venda ou cessão de direitos minerais”.

livre manifestação de vontades de todos os participantes, o que quer dizer que o contrato representa o que foi desejado pelas partes contratantes, que por sua própria iniciativa entraram em acordo, todos aceitando o convencionado. É, desse modo, o contrato o resultado da livre declaração da vontade de todos os contratantes. E por tal razão todos se sujeitam ao que foi acordado (...).²³

Nesta esteira, ao acordo de acionistas se aplica o princípio da obrigatoriedade dos pactos, de modo que a perda da *affectio societatis* não pode acarretar a resolução de direitos patrimoniais e dos direitos políticos acima referidos, estipulados entre os acionistas, sob pena de descumprimento dos deveres contratualmente ajustados.

Da mesma forma, os acionistas sujeitam-se às regras sobre o inadimplemento, bem como à execução específica das obrigações.²⁴ A cláusula *f* do Acordo de Acionistas reitera a possibilidade de execução específica das obrigações nele constantes:

As ACIONISTAS concordam em que todas as obrigações e compromissos descritos aqui terão cumprimento específico conforme previsto na Lei de Sociedades Anônimas brasileira. O referido cumprimento específico não será revogado nem excluído de forma alguma por nenhum pedido de adjudicação de danos por nenhum juízo arbitral ou Tribunal brasileiro.

De mais a mais, o Acordo de Acionistas impõe, expressamente, em sua cláusula *g*, a conservação de sua eficácia parcial, de modo

23 Fran Martins, *Novos Estudos de Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 113.

24 “O descumprimento do acordo de acionistas assegura aos contratantes *in bonis* a execução específica das obrigações nele assumidas (art. 118, § 3º)” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de Direito Societário: Sociedade Anônima*, vol. II, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 141). Ainda neste sentido: “Recusando-se alguma das partes ao cumprimento do que foi contratado poderão ser propostas contra o inadimplente medidas visando a execução específica das obrigações assumidas no acordo” (Modesto Carvalhosa, *Da Irrevogabilidade do Mandato em Acordo de Acionistas*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 601, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 13).

que se afigura possível a anulação parcial se o fundamento não se referir às demais cláusulas. Confira-se:

Na hipótese de qualquer uma ou mais das cláusulas contidas neste Acordo serem tidas como inválidas, ilícitas ou inexeqüíveis, as demais disposições deste Acordo permanecerão em vigor, e nesse caso as ACIONISTAS deverão negociar de boa-fé para substituir a cláusula inválida, ilícita ou inexeqüível por uma outra que venha, de uma forma razoável, ao encontro dos fins e efeitos desejados.

Aliás, doutrina e jurisprudência têm enfatizado a importância do princípio da conservação do negócio jurídico, segundo o qual se deve preservar o máximo possível do negócio, em qualquer um de seus três planos — existência, validade e eficácia.²⁵

Com efeito, o Código Civil de 2002 traz institutos que colhem seu fundamento direto no princípio da conservação. Nesse sentido, mencionem-se o art. 184, que reproduziu o instituto da redução do negócio parcialmente nulo,²⁶ antes contido no art. 153 do Código Civil de 1916; e o art. 170, que positivou em nosso ordenamento o instituto da conversão do negócio jurídico.²⁷

Entretanto, o princípio da conservação não age apenas no plano da validade do negócio jurídico, sendo perfeitamente aplicável ao plano da eficácia. Nesta direção, observa-se:

O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja isto

25 Leonardo Mattietto, *Invalidez dos Atos e Negócios Jurídicos*, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346.

26 “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

27 “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

possível, em um autêntico *favor contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário.²⁸

Admite-se, assim, a aplicação de tal princípio com o intuito de preservar determinado negócio jurídico, quando parte de seu conteúdo tenha, com o decurso do tempo, perdido merecimento de tutela pelo não cumprimento de sua função ou em virtude de seu inadimplemento. Trata-se, mais especificamente, da figura da resolução parcial objetiva do negócio jurídico, descrita, nos seguintes termos, por Antônio Junqueira de Azevedo:

Pode também a obrigação extinta ter integrado o conteúdo do contrato, sem que seja a principal, e, aqui, poderemos também ter resolução (resolução parcial objetiva), sempre desde que seja possível manter o contrato. No fundo, é ainda aplicação do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*, que inspira figuras como a nulidade parcial (art. 184 do CC/2002), — mas, cumprindo lembrar que as nulidades em geral são examinadas no momento da conclusão do contrato e, aqui, estamos tratando de sua execução.²⁹

Note-se que o limite para a admissão da resolução parcial consiste na possibilidade de o negócio permanecer útil e funcional, embora desfalcado de sua parte.³⁰

28 Leonardo Mattietto, *Invalidez dos Atos e Negócios Jurídicos*, cit., p. 347. V., ainda, na doutrina clássica, Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 493-494.

29 Antônio Junqueira de Azevedo, *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2005, p. 264.

30 Como salienta Maria Celina Bodin de Moraes, “não teria razão jurídica a resolução se as obrigações pudessem ser independentes entre si” (*A Causa dos Contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2005, p. 112).

No caso concreto, ainda que, por hipótese, se admitisse a ruptura da *affectio societatis*, tal circunstância não acarretaria a dissolução de qualquer cláusula constante do Acordo de Acionistas, na medida em que os direitos nele assegurados ou são estritamente patrimoniais, como o direito ao *Put Option*, ou consistem em direitos políticos onerosamente adquiridos, cujo exercício não se associa à convergência de vontades entre sócios, subordinando-se somente ao interesse de K. Tais direitos assegurados no Acordo de Acionistas, sejam de natureza predominantemente política ou econômica, independem de *affectio societatis*, não guardando conexão funcional com a manutenção ou não do estado de cooperação entre os sócios em torno da consecução dos fins sociais.

Além de tudo isso, o princípio da conservação dos negócios adquire, no caso de acordo de acionistas, especialíssima relevância, capaz de fazer tornar a extinção hipótese excepcional, a ser, sempre que possível, evitada. Isto porque, conforme se ressaltou, para os sócios minoritários, postos em situação de manifesta desvantagem na condução da companhia, a preservação do acordo significa, as mais das vezes, a preservação do próprio investimento, servindo, portanto, de elemento essencial para a expressão do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e do princípio da autonomia privada (art. 170, CF).

3. A boa-fé objetiva e o comportamento das partes no caso concreto

Nem se alegue, por outro lado, que X teria violado a boa-fé objetiva em razão de estar se utilizando do Acordo de Acionistas para fins ilícitos, em contrariedade às finalidades perseguidas pelas partes com o negócio.

Em qualquer de suas funções — interpretativa, criadora de deveres anexos,³¹ restritiva do exercício abusivo de direitos —, a boa-fé

31 Deveres anexos são aqueles que a boa-fé objetiva impõe às partes, independentemente de

objetiva diz sempre com a preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença.³²

Dito diversamente, se é certo que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, seu conteúdo, por outro lado, encontra-se indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado. Não decorre da boa-fé objetiva a exigência de que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte.³³

No âmbito do direito societário, os deveres recíprocos entre sócios e acionistas não encontram previsão específica em lei,³⁴ deri-

expressa manifestação volitiva, como o dever de informar, o dever de colaborar para o alcance do escopo comum, o dever de sigilo acerca de informações privilegiadas a que se tem acesso por conta da contratação, e assim por diante. Sobre os deveres anexos, esclarece Clóvis do Couto e Silva: "(...) comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência. O objeto de alguns deles é, portanto, fazer ou não fazer, consistindo alguns em declarações de ciência, como nas indicações e comunicações; outros, em atos determinados" (*A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 113).

32 Sobre as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, seja consentido remeter a Gustavo Tepedino, *Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a Exegese da Cláusula to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 253.

33 "In tal modo la buona fede si concretizza in obblighi contrattuali specifici che, per l'appunto, trovano il loro fondamento nell'economia del contratto e mirano a far sì che anche gli interessi dell'altra parte, relativi al rapporto economico così come voluto dai contraenti, siano salvaguardati" (Giovanni Maria Uda, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXVI, p. 370). Em tradução livre: "Em tal modo, a boa-fé se concretiza em deveres contratuais específicos que, por isso mesmo, encontram o seu fundamento na economia do contrato e visam a fazer com que também os interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos termos pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados".

34 Ressalvem-se os limites impostos à atuação do acionista controlador, de que trata o parágrafo único do art. 116 da Lei das S.A.: "Art. 116. (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve

vando, em geral, de convenção entre as partes por meio do estatuto social, de acordos de acionistas e outras espécies contratuais que lhes fixam os parâmetros de comportamento. Mais recentemente, o direito societário brasileiro, tradicionalmente vinculado nesta matéria ao exclusivo império da autonomia privada, vem cedendo espaço à incidência da boa-fé objetiva como fonte de deveres de cooperação societária.³⁵

Em relações paritárias, como as tuteladas pelo Código Civil, e, por maioria de razão, nas relações societárias, não se justificaria a premissa reequilibradora atribuída à boa-fé objetiva, prevalecendo, ao contrário, o princípio da isonomia, a proteger ambos os contratantes em relação à preservação dos fins comuns perseguidos pela relação contratual.³⁶

usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

35 Confira-se, entre outros, Rubens Requião: “(...) tem o sócio, como todo membro de uma coletividade constituída e organizada, o dever de lealdade para com a sociedade” (*Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., pp. 145/146).

36 O Código Comercial brasileiro, de 1859, em seu art. 131, referia-se à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, não teve aplicação significativa até o advento do Código de Defesa do Consumidor. A positivação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva conforme construída pelos tribunais alemães e italianos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano. A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora até o advento do Código Civil de 2002 fosse prevista apenas no Código Comercial e no Código de Defesa do Consumidor, sua ampla aplicação às relações empresariais, por obra da jurisprudência e da doutrina, revelou força expansiva capaz de permear toda a teoria contratual, conforme observado em outras sedes (Gustavo Tepedino, *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232; e *Crises de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, in Gustavo Tepedino (Coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. XXX/XXXI).

Nas relações societárias, em que os acionistas traduzem centros de interesse de igual nível econômico, não se pode admitir orientação interpretativa assistencialista ou que tenha por premissa a vulnerabilidade de qualquer dos sócios ou cotistas. Tem-se, contudo, o reconhecimento de que o acionista minoritário, não por particular fragilidade técnica ou econômica, mas pela posição naturalmente desvantajosa que ocupa no mecanismo de formação da vontade social, ditada pelo princípio da maioria, reclama, do ordenamento jurídico, tutela específica no sentido da conservação do acordo de acionistas, instrumento imprescindível à sua participação efetiva naquela companhia e, em conseqüência, para a preservação de seu investimento — forma de expressão da livre iniciativa e da autonomia privada, tuteladas como valor e princípio constitucionais.

Em tal contexto, portanto, a boa-fé objetiva, informada pelos princípios constitucionais da isonomia e da solidariedade (CF, arts. 5º, *caput*,³⁷ e 3º, inciso I)³⁸, deve ser interpretada como vetor — importantíssimo, vale sublinhar — destinado a assegurar as finalidades econômicas e sociais objetivadas pelas partes. Nesta tarefa de conservação do escopo comum, não se pode ignorar a particular importância que assume para o acionista minoritário a preservação do acordo de acionistas, instrumento indispensável para a tutela de sua posição societária, circunstância que também o controlador não pode, em conformidade com a boa-fé, desconhecer.

Em definitivo, nas relações societárias, à luz da boa-fé contratual, exige-se que as partes privilegiem os objetivos comuns, em detrimento de qualquer outra interpretação que, posto lhes favoreça individualmente, não se mostre consentânea com as finalidades por elas estabelecidas. Não se pode, por outro lado, invocar a boa-fé ob-

37 “Art. 5º. 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 e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

38 “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)”.

jetiva para requerer de uma parte o favorecimento de outra em detrimento de seus próprios interesses.³⁹ Tal exigência não encontra amparo na ordem jurídica brasileira.

Na espécie, o exercício regular, por X, de seus direitos de fiscalização e informação, bem como a defesa de seus interesses econômicos, por meio da propositura de ações judiciais, não pode jamais representar violação à boa-fé objetiva.⁴⁰

De outra parte, o desrespeito por parte da Administração de K a normas da Lei das Sociedades Anônimas, que ensejou a propositura de tais ações por X, aliado à posterior alegação de que referidas demandas representam a quebra da *affectio societatis*, consubstancia, aí sim, inequívoca violação, por L e V, da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Dessa forma, o ajuizamento das referidas ações por X, com vistas à observância de direitos essenciais previstos na Lei das Sociedades Anônimas, traduz exercício regular de direito, não sendo possível cogitar de violação à boa-fé objetiva por parte de X.

Como se viu, a boa-fé objetiva autoriza que o acionista persiga, à sua maneira, os seus interesses econômicos, respeitado o escopo comum do Acordo de Acionistas, não se afigurando legítimo exigir-se de um acionista que sacrifique sua posição individual em favor dos interesses de outro acionista.

Assim como a boa-fé objetiva não autoriza o sacrifício de posições contratuais legítimas em benefício do outro contratante, a *affectio societatis* não pode servir de escudo para a dissolução de direi-

39 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, A Boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, in Gustavo Tepedino (coord), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 40-43.

40 As ações judiciais propostas por X fundam-se em ilegalidades cometidas no âmbito de K, dentre as quais se destacam o defeito no procedimento de convocação de Assembléia Geral Ordinária; a injustificada negativa de informações ventiladas na referida Assembléia; e a ilegítima restrição, em outra Assembléia Geral Ordinária, aos direitos de fiscalização de X.

tos patrimoniais individuais, indiferentes à consecução dos objetivos sociais, ou de direitos políticos para cujo exercício se prescinde da cooperação entre os acionistas, livremente contratados como forma de proteção de investimentos.

Em suma: os fundamentos aduzidos por L e por V para caracterizar a quebra da *affectio societatis* por parte de X mostram-se inaptos a deflagrar o efeito resolutório pretendido, vez que se referem a incidentes decorrentes do exercício regular de direito, que não servem a demonstrar seja a ocorrência de inadimplemento, seja o fim da *affectio*, inserindo-se, ao revés, no curso ordinário dos acontecimentos de K.

E, ainda que assim não se entendesse, o fim da *affectio societatis* não tem o condão de resolver direitos concernentes às relações patrimoniais dos acionistas individualmente considerados, ainda que inseridos no Acordo de Acionistas, por nada afetar os interesses da companhia ou o curso dos negócios sociais. Desse modo, mesmo que fosse caracterizada, por hipótese argumentativa, a quebra da *affectio societatis*, os direitos de cunho econômico, relacionados aos interesses individuais dos acionistas, devem ser preservados, porque referido fundamento não lhes é pertinente.

Da mesma forma, não se subordinam à manutenção da *affectio* os direitos políticos livremente estipulados com vistas à proteção do investimento, tal como o direito de indicação de conselheiros. Com efeito, conforme amplamente se demonstrou, o exercício destes direitos independe de qualquer conduta cooperativa entre os acionistas, sendo seu único compromisso no momento de exercê-los com a persecução do melhor interesse da companhia. Assim sendo, como a contenda entre os acionistas não interfere no exercício de tais direitos que, repita-se à exaustão, têm como norte o atendimento dos interesses sociais, ao lado dos legítimos interesses individuais dos acionistas, não há razão para subordinar sua existência à continuação da *affectio societatis*.

4. O direito ao *put* estabelecido no Acordo de Acionistas. Preservação dos interesses de K. Verificação das condições deflagradas do direito ao *put*. Ilegítimo óbice ao seu exercício pelos demais acionistas. Violação à boa-fé objetiva por L e V.

A celebração do Acordo de Acionistas consistiu em motivo determinante para o ingresso de X em K por meio de vultuoso investimento na referida sociedade, representativo de 20% de seu capital social. Ressalte-se que tal investimento se destinou a uma companhia fechada, adquirindo, por isso mesmo, os direitos assegurados no Acordo de Acionistas especial importância e tutela recrudescida.⁴¹

Corroborando a imprescindibilidade da celebração do Acordo de Acionistas para o ingresso de X em K o disposto na cláusula *b* do Acordo de Acionistas, *in verbis*:

O presente acordo permanecerá em vigor enquanto W continuar sendo ACIONISTA minoritária de K detendo, no mínimo, 10% (dez por cento) de participação no seu capital com direito de voto, salvo se as ACIONISTAS decidirem de modo diverso mediante consentimento escrito.

Verifica-se que o objetivo do Acordo de Acionistas foi proteger o acionista minoritário em face dos majoritários, de modo que pudesse intervir mais ativamente em K na qual investiu elevado montante. Aludido escopo encontra pleno respaldo doutrinário:

Os ‘Acordos de Acionistas’ começam a ser adotados entre nós como instrumento contratual adequado para regular, em complementação às normas legais e estatutárias, os direitos e interesses de acionistas

41 “(...) o acionista decorrente de companhias abertas pode facilmente vender suas ações, no mercado, e retirar-se da sociedade. Ao contrário, não há mercado para as ações dos minoritários de companhias fechadas, que salvo interesse dos demais acionistas na sua aquisição, irão manter-se eternamente presos à sociedade, detentores de um patrimônio acionário sem nenhuma liquidez” (Modesto Carvalhosa, *Acordos de Acionistas*, cit., pp. 176/177).

minoritários que, via de regra, se encontram marginalizados do processo decisório das sociedades anônimas brasileiras. (...) Constituem os 'Acordos', um tipo de contrato que consigna direitos e obrigações entre acionistas estabelecendo regras e princípios que deverão nortear a atuação daqueles interessados em suas relações com a sociedade anônima, inclusive convencionando a forma e o modo como será exercido o direito de voto nas Assembléias Gerais.⁴²

Dentre os direitos e garantias assegurados pelo Acordo de Acionistas à acionista minoritária, merece destaque a estipulação, em favor de X, do direito ao *Put Option*, contido em sua cláusula c.

A previsão do direito ao *Put Option* consistiu em direito essencial para o investimento de X em K. Assim, com vistas a proteger o aludido investimento, que as demais acionistas tinham interesse em atrair, assegurou-se a X o direito ao *Put Option* na hipótese de se verificarem certas condições suspensivas, de caráter inteiramente objetivo, em especial a circunstância de ser aprovado investimento superior a 25% do patrimônio líquido de K, apurado em consonância com os princípios contábeis geralmente aceitos nos Estados Unidos da América.

O objetivo do *Put Option*, portanto, consistiu em conferir a possibilidade de X sair de K caso não se dispusesse a assumir os riscos de eventual insucesso do investimento acima referido. Conseqüentemente, o direito ao *Put Option*, inserido no Acordo de Acionistas, consubstanciou-se em motivo determinante para o ingresso de X no quadro societário de K, direito esse de natureza individual e patrimonial, totalmente dissociado da manutenção da *affectio societatis* entre os acionistas. Com efeito, constituindo-se em manifestação do direito do acionista de dispor de seus ativos, o direito ao *Put Option* não guarda qualquer relação com o interesse da companhia e, portanto, não se lhe repercute a ruptura da *affectio societatis*.

42 Fran Martins, *Novos Estudos de Direito Societário*, cit., p. 468.

Neste contexto, a eventual quebra da *affectio societatis* não poderia ensejar a extinção do direito ao *Put Option*, diante da ausência de correspectividade funcional entre, de um lado, a manutenção do estado de colaboração entre os sócios em torno do interesse da companhia e, de outro, a eficácia dos direitos de natureza econômica.

Como já se afirmou à exaustão, o *Put Option* consiste em direito eminentemente patrimonial, circunscrito à esfera privada dos acionistas, cuja repercussão não se faz sentir na Companhia. Revela-se absolutamente prescindível a configuração da *affectio societatis* para a observância do direito ao *Put Option*.

De outra parte — e, provavelmente, o mais importante —, do ponto de vista dogmático, o direito ao *Put Option*, denominado comumente opção de venda, consiste em direito potestativo unilateralmente atribuído ao seu titular. Ao contrário dos direitos subjetivos, ao qual se contrapõe dever jurídico correspondente, sem o qual não há satisfação do seu titular, o direito potestativo independe, para o seu exercício e eficácia, da conduta de outrem.

Na definição de Pietro Perlingieri:

A situação jurídica subjetiva denominada ‘direito potestativo’ atribui ao seu titular o poder de provocar unilateralmente uma interferência jurídica desfavorável a outro sujeito (constituição, modificação, extinção de situações subjetivas). Por isso o direito potestativo é igualmente designado como poder formativo: o seu titular pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, não obstante significar invasão na esfera jurídica de outro sujeito, o qual não pode evitar, em termos jurídicos, o exercício de tal poder.⁴³

43 No original: “La situazione soggettiva definita diritto potestativo attribuisce al suo titolare il potere di provocare unilateralmente una vicenda giuridica sfavorevole per un altro soggetto (costituzione, modificazione, estinzione di situazioni soggettive). Per ciò il diritto potestativo è detto anche potere formativo: il suo titolare può da solo costituire, modificare o estinguere una situazione soggettiva, nonostante ciò significhi invasione nella sfera giuridica di altro soggetto, il quale è impossibilitato ad evitare, in termini giuridici, l'esercizio del potere” (*Manuale di Diritto Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 71; tradução livre).

Em outras palavras, o titular de direito potestativo exerce poder jurídico de maneira unilateral, sendo o responsável único pelas conseqüências jurídicas de sua atuação. Por dispensar o concurso de outro sujeito, o direito potestativo não comporta prestação e, em conseqüência, mostra-se incompatível com as figuras do adimplemento ou inadimplemento (típicas do dever jurídico contraposto ao direito subjetivo).

Inexiste aqui pretensão ou prestação resistida. Vale dizer, nem seu titular nem a pessoa sujeita ao seu exercício podem violá-lo — ao contrário do que ocorre com o direito subjetivo.

Desse modo, por ser titular de direito potestativo, o titular do direito ao *Put Option* tem a opção unilateral de vender suas ações, sem o concurso dos demais acionistas, aos quais não se atribui, tecnicamente, qualquer tipo de prestação. Na hipótese em exame, a deflagração do direito potestativo ao *put* condiciona-se unicamente à ocorrência de eventos objetivos previstos no Acordo de Acionistas. Uma vez exercida a opção unilateral de venda, os demais acionistas a esta se submetem, pura e simplesmente, não podendo se eximir de comprar as ações.

Em resumo, além de consistir em direito de natureza estritamente patrimonial e individual, insuscetível, por isso mesmo, de resolução sob o fundamento de quebra da *affectio societatis*, o direito ao *Put Option* é direito potestativo, subordinado, no caso concreto, ao implemento de condições suspensivas, traduzidas em eventos objetivos.

Em conseqüência, independentemente de quebra da *affectio societatis* ou da resolução do Acordo de Acionistas por suposto inadimplemento de X, o direito potestativo ao *Put Option* se mantém inalterado, vez que vinculado a fatos meramente objetivos. É o direito potestativo ao *Put*, por esta razão, insuscetível de inadimplemento pelo seu titular, pressuposto técnico do conceito de resolução. Ou bem se constituiu validamente — e tal ponto parece aqui incontroverso — ou torna-se o direito potestativo indene à eventual resolução do Acordo de Acionistas.

Para extinguir o direito ao *Put Option*, condicionado, desde sua formação, a circunstâncias puramente objetivas, estranhas à preservação da *affectio societatis*, necessária seria causa originária que maculasse a própria constituição do ajuste, sendo absolutamente irrelevante a posterior ruptura do estado de colaboração entre os sócios, a própria resolução do Acordo de Acionistas, ou mesmo a pretensão de dissolução da sociedade.

Em virtude de tal circunstância, qualquer ato ou omissão que obste o exercício do direito potestativo de X representa (não adimplemento ou inadimplemento deste direito, mas) inadimplemento contratual *tout court* do Acordo de Acionistas por L e V, por desrespeito a direito potestativo nele contido. Neste caso, a ordem jurídica brasileira autoriza prestação jurisdicional substitutiva daquele ato de submissão de V e L, justamente para assegurar a executoriedade do poder unilateral consensualmente atribuído a X de venda de suas ações.

Conforme aludido anteriormente, a deflagração do direito potestativo ao *Put Option* subordinava-se ao implemento de determinadas condições suspensivas, nos termos das cláusulas *c* e *a*, alínea *a.10*, do Acordo de Acionistas, *in verbis*:

Se qualquer Assembléia das Acionistas de K resolver aprovar assuntos, conforme a cláusula *a.10* supra, contra o voto de W, então W terá o direito de vender e as demais ACIONISTAS terão a obrigação de comprar (Opção de Venda) as ações de K de titularidade de W. W deverá exercer seu direito de venda, conforme previsto acima, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da publicação da ata da Assembléia das Acionistas que tiver adotado a decisão acima mencionada sem a aprovação de W. O preço das AÇÕES no caso de W exercer o seu direito será: (a) Igual ao valor do preço da aquisição das AÇÕES de K de titularidade de W, mais a LIBOR calculada até a data do pagamento efetivo do preço das AÇÕES, ou igual ao Patrimônio Líquido proporcional de K mais 10%, conforme balanço patrimonial especial baseado na avaliação de K no valor de mercado (realizada por avaliadores independentes), devendo prevalecer sempre o valor

que for maior, se W exercer o seu direito conforme esta cláusula c no prazo de 10 anos contados da data da assinatura deste ACORDO DE ACIONISTA, ou (b) Igual ao Patrimônio Líquido proporcional de K mais 10%, conforme balanço patrimonial especial baseado na avaliação de K no valor de mercado (realizada por avaliadores independentes), se W exercer o seu direito, conforme esta cláusula c depois de 10 anos contados da data da assinatura deste ACORDO DE ACIONISTA.

As ACIONISTAS concordam em exercer o seu direito de voto, quer diretamente quer através de seus representantes legais nomeados, de tal forma que qualquer decisão concernente aos assuntos abaixo dependerá da aprovação da Assembléia das Acionistas (Decisões de Vulto): (...). Novos investimentos no ramo de cimento (com recursos próprios ou financiamento de terceiros), representando mais do que o equivalente a 25 % (vinte e cinco por cento) do Patrimônio Líquido de K apurado em consonância com os princípios contábeis geralmente aceitos pelos Estados Unidos da América (US GAAP).

Dúvidas não há: o *Put Option* encontrava-se condicionado a (circunstâncias puramente objetivas traduzidas na) aprovação, pela Assembléia de acionistas, de novos investimentos no ramo de cimento que representassem mais do que 25% do patrimônio líquido de K, apurados em US GAAP, contra o voto de X. Assim, implementadas as condições (isto é, os fatos objetivos), deflagra-se o direito potestativo de X ao *put*.

Como se sabe, a condição consiste em elemento acidental do negócio jurídico, representando limitação voluntária de sua eficácia. A condição suspensiva “subordina o início da eficácia do ato jurídico à verificação ou não-verificação de um evento futuro e incerto”.⁴⁴ Pode o negócio ter sua eficácia inteiramente suspensa até o implemento da condição, ou é possível que somente parte de seus efeitos dependam da ocorrência (ou não) do evento futuro e incerto.

⁴⁴ Vicente Ráo, *Ato Jurídico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 257.

O direito sob condição suspensiva afigura-se direito expectativo, vale dizer, direito a adquirir outro direito, e, como tal, tutelado pela ordem jurídica.⁴⁵ Referida situação jurídica subjetiva encontra-se incorporada no patrimônio de seu titular, dotado de prerrogativas para a conservação do direito que espera adquirir. De acordo com Pontes de Miranda:

Enquanto pende a condição, é incerto se o negócio ou ato jurídico *stricto sensu* produz o efeito suspenso. Isso não quer dizer que o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* não tenha qualquer efeito. Já falamos do efeito mínimo. O negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* já são vinculantes. A irrevogabilidade surgiu. O que tem direito, em virtude de negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, já tem direito expectativo aos efeitos jurídicos que se esperam do cumprimento da condição.⁴⁶

Não se confunde, assim, referida situação jurídica com a expectativa de fato, tendo em vista que esta não possui relevância jurídica, ao passo que aquela já integra o patrimônio de seu titular, sendo insuscetível, por isso mesmo, de revogação unilateral pela outra parte. Produz-se desse modo “não uma mera expectativa mas um verdadeiro e próprio direito patrimonialmente apreciável e, por isso mesmo, protegido pela lei”.⁴⁷ Aduz Vicente Ráo que:

45 Conforme afirma Pontes de Miranda: “O direito expectativo, em caso de condição suspensiva, é direito a adquirir, *ipso iure*, outro direito, ao se cumprir a condição (...)” (*Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 174).

46 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, cit., p.178.

47 Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, p. 280; tradução livre. Lê-se no texto original: “V’è adunque un rapporto diverso da quello che sarebbe sorto, se il negozio fosse stato puro: un rapporto la cui essenza à data dalla speranza che l’evento s’avveri, e che genera non una mera aspettativa ma un vero e proprio diritto patrimonialmente apprezzabile e perciò protetto dalla legge”. Segundo Francisco Amaral, a expectativa de fato é “a esperança, a simples possibilidade abstrata de aquisição do direito que, por isso mesmo, não goza de proteção legal” (*Direito Civil: Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 204). V. tb. Pietro Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 72.

Pendendo condição suspensiva, não há crédito exigível, nem obrigação perfeita; porém, um vínculo de direito sempre existe que adstringe os agentes ou partes e não lhes permite revogar ou alterar, unilateral e discricionariamente, o ato jurídico praticado, ou os seus efeitos, vínculo que, ao se verificar o evento condicional previsto, gera a obrigação e seu correspondente direito. (...) O direito sujeito a condição suspensiva é, pois, um *direito condicional adquirido*, direito adquirido, isto é, à titularidade do direito visado pelo ato jurídico, quando se realizar a condição.⁴⁸

Repita-se, ainda uma vez, que o direito sob condição suspensiva consiste em direito a adquirir outro direito, a configurar situação jurídica subjetiva tutelada pelo ordenamento na medida em que pertence ao patrimônio de seu titular, não sendo possível sua revogação unilateral.

In casu, o direito sob condição suspensiva ao *Put Option* dependia exclusivamente de circunstâncias objetivas, incorporando-se ao patrimônio de X, e atraindo, por isso mesmo, a proteção da ordem jurídica, sendo insuscetível de revogação unilateral pelos demais acionistas de K. Embora condicionado, trata-se, adotando-se a terminologia de Pontes de Miranda, de direito expectativo, ou seja, de direito à aquisição de outro direito, como tal incorporado no patrimônio do seu titular.

Sublinhe-se, ao lado disso, que o exercício do *Put Option*, tal como previsto na cláusula *c* do Acordo de Acionistas, não abrange direito de veto por X a qualquer matéria submetida à deliberação dos

⁴⁸ Vicente Ráo, *Ato Jurídico*, cit., 1997, p. 281. Veja-se, ainda, Roberto de Ruggiero: “Ora se la condizione è sospensiva, la situazione giuridica che si produce à qualche cosa d’intermedio tra la inesistenza del negozio e la sua perfezione: no si può dire che il negozio non ancora esista, perchè esso è già sorto e null’altro occorre per la sua piena efficacia che il verificarsi dell’evento; ma neppur può dirsi che tutti i diritti da esso nascenti siano acquistati al titolare, e che solo ne sia sospeso l’esercizio, perchè la causa dell’acquisto (fatto giuridico complesso) è ancora in via di formazione” (*Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, pp. 279/280).

órgãos sociais. Assim, nos termos do transcrito preceito contratual, a não aprovação em assembléia por X dos “novos investimentos no ramo de cimento (com recursos próprios ou financiamento de terceiros), representando mais do que o equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do Patrimônio Líquido de K” (cláusula *a.10*), apurados em US GAAP, não impede que tais investimentos sejam realizados em K, mas, ao revés, enseja a X o direito de exercer o *Put Option*, ou seja, de vender suas ações às demais acionistas que, por sua vez, não podem se eximir de comprá-las.

Uma vez implementadas as condições deflagradoras do *Put Option*, afigura-se inadimplemento contratual ao Acordo de Acionistas, sujeito às regras próprias, a não aceitação, pelas demais acionistas, do exercício do direito potestativo ao *Put Option* por X.

5. Conclusão

I. As medidas judiciais intentadas por X, tendo por objeto os atos ilegais praticados no âmbito da gestão de K importam em quebra de *affectio societatis*, de sorte a justificar a resolução do Acordo Acionistas?

Resposta: Não. A busca pelo sócio minoritário de fazer valer seus direitos previstos na Lei 6.404/1976 e no Acordo de Acionistas não significa perda da *affectio societatis*, mas, antes, consubstancia-se em exercício regular de direito. Eventuais divergências entre sócios decorreram do exercício legítimo de situações jurídicas subjetivas atribuídas por lei ao sócio minoritário, que não podem ter o condão de resolvê-lo. De mais a mais, a rotina societária mostra-se marcada pelo constante embate de interesses, naturalmente oriundo do papel e da participação de cada sócio que, à sua maneira, persegue seus interesses econômicos, respeitado o escopo comum do Acordo de Acionistas. Assim, se cada confronto pelo reconhecimento de direitos ou posições jurídicas significar o fim da *affectio societatis*, deve-se forçosamente reconhecer a fragilidade permanente das relações entre

os acionistas, inviabilizando mesmo pactos duradouros atinentes ao direito de voto ou ao exercício compartilhado do poder de controle.

II. As ilegalidades praticadas no âmbito da gestão de K, sob a orientação, ou, quando menos com a condescendência dos seus acionistas majoritários, bem como as ações ajuizadas por estes últimos visando à resolução do Acordo de Acionistas de K, ao fundamento de que as medidas judiciais intentadas por X determinaram a insubsistência da *affectio societatis*, violam a boa-fé objetiva na execução do Acordo de Acionistas?

Resposta: Sim. O exercício regular, por X, de seus direitos de fiscalização e informação, bem como a defesa de seus interesses econômicos, por meio da propositura de ações judiciais, não pode jamais representar violação à boa-fé objetiva. De outra parte, o desrespeito pela Administração de K a normas cogentes da Lei das Sociedades Anônimas, que ensejou a propositura de tais ações por X, aliado à posterior alegação de que referidas demandas representam a quebra da *affectio societatis*, consubstancia, aí sim, inequívoca violação, pela L e V, da cláusula geral da boa-fé objetiva, nos termos dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil.

III. O fundamento de quebra de *affectio societatis*, que se prestou de *causa petendi* para ambas as ações de resolução, constitui título jurídico suficiente para tornar insubsistente o negócio jurídico de natureza comercial pactuado na cláusula c do Acordo de Acionistas?

Resposta: O direito ao *Put Option* inserido no Acordo de Acionistas consubstanciou-se em motivo determinante para o ingresso de X no quadro societário de K, direito esse de natureza individual e patrimonial, dissociado da manutenção da *affectio societatis* entre os acionistas. Constituindo-se em manifestação do direito do acionista de dispor de seus ativos, o direito ao *put* não guarda qualquer relação com o interesse da companhia e, portanto, não se lhe repercute a ruptura da *affectio societatis*. Desse modo, eventual quebra da *affectio societatis* não poderia ensejar a extinção do direito ao *Put Op-*

tion, diante da ausência de correspectividade funcional entre, de um lado, a manutenção do estado de colaboração entre os sócios em torno do interesse da companhia e, de outro, a eficácia dos direitos de natureza econômica. Destaque-se, ainda, que não somente os direitos econômicos são insuscetíveis de ataque por quebra da *affectio*, encontrando-se igualmente em posição de independência no que tange a esta os direitos políticos onerosamente adquiridos para a proteção do investimento realizado, desde que prescindam, para seu exercício, da colaboração entre os acionistas, devendo levar em conta tão-somente o interesse da companhia.

De outra parte, do ponto de vista dogmático, o direito ao *Put Option*, denominado comumente opção de venda, consiste em direito potestativo unilateralmente atribuído ao seu titular. Ao contrário dos direitos subjetivos, ao qual se contrapõe dever jurídico correspondente, sem o qual não há satisfação do seu titular, o direito potestativo independe, para o seu exercício e eficácia, da conduta de outrem.

Em outras palavras, o titular de direito potestativo exerce poder jurídico de maneira unilateral, sendo o responsável único pelas conseqüências jurídicas de sua atuação. Por dispensar o concurso de outro sujeito, o direito potestativo não comporta prestação e, em conseqüência, mostra-se incompatível com as figuras do adimplemento ou inadimplemento (típicas do dever jurídico contraposto ao direito subjetivo).

Desse modo, por ser titular de direito potestativo, o titular do direito ao *put* tem a opção unilateral de vender suas ações, sem o concurso dos demais acionistas, aos quais não se atribui, tecnicamente, qualquer tipo de prestação. Na hipótese em exame, a deflagração do direito potestativo ao *Put Option* condiciona-se unicamente à ocorrência de eventos objetivos previstos no Acordo de Acionistas. Uma vez exercida a opção unilateral de venda, os demais acionistas a esta se submetem, pura e simplesmente, não podendo se eximir de comprar as ações.

Em conseqüência, independentemente de quebra da *affectio societatis* ou da resolução do Acordo de Acionistas por suposto inadimplemento de X, o direito potestativo ao *Put Option* se mantém inalterado, vez que vinculado a fatos meramente objetivos. É o direito potestativo ao *Put Option*, por esta razão, insuscetível de inadimplemento pelo seu titular, pressuposto técnico do conceito de resolução. Ou bem se constituiu validamente — e tal ponto parece aqui incontroverso — ou torna-se o direito potestativo indene à eventual resolução do Acordo de Acionistas.

Para extinguir o direito ao *Put Option*, condicionado, desde sua formação, a circunstâncias puramente objetivas, estranhas à preservação da *affectio societatis*, necessária seria causa originária que maculasse a própria constituição do ajuste, sendo absolutamente irrelevante a posterior ruptura do estado de colaboração entre os sócios, a própria resolução do Acordo de Acionistas, ou mesmo a pretensão de dissolução da sociedade.

Em virtude de tal circunstância, qualquer ato ou omissão que obste o exercício do direito potestativo de X representa (não adimplemento ou inadimplemento deste direito, mas) inadimplemento contratual *tout court* do Acordo de Acionistas por L e por V, por desrespeito a direito potestativo nele contido. Neste caso, a ordem jurídica brasileira autoriza prestação jurisdicional substitutiva daquele ato de submissão de V e L, justamente para assegurar a executoriedade do poder unilateral consensualmente atribuído a X de venda de suas ações.

IRRETROATIVIDADE DO ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS)

IRRETROACTIVITY OF THE AGREEMENT ON TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (TRIPS)

Luís Roberto Barroso

Resumo: Trata-se de comentário acerca de decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou seguimento ao Recurso Especial nº 960.278, interposto pela empresa E. I. Du Pont com o objetivo de prorrogar a patente do herbicida Clorimuron. A empresa alegou, como fundamento, que o prazo de 20 anos estabelecido pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*TRIPS*) e pela Lei nº 9.279/96 — que cuida da matéria de propriedade intelectual no Brasil — poderia ser aplicado ao herbicida. O STJ, todavia, entendeu que essa lei não é retroativa, devendo incidir sobre o produto a Lei nº 5.771/71, vigente à época da concessão da patente em questão. O presente comentário, dessa forma, tem como finalidade demonstrar a irretroatividade daquela lei, corroborando a decisão da Corte, com base no *TRIPS*, na Constituição Federal de 1988 e na legislação interna brasileira.

Palavras-Chave: Patente. TRIPS. Lei nº 9.279/96. Irretroatividade.

Abstract: This commentary is about a decision of the Brazilian Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça* — *STJ*), which

did not acknowledge the Appeal nº. 960.278 filed by E. I. Du Pont Company, with the purpose of extending the patent of Clorimuron herbicide. The company claimed that the period of 20 years determined by the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and Law No. 9279/96 — which concerns the matter of intellectual property in Brazil — may be applied to the herbicide. The STJ, however, understood that this law is not retroactive. Thus, the law applicable to this product would be Law No. 5.771/71, which was in force when the patent was granted. Therefore, the present commentary aims to demonstrate that the 1996 law is not retroactive, confirming the Court's ruling, based on the TRIPS, on the Brazilian Federal Constitution of 1988 and on Brazilian internal legislation.

Key Words: Patent. TRIPS. Law No. 9.279/96. Irretroactivity.

Sumário: Parte I. Interpretação do TRIPS como um tratado internacional. I. Irretroatividade dos tratados e breve nota sobre sua interpretação. II. O prazo de 20 anos para proteção patentária não se aplica às patentes concedidas antes da entrada em vigor do tratado (TRIPS, arts. 70.1 e 70.7). III. O art. 70.2 do TRIPS não autoriza a aplicação retroativa da regra sobre o prazo de proteção patentária. Parte II. Interpretação do TRIPS como parte da ordem jurídica brasileira. IV. Interpretação do TRIPS à luz da Constituição Federal de 1988 IV.1. O privilégio patentário deve ser interpretado estritamente, pois restringe a livre iniciativa e a concorrência. IV.2. O privilégio patentário deve ser interpretado nos termos do art. 5º, XXIX: o desenvolvimento tecnológico já ocorreu e o interesse social milita em favor do domínio público. IV.3. O princípio da segurança jurídica conduz à não aplicação retroativa do TRIPS. V. Interpretação do TRIPS e da Lei nº 9.279/96. Conclusão.

REsp nº 960.728 — Rio de Janeiro

3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.mar.2009, unânime, DJ 15.abr.2009

Ementa: Comercial. Recurso especial. Mandado de segurança. Patentes. Pedido de prorrogação, por mais cinco anos, de patente concedida na vigência da Lei nº 5.772/71, em face da adesão do Brasil

ao Acordo TRIPS. Natureza do Acordo. (...) Quando o STJ acatou, em precedentes anteriores, a prorrogação do prazo de 15 anos previsto na anterior Lei nº 5.771/71 para 20 anos, com base no acordo TRIPS, tomou por premissa necessária um fundamento que não chegou a ser questionado e que está longe de ser pacífico, segundo o qual tal Acordo, no momento de sua recepção pelo Estado brasileiro, passou a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas que tinham em um dos pólos detentores de patentes ainda em curso de fruição. — Em reexame da questão, verifica-se, porém, que o TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. (...) Recurso especial não conhecido.

COMENTÁRIO

A decisão acima trata de recurso especial impetrado pela empresa E.I. Du Pont com o objetivo de estender por mais cinco anos a patente do herbicida Clorimuron, empregado em lavouras de soja e milho. O caso envolve questões afetas à interpretação do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30.12.1994. O acórdão discutiu, dentre outros tópicos, a aplicação ou não das normas do tratado às patentes concedidas antes de sua entrada em vigor no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao prazo de duração do privilégio patentário.

Até a incorporação desse tratado internacional ao direito brasileiro, o prazo de duração do privilégio para patentes de invenção era de 15 (quinze) anos, nos termos do art. 24 da Lei nº 5.772, de 21.12.1971¹, vigente na data da concessão da patente do Clorimuron.

1 Lei nº 5.772/71: “Art. 24. O privilégio de invenção vigorará pelo prazo de quinze anos, o de modelo de utilidade e o de modelo ou desenho industrial pelo prazo de dez anos, todos con-

O art. 33 do TRIPS², entretanto, passou a prever um prazo de 20 (vinte) anos. A recorrente EI Du Pont defendia que tal prazo seria aplicável ao seu produto, o que não foi acatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, uma vez que a patente fora concedida na vigência da antiga lei, em 1983. Em consequência, foi suscitada, além de uma divergência jurisprudencial, a violação aos arts. 33 e 70.2 do acordo e ao art. 40 da Lei nº 9.279/96, norma patentária atualmente em vigor.

A 3ª Turma do STJ, por sua vez, acertadamente entendeu incidir o prazo de 15 (quinze) anos, decidindo pelo não conhecimento do recurso. O presente comentário, em consonância com o entendimento da Egrégia Turma, pretende demonstrar que o novo prazo previsto pelo TRIPS de fato não se aplica às patentes concedidas antes da entrada em vigor do tratado no Brasil. Com esse intuito, o estudo que se segue foi dividido em partes. Na primeira, estará sendo examinado o próprio TRIPS, à luz de seu texto e dos princípios e normas de direito internacional. Na segunda parte, o TRIPS será apreciado como parte da ordem jurídica brasileira. Com efeito, cumprido o ritual para sua internalização, o tratado passa a integrar o sistema de direito positivo doméstico, com a estatura de lei ordinária³. Cabe, portanto, investigar suas relações com as disposições constitucionais e infraconstitucionais relevantes; dentre estas últimas, especialmente, a Lei nº 9.279/96.

tados a partir da data do depósito, desde que observadas as prescrições legais”.

2 TRIPS: “Art. 33. A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito”.

3 Essa é a posição da doutrina majoritária e do STF (DJ 08.ago.2001, ADIn 1480, Rel. Min. Celso de Mello): “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias (...). A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade”.

Parte I — Interpretação do TRIPS como um tratado internacional

I. Irretroatividade dos tratados e breve nota sobre sua interpretação

Os tratados internacionais, como se sabe, são normas produzidas no âmbito da sociedade internacional e seu fundamento é o consenso das partes contratantes⁴. Sua importância cresceu consideravelmente no último século, e tratados e acordos internacionais são freqüentemente empregados como instrumentos da política e do comércio internacionais para potencializar interesses comuns entre os Estados, solucionar conflitos ou manter disputas sob controle.

Independentemente da eficácia de um tratado na ordem interna de um Estado e de sua interpretação nesse ambiente, tema que será tratado mais adiante, o Direito Internacional Público se ocupa de sistematizar princípios de interpretação para os tratados em geral. A Convenção sobre Tratados de Havana, de 1928, ratificada pelo Brasil⁵, e a Convenção sobre Tratados de Viena, de 1969⁶, cuidam do assunto em várias de suas disposições.

Por sua natureza normativa, destinada a disciplinar comportamentos, o tratado compartilha os elementos básicos da hermenêutica jurídica com o direito interno. Assim, a interpretação das disposições de qualquer tratado deverá começar por seu texto e pelo sistema no qual elas estão inseridas. No que diz respeito aos princípios de interpretação, porém, os tratados se aproximam antes dos contratos que das leis, tendo como diretriz fundamental de interpretação a real vontade e intenção das partes⁷.

4 MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 195 e ss..

5 O tratado foi promulgado internamente pelo Decreto nº 18.956, de 22.10.1929.

6 A Convenção sobre Tratados de Viena não foi ratificada pelo Brasil até o momento, mas é uma importante fonte doutrinária além de conter princípios de direito costumeiro.

7 O art. 112 do novo Código Civil (dispositivo similar ao art. 85 do antigo Código Civil) dispõe

Deve-se ter em conta que, na interpretação das leis, o elemento subjetivo ou histórico, consistente na intenção do legislador — a *mens legislatoris* —, não é particularmente prestigiado pela moderna dogmática jurídica. Os atos normativos impostos pela soberania estatal, uma vez vigentes, passam a ter uma existência objetiva — a *mens legis* —, que permite até mesmo a transformação do seu sentido originário⁸. Não é o que ocorre, todavia, com o acordo de vontades do qual nascem os tratados. Nessa hipótese, a compreensão da verdadeira intenção dos contratantes e do contexto histórico e político em que um tratado foi negociado e firmado são fundamentais para o seu intérprete.

Um segundo princípio próprio da interpretação dos tratados relaciona-se com a qualidade das partes contratantes. Por se cuidar, em geral, de pessoas soberanas, entende-se que as normas que veiculam restrições à soberania dos Estados devem sempre ser interpretadas de forma estrita e até mesmo restrita⁹.

Por fim, um elemento comum às normas internas, aos contratos e aos tratados é que, salvo disposição expressa em contrário, também estes não se aplicam retroativamente. Isso é o que prevê o art. 28 da Convenção sobre Tratados de Viena¹⁰ e o que registra taxativa-

exatamente nesse sentido: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 107: “De fato, uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores. Isso é tanto mais verdade quanto mais se distancie no tempo o início de vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*”.

9 MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 244: “4 — Nos casos de tratados que restringem a soberania estatal, ou impõem ônus, é necessária a interpretação restritiva, quando houver dúvida, isto é, predominará a interpretação que impuser menos ônus e restringir menos a liberdade”..

10 Convenção sobre Tratados de Viena, 1969: “Art. 28. A não ser que uma intenção diferente resulte do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, as disposições de um tratado não obri-

mente Celso Albuquerque Mello: “Podemos observar ainda que um tratado não tem efeito retroativo”¹¹.

Estabelecidos os elementos fundamentais para a interpretação dos tratados, cumpre agora examinar o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).

II. O prazo de 20 anos para proteção patentária não se aplica às patentes concedidas antes da entrada em vigor do tratado (TRIPS, arts. 70.1 e 70.7)

Como registrado acima — e confirmado pelo STJ —, a regra geral em matéria de eficácia dos tratados é a de que eles não retroagem. Isto é: do ponto de vista do conflito de normas no tempo, os tratados serão aplicados aos atos ocorridos após sua entrada em vigor. O TRIPS não destoou desse entendimento e incluiu dois dispositivos da maior relevância sobre direito intertemporal: os artigos 70.1 e 70.7¹².

O art. 70.1 estabelece a regra geral na matéria, que impede a aplicação das normas do Tratado a atos ocorridos antes de sua entrada em vigor no Estado contratante. Nessa categoria — de *atos ocorridos* — estão as patentes já concedidas e registradas. Por sua vez, o art. 70.7 procura regular os efeitos do Tratado no caso de direitos que

gam uma parte em relação a um fato ou ato que ocorreu ou a uma situação que deixou de existir, antes da entrada em vigor do tratado, para essa parte”.

11 MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 211.

12 TRIPS: “Art. 70. 1 — Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro. (...) 7 — No caso de direitos de propriedade intelectual para os quais a proteção esteja condicionada ao registro, será permitido modificar solicitações de proteção que se encontrem pendentes na data de aplicação deste Acordo para o Membro em questão, com vistas a reivindicar qualquer proteção adicional prevista nas disposições deste Acordo. Tais modificações não incluirão matéria nova”.

dependam de registro para sua proteção — caso do privilégio patentário¹³ — e cuja solicitação de registro se encontre pendente no momento da entrada em vigor do TRIPS. Nessas hipóteses, será possível alterar o pedido de registro para incluir proteções adicionais previstas no Tratado. Ou seja: o TRIPS previu a regra geral da irretroatividade para atos já ocorridos — como as patentes já concedidas — e uma regra de transição para solicitações de registro pendentes (dentre as quais as que envolvem patentes).

As duas normas acima são as regras gerais do TRIPS em matéria de direito intertemporal e indicam, sem maior dificuldade, que o pedido da EI Du Pont era inviável: o prazo de 20 (vinte) anos introduzido pelo Tratado para a duração do privilégio patentário não se aplica às patentes concedidas antes de sua entrada em vigor.

Avançando das normas gerais para as específicas, cabe examinar ainda o dispositivo que introduziu o prazo de 20 (vinte) anos e que, de acordo com a recorrente, teria sido violado. Trata-se do art. 33 do TRIPS:

Art. 33. A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito. Entende-se que aqueles Membros que não dispõem de um sistema de concessão original podem dispor que o termo de proteção será contado a partir da data do depósito no sistema de concessão original.

Na primeira parte do artigo, como se vê, os contratantes estabeleceram o prazo de 20 anos para a vigência da proteção patentária. Na segunda parte, criou-se uma previsão de direito intertemporal específica para o caso das patentes. Nos termos do dispositivo, os Estados membros que não disponham de um sistema de concessão origi-

13 O privilégio do monopólio, que a patente confere ao seu titular, deriva do registro. Confirmam-se: COELHO, Fábio Ullhoa. *Curso de direito comercial*, vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 139; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 221; e CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 417 e ss..

nal de patentes ***poderão dispor*** que o prazo de proteção de 20 (vinte) anos seja contado a partir da data do depósito em sistema de concessão original, no qual a patente haja sido depositada. Assim, Estados que não ofereciam proteção patentária antes do TRIPS podem dispor que a proteção que passarão a outorgar a tais inventos, no caso das patentes de invenção, durará apenas o tempo remanescente, a partir do depósito original¹⁴.

Em momento algum, porém, o Tratado estabeleceu que suas normas, sobretudo a que ampliou o prazo de proteção para 20 (vinte) anos, deveriam ser aplicadas às patentes já concedidas; muito ao revés, admitiu-se até mesmo a restrição desse prazo, nos termos referidos acima. Pode-se concluir, então, que o prazo de 20 (vinte) anos introduzido pelo art. 33 não se aplica às patentes concedidas pelo Estado contratante antes de sua entrada em vigor.

O voto da Min. Nancy Andrighi, relatora do recurso em comentário no STJ, segue, de certo modo, essa linha de raciocínio. Com efeito, entendeu a Min. Nancy que o objetivo do acordo TRIPS era apenas provocar a uniformização da legislação sobre patentes em todo mundo — não encerrando propriamente uma Lei Uniforme de aplicação literal. Assim, não poderia o TRIPS ter o condão de superar a legislação interna vigente no país, alterando relações jurídicas já constituídas. Sendo assim, até a edição da Lei nº 9.279/96, prevalecia o prazo previsto pela lei de 1971, mesmo porque, ainda de acordo com a ministra, o acordo TRIPS só teria começado a produzir efeitos a partir de 2000 (vide nota de rodapé nº 16).

III. O art. 70.2 do TRIPS não autoriza a aplicação retroativa da regra sobre o prazo de proteção patentária

O art. 70.2 do TRIPS, segundo a empresa El Du Pont, também teria sido violado. O art. 70.2. do TRIPS tem a seguinte redação:

¹⁴ Trata-se aqui das chamadas patentes *pipeline*.

Art. 70. (...) 2 — Salvo disposições em contrário nele previstas, este Acordo, na data de sua publicação para o Membro em questão, gera obrigações com respeito a toda a matéria existente, que esteja protegida naquele Membro na citada data, ou que satisfaça, ou venha posteriormente a satisfazer, os critérios de proteção estabelecidos neste Acordo. Com relação ao presente parágrafo e aos parágrafos 3º e 4º abaixo, as obrigações em matéria de direito do autor relacionadas com obras existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no art. 18 da Convenção de Berna (1971), e as obrigações relacionadas com os direitos dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes em fonogramas existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no art. 18 da Convenção de Berna (1971), na forma em que foi tornado aplicável pelo disposto no parágrafo 6º do art. 14 deste Acordo.

Existem, de fato, controvérsias acerca do sentido do dispositivo transcrito, e há quem sustente que ele determinaria a aplicação do prazo de 20 (vinte) anos às patentes concedidas antes da entrada em vigor do TRIPS. O raciocínio, porém, não parece apresentar qualquer sustentação lógica, e isso por um conjunto de razões.

De início, é importante lembrar que o dispositivo em questão faz parte do mesmo art. 70 e segue o já referido art. 70.1, que é claro em afirmar a irretroatividade da TRIPS. O art. 70.2, por sua vez, ocupa-se de regular a incidência do Tratado não sobre o tempo, mas sim sobre as diferentes *matérias* sujeitas à sua disciplina. Explica-se.

O TRIPS trata de diversas matérias além da questão das patentes, como direitos autorais e marcas. Algumas delas, é bem de ver, sequer recebiam proteção específica nos Estados contratantes. Em muitos casos, nos termos do próprio acordo, tal proteção dependia — e depende — de normas internas de cada Estado. Daí a referência do art. 70.2 ao fato de que o Acordo “*na data de sua publicação para o Membro em questão, gera obrigações com respeito a toda a matéria existente, que esteja protegida naquele Membro na citada data, ou que satisfaça, ou venha posteriormente a satisfazer, os critérios de proteção estabelecidos neste Acordo*”. Tanto é assim que, na seqüência do

mesmo inciso, os contratantes prevêm regras específicas em relação a determinadas *matérias*, como os direitos dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes.

Com efeito, nada sustenta uma interpretação que pretenda compreender a expressão “toda a matéria existente”, empregada pelo art. 70.2, como sinônimo de *patentes já concedidas* ou “atos ocorridos”, locução geral utilizada pelo art. 70.1 (“Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro”), para o fim de se entender que patentes já concedidas antes da entrada em vigor do TRIPS deveriam sofrer influência de suas disposições. Em suma: o art. 70.2. simplesmente não cuida da questão envolvendo a incidência das normas do tratado sobre atos já ocorridos, e sim o art. 70.1.

De toda sorte, ainda que se deseje vislumbrar no art. 70.2 uma norma que regule a aplicação do TRIPS no tempo, não seria possível concluir no sentido de que o dispositivo autoriza a aplicação do prazo de 20 (vinte) anos às patentes já concedidas, e isso por duas razões bastante simples.

Em primeiro lugar, em ponto algum o art. 70.2 faz essa afirmação — seria preciso um raciocínio complexo e, na verdade, tortuoso, para extrair do dispositivo esse comando normativo. Por outro lado, o art. 70.1 é claro ao excluir a aplicação do prazo de 20 (vinte) anos às patentes concedidas anteriormente à vigência do TRIPS. O art. 70.7 é igualmente nítido em autorizar, para os pedidos de patentes *pendentes*, e apenas para estes, os benefícios previstos pelo Acordo, inviabilizando qualquer pretensão nesse sentido quanto a patentes já concedidas. O art. 33 também coloca na disposição do Estado contratante que não dispusesse de sistema original de proteção a possibilidade de regular aspectos da incidência no tempo do prazo em exame, em nenhum momento autorizando ou impondo sua aplicação retroativa.

Ora, o intérprete incorreria em grave erro técnico se compreendesse isoladamente um dispositivo obscuro (*na verdade, ele só*

se torna obscuro quando se procura nele conteúdo diverso do que ele veicula) em oposição a um sistema lógico, claro e direto do qual ele faz parte. E procurar extrair do art. 70.2 que o prazo de 20 (vinte) anos previsto pelo TRIPS aplica-se a patentes anteriores é inconsistente com todo o sistema previsto pelo próprio TRIPS.

Em segundo lugar, o tratado internacional é um contrato firmado entre pessoas soberanas e a intenção dos contratantes, bem como o contexto no qual ele foi firmado, é fundamental para sua interpretação. Como é notório, a Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, na qual foi negociado o TRIPS, foi marcada por graves disputas entre alguns países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos, e os países em desenvolvimento. Enquanto aqueles pretendiam a proteção mais ampla possível da propriedade intelectual em suas variadas formas, os países em desenvolvimento viam com reservas a amplitude desses direitos¹⁵.

Dessa forma, a aprovação do TRIPS representou um avanço na proteção da propriedade intelectual, pois foi capaz de construir consenso em relação a princípios gerais e a algumas regras básicas; porém, não muito mais que isso. Da leitura do Tratado é fácil perceber que muito foi deixado a cargo da regulamentação de cada país¹⁶. E um dos meios pensados para viabilizar o consenso foi a previsão de vários mecanismos pelos quais os Estados poderiam adiar o momento da entrada em vigor do TRIPS em suas ordens internas¹⁷.

15 JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES JR., Alan O.. *Legal Problems of International Economic Relations*. Minnesota: Thomson West Group Publishing, 2002, p. 927.

16 Confirmam-se alguns dos dispositivos do TRIPS nesse sentido: arts. 1.1, 8.1, 14.6, 21, 22.2, 23.1, 23.2, 23.3, 25.1, 25.2, 26.2, 27.2, 30, 40.2, e 41.1.

17 Confirmam-se os arts. 27.3, 65.1, 65.2, 65.3, 65.4, e 66.1 do TRIPS. Cabe transcrever o art. 65.2, muito discutido no caso em comento: "Art. 65: (...) 2 — Um país em desenvolvimento Membro **tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo**, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5º. **O parágrafo 2º, como explicitado pela relatora, concede um direito aos países em desenvolvimento. Assim, contrariando decisões anteriores do STJ, inclusive de sua relatoria, a Min. Nancy Andriighi concluiu que o silêncio do legislador não pode ser entendido como a recusa desse direito e, dessa forma, o Brasil teria adotado essa prorrogação de**

Pois bem. Diante desse quadro, considerando as circunstâncias da negociação do TRIPS, não há qualquer consistência em procurar extrair de um dispositivo isolado, que não prevê norma de direito intertemporal, efeitos retroativos sobre o prazo de duração das patentes. Parece evidente que linha de interpretação nesse sentido, além de violar o texto e o sistema normativo do TRIPS, ignora a intenção dos contratantes e todos os demais elementos que pacificamente se consideram importantes para a interpretação dos tratados.

Parte II — Interpretação do TRIPS como parte da ordem jurídica brasileira

IV. Interpretação do TRIPS à luz da Constituição Federal de 1988

Como visto acima, o caso em questão é perfeitamente resolvido pelo exame do TRIPS, ainda considerado exclusivamente como ato de direito internacional. No momento em que ele é internalizado, no entanto, o acordo passa a fazer parte do sistema jurídico brasileiro e sua interpretação receberá os influxos desse novo ambiente. Como qualquer outra norma, também o TRIPS está submetido à Constituição e, ainda, às demais normas infraconstitucionais.

Já se deixou registrado que a interpretação do tratado é bastante clara no sentido de não admitir a aplicação retroativa da regra que previu o prazo de 20 (vinte) anos para a proteção patentária, de modo a incidir sobre patentes já concedidas. Entretanto, supondo-se que o art. 70.2 do TRIPS sugerisse a aplicação retroativa e que, portanto, haveria ambigüidade ou dúvida sobre a interpretação adequada, a seguir será apresentada a solução desse conflito aparente à luz do que dispõe a Constituição. Como se sabe, há normas constitucionais tanto sobre a disciplina das patentes, como sobre a aplicação das

4 anos. Sendo assim, o tratado não seria aplicável à época da expiração da patente do herbicida (grifos do autor) (1998), uma vez que seus efeitos só teriam se iniciado em 2000.

normas no tempo. Com base nisso, será demonstrado que, além de correta do ponto de vista do TRIPS, a decisão do STJ é a única compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

IV.1. O privilégio patentário deve ser interpretado estritamente, pois restringe a livre iniciativa e a concorrência

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica brasileira tem como fundamentos a livre iniciativa (também um fundamento do Estado de forma geral¹⁸) e a livre concorrência. A mesma Constituição determinou ao Poder Público a repressão do abuso do poder econômico, particularmente quando visasse a eliminação da concorrência¹⁹.

O monopólio, por inferência lógica direta, é a negação da livre concorrência e da livre iniciativa. Em um regime monopolístico (legal ou não), apenas uma pessoa pode ou está autorizada a desenvolver determinada atividade. De um lado, outros interessados em explorar aquela empresa estão impedidos de fazê-lo; sua iniciativa, portanto, sofre restrição nesse particular. De outro, todos os consumidores (*lato sensu*) daquele bem estarão à mercê do único fornecedor existente; todos os benefícios da livre concorrência — competição e disputa pelo mercado, gerando contenção de preços e aprimoramento da qualidade — ficam prejudicados em um regime monopolista.

18 CF/88: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV — os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa*.”

19 Confirmam-se os dispositivos constitucionais pertinentes: “Art. 170. 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; (...) Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;”.

Desse modo, a aplicação direta e exclusiva dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência baniria da ordem econômica brasileira qualquer forma de monopólio. O raciocínio é correto quando se trabalha apenas com as premissas apontadas. Entretanto, o sistema não é assim tão simples.

Em atenção a outros interesses e valores que considerou relevantes, a Constituição conferiu ao Estado atuação monopolística em determinados setores da economia²⁰. Trata-se naturalmente de uma exceção radical ao regime da livre iniciativa, e por isso mesmo a doutrina entende que apenas o poder constituinte pode criar monopólios estatais, não sendo possível instituir novos monopólios por ato infraconstitucional²¹. A lógica no caso do privilégio patentário é a mesma. Em atenção a outros interesses considerados importantes, a Constituição previu a patente, uma espécie de monopólio temporário, como um direito a ser outorgado aos autores de inventos industriais²².

É pacífico na doutrina nacional e estrangeira que a patente, isto é, o privilégio de exploração monopolística que ela atribui, consiste em um instrumento destinado a equilibrar interesses²³. Se, após

20 O monopólio das atividades relacionadas a minérios e minerais nucleares é absoluto (art. 177, I a V), mas no que diz respeito às que envolvem petróleo, a União, embora detendo o monopólio, poderá contratar empresas estatais ou privadas (art. 177, § 1º).

21 Esse é entendimento tranqüilo da doutrina. Vide COMPARATO, Fábio Konder. *Monopólio público e domínio público in Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 149; DE DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p. 441; e EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 194, p. 63, 1993. Em igual sentido, BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Temas de direito constitucional*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar.

22 CF/88: “Art. 5º. XXXIX — 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 de empresas e a outros signos distintivos, tendo em conta o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”.

23 DE OLIVEIRA, Viviane Perez. *Exploração patentária e infração à ordem econômica*. Monografia de conclusão de curso de Pós-graduação em Direito da Economia e da Empresa — FGV (mimeografado).

divulgada uma invenção, qualquer pessoa pudesse apropriar-se da idéia e explorar por si mesma suas utilidades industriais ou comerciais, pouco estímulo haveria tanto para a invenção como para a divulgação dos inventos e, provavelmente, a sociedade seria privada de bens capazes de promover o desenvolvimento e elevar a qualidade de vida das pessoas. Modernamente, o período de exploração da patente é, acima de tudo, o mecanismo pelo qual as empresas que se dedicam à invenção podem recompor os investimentos feitos em cada projeto.

Por outro lado, conferir monopólio a um agente privado, ainda que por tempo determinado, sempre restringirá a livre iniciativa dos demais indivíduos. Alguém que tenha desenvolvido a mesma idéia de forma totalmente autônoma não poderá usufruir os benefícios dela enquanto perdurar a patente. A patente cria também uma área de não-concorrência dentro da economia, sujeitando a sociedade ao risco de abusos que, a experiência tem demonstrado, costumam acompanhar o regime de monopólios²⁴.

24 Essa oposição de interesses, própria do instituto da patente, tem sido registrada pela doutrina. V. CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 464: "A lei positiva considera o direito do inventor como uma propriedade temporária e resolúvel, garantida pela concessão da patente, que assegura ao inventor o direito de explorar a invenção, de modo exclusivo, durante certo prazo, considerado suficiente para lhe permitir que retire de sua criação os proveitos materiais que possa proporcionar. Findo esse prazo, a invenção cai no domínio público, podendo, desde então, ser livremente usada e explorada. Assim se conciliam, de modo justo e eqüitativo, os direitos do inventor sobre a obra e os interesses da coletividade relativos à utilização das invenções". Vide ainda DOMINGUES, Douglas Gabriel. A propriedade industrial na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, São Paulo, nº 304, p. 76, out./dez. — 1988. No mesmo sentido, também os autores estrangeiros sublinham a oposição entre o interesse social no desenvolvimento econômico e as distorções geradas pelo monopólio. V. JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES JR., Alan O.. *Legal Problems of International Economic Relations*. Minnesota: Thomson West Group Publishing, 2002, p. 922: "Patentes são amplamente consideradas essenciais, ao menos sob certas circunstâncias, para proporcionar incentivos adequados para a inovação. (...)Uma vez existindo uma invenção, é desejável, sob iguais circunstâncias (como, por exemplo, o nível de atividade inventiva), que ela fique disponível para todos os que queiram pagar o preço de sua utilização. Nada obstante, o titular da patente freqüentemente se beneficia de um poder monopolista e tenderá a cobrar o preço dele decorrente enquanto durar a patente,

Essa oposição de interesses deixa claro que o monopólio concedido ao titular da patente é um privilégio atribuído pela ordem jurídica, que excepciona os princípios fundamentais da ordem econômica previstos pela Constituição. Desse modo, sua interpretação deve ser estrita, não extensiva²⁵.

Diante do exposto, resolve-se facilmente a suposta dúvida acerca da interpretação do TRIPS, no que diz respeito ao prazo de duração das patentes conferidas antes de sua entrada em vigor. Entre 15 (quinze) anos, nos termos da Lei nº 5.772/71, diploma contemporâneo à concessão da patente do caso em questão, e 20 (vinte) anos, produto de uma exegese altamente questionável dos arts. 33 e 70.2 do TRIPS, o intérprete deve optar pelo primeiro, alternativa que restringe com menor intensidade os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira.

Alguém ainda poderia argumentar, contra o que se acaba de expor, que os princípios que justificam o privilégio patentário, também de estatura constitucional, poderiam conduzir a conclusão diversa. Este é o tema do tópico seguinte.

IV.2. O privilégio patentário deve ser interpretado nos termos do art. 5º, XXIX: o desenvolvimento tecnológico já ocorreu e o interesse social milita em favor do domínio público

O principal interesse que sustenta a existência de patentes é a

assim introduzindo a distorção da fixação monopolista de preços na economia” (tradução livre).

25 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980, pp. 227, 234 a 237. Na jurisprudência do STF, A interpretação estrita de normas de exceção é tema pacífico: “(...) A exceção prevista no parágrafo 5º do artigo 29 do ADCT ao disposto no inciso IX do artigo 129 da parte permanente da Constituição Federal diz respeito apenas ao exercício da advocacia nos casos ali especificados, e, por ser norma de direito excepcional só admite interpretação estrita, não sendo aplicável por analogia, e portanto, não indo além dos casos nela expressos, nem se estendendo para abarcar as conseqüências lógicas desses mesmos casos, (...)”. (STF, DJ 28.jun.1991, ADIn 41/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, por meio do estímulo à invenção e à divulgação das invenções²⁶. A Constituição, como se sabe, abriu capítulo específico sobre o tema²⁷ e em seu artigo 5º, inciso XXIX, apresentou os dois fins que orientam o regime patentário: o *interesse social* e o *desenvolvimento tecnológico e econômico do país*²⁸.

Pois bem. No momento em que uma patente é concedida, os inventos correspondentes tornam-se públicos e podem ser explorados comercialmente sob regime de monopólio pelo prazo legal. Ou seja: os inventos protegidos pelas patentes concedidas antes da entrada em vigor do TRIPS já foram tornados públicos há tempos e têm beneficiado a sociedade desde então. O interesse social que resta atender é o que pretende o fim do monopólio patentário, para que o bem ingresse no domínio público e se introduza a livre concorrência também nesse setor da economia.

É fácil notar que atribuir a tais patentes um prazo maior do que o outorgado quando de sua concessão não agrega valor algum ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país, atendendo apenas ao interesse individual do titular da patente. Note-se que o prazo de 15 (quinze) anos, em vigor à época da concessão da patente do herbicida do caso em comento, funcionou como estímulo sufi-

26 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 145: “Um dos fatores mais importantes para o crescimento econômico da nação é o desenvolvimento tecnológico. Com efeito, é a constante criação e descoberta que permitem não só a produção de artefatos com utilidades absolutamente insuspeitadas no passado, como também a produção de artigos já conhecidos, por métodos menos custosos e menos laboriosos. Tudo isto colabora para o aumento do nível de vida do povo e conseqüentemente do estágio de desenvolvimento econômico da nação. (...) Nada disto poderia ser feito se não fosse assegurado ao detentor do invento um privilégio de exploração econômica, com exclusividade, durante certo lapso de tempo”.

27 Capítulo IV do Título III: “Da Ciência e Tecnologia”, composto dos arts. 218 e 219.

28 CF/88: “Art. 5º. XXIX — 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 de empresas e a outros signos distintivos, tendo em conta o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”.

ciente ao desenvolvimento tecnológico, tanto assim que os inventores registraram seus inventos, estando certos que, nesse período, recuperariam, com sobra, o capital investido.

Dessa forma, também sob a perspectiva dos interesses que constitucionalmente dão fundamento ao privilégio patentário, nada há que justifique a aplicação retroativa do prazo de 20 (vinte) anos introduzido pelo TRIPS, de modo a atingir as patentes concedidas antes de sua entrada em vigor.

Ainda na esfera constitucional, há outro princípio — o da segurança jurídica — que, por motivos diversos, também impede a aplicação retroativa do TRIPS. É sobre ele que se passa a tratar.

IV.3. O princípio da segurança jurídica conduz à não aplicação retroativa do TRIPS

A segurança jurídica é um dos propósitos gerais do Direito, ao lado da justiça, e um princípio implícito da Constituição, manifestado em um conjunto de dispositivos, como os que prevêm a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) e o princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III), dentre outros. Consiste, em resumo, na soma de “condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”²⁹.

Um dos corolários diretos da segurança jurídica é o princípio da irretroatividade das leis. Por ele se quer significar que, como regra geral, a lei nova não retroagirá para atingir atos praticados antes de sua vigência e nem interferirá com os efeitos desses atos,

29 VANOSSE, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba, 1982, p. 30.

ainda que eles só venham a terminar de produzir-se já sob o império da nova lei³⁰.

O princípio da irretroatividade, porém, não é absoluto em toda a sua extensão. A CF de 1988 não lhe conferiu *status* constitucional, vedando apenas — mas aqui de forma absoluta — que a lei possa afetar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada³¹. Afora essas hipóteses, a doutrina admite que se possa excepcionar a irretroatividade, mas para isso exige-se sempre norma explícita, como registra Washington de Barros Monteiro:

Saliente-se, todavia, que a retroatividade é exceção e não se presume. Deve decorrer de determinação legal expressa e inequívoca, embora não se requeiram palavras sacramentais. Não há retroatividade virtual ou inata, nem leis retroativas por sua própria índole³².

Apenas por essa razão já se poderia afastar a pretensão de aplicar retroativamente o TRIPS, pois não se vislumbra em seu texto qualquer referência explícita que indique a intenção de produzir uma incidência retroativa. E nem se diga que a norma que amplia o prazo do monopólio patentário, por ser mais benéfica — ao titular da patente, é bem de ver —, deveria retroagir. Em primeiro lugar, a própria afirmação de que a norma em questão é mais benéfica é profundamente questionável. Como já se viu, o instituto da patente repercute sobre uma série de outros interesses, além dos próprios de seu titular. A ampliação do prazo do monopólio beneficiaria o titular do privilé-

30 Nesse sentido, MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição brasileira*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 49; e DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 435: “*Importante condição de segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída*”.

31 CF/88: “Art. 5º. XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

32 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 32.

gio, é verdade, mas prejudicaria e restringiria ainda mais os outros interesses envolvidos.

Ademais, a única autorização constitucional de retroação benéfica automática se relaciona com as normas de caráter punitivo³³, que veiculam, na esfera penal ou administrativa, o poder sancionatório do Estado³⁴. Não é esse o caso aqui, por evidente³⁵.

Por fim, resta um último aspecto relacionado com a segurança jurídica: a estabilidade das relações e a previsibilidade das condutas. Explica-se. Quando um pedido de patente é formulado, publicam-se as características do invento e os detalhes de sua fabricação³⁶, a fim

33 CF/88: “Art. 5º. XL — a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

34 Vejam-se, sobre o tema: HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo — Seleção Histórica 1945-1995, Rio de Janeiro; CAVALCANTI, Themistocles. *Direito e processo disciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 179; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 22, 1993; PEREIRA, Milton Luiz. Direito penal administrativo. *Genesis*, Curitiba, v. 2, n. 5, p. 334-338, jun./1995.; DE BARROS JÚNIOR, Carlos S.. *Poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 46, 1972; e FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 157.

35 Em várias ocasiões o STF já se manifestou no sentido de que normas que outorgam direitos mais amplos aos indivíduos — não relacionados com temas de direito punitivo — não se aplicam a situações constituídas anteriormente, a não ser que haja previsão explícita. V. STF, DJ 13.out.98, RE 212060, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF, DJ 12.nov.99, RE 218467, Rel. Min. Ilmar Galvão.

36 Lei nº 9.279/96: “Art. 30. O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 (dezoito) meses contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver, após o que será publicado, à exceção do caso previsto no art. 75. § 1º A publicação do pedido poderá ser antecipada a requerimento do depositante. § 2º Da publicação deverão constar dados identificadores do pedido de patente, ficando cópia do relatório descritivo, das reivindicações, do resumo e dos desenhos à disposição do público no INPI. § 3º No caso previsto no parágrafo único do art. 24, o material biológico tornar-se-á acessível ao público com a publicação de que trata este artigo”. Semelhante disposição já constava da Lei nº 5.772/71, art. 18: “O pedido de privilégio será mantido em sigilo até a sua publicação, a ser feita depois de dezoito meses, contados da data da prioridade mais antiga, podendo ser antecipada a requerimento do depositante. § 1º O pedido do exame deverá ser formulado pelo depositante ou qualquer interessado, até vinte e quatro meses contados da publicação a que se refere este artigo, ou da vigência desta lei, nos casos em andamento. § 2º O pedido de privilégio será considerado definitivamente retirado se não for requerido o exame no prazo previsto. § 3º O relatório descritivo, as

de averiguar sua efetiva novidade e se eventuais direitos de propriedade industrial não são atingidos em qualquer etapa da fabricação³⁷. Divulgado o invento e concedida a patente, potenciais concorrentes passam a ter ciência da nova técnica e desenvolvem o legítimo interesse de vir a explorá-la ao termo do monopólio legal. Lembre-se que o objetivo final do regime patentário é o desenvolvimento tecnológico, melhor alcançado se, ao fim do período de privilégio, houver competição. Por outro lado, a exploração industrial de qualquer bem demanda investimentos prévios em plantas adequadas, em maquinário, em aparelhagem em geral e mesmo em especialização ou contratação de pessoal. Tais investimentos, a seu turno, são por natureza de longo prazo e fundam-se em decisões econômicas lastreadas na confiança da estabilidade das normas, expressão do princípio fundamental da segurança jurídica³⁸.

Estender indevidamente o prazo legal da patente seria frustrar os legítimos interesses dos concorrentes potenciais, atentando contra o princípio da segurança jurídica e tornando inócuos os investimentos financeiros já efetuados, em prejuízo de toda a sociedade³⁹. As-

reivindicações, os desenhos e o resumo não poderão ser modificados, exceto: a) para retificar erros de impressão ou datilográficos; b) se imprescindível, para esclarecer, precisar ou restringir o pedido e somente até a data do pedido de exame; c) no caso do artigo 19, § 3º”.

37 Sobre o tema, V. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 158: “A publicação é o ato que dá aos interessados a notícia da existência do pedido de concessão de direito industrial. Trata-se de providência indispensável para a tramitação do processo administrativo. De fato, é necessário que todos os empresários, inventores e demais pessoas interessadas possam ter conhecimento preciso e detalhado da reivindicação, para defender seus interesses”.

38 RIZZARDO, Arnaldo. Limitações no direito adquirido. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, v. 20, nº 59, p. 63, nov./1993: “É que as relações interpessoais, e máxime as de fundo econômico, exigem uma certa firmeza na estrutura legal de um país, sem o que inexistiria a necessária segurança exigida para a normalidade e o desenvolvimento das riquezas”.

39 Nesse sentido, aliás, já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (DJ 09.set.2002, AMS 99.02.02703-2, Rel. Juiz Guilherme Couto): “PROPRIEDADE INDUSTRIAL — PATENTE — PRORROGAÇÃO DO PRIVILÉGIO. Carece de fundamento o pedido de ampliação do prazo de vigência de patente, deferida com validade de quinze anos, para estendê-la por mais cinco anos, sob o argumento que a lei atual confere privilégios maiores, com duração de

sim, também por essas razões, a aplicação retroativa do TRIPS a patentes concedidas antes de sua entrada em vigor importaria não apenas afetar direitos e interesses legítimos, como também interferir com a previsibilidade das condutas, afetando gravemente o princípio da segurança jurídica.

V. Interpretação do TRIPS e a Lei nº 9.279/96

Quando o TRIPS foi assinado pelo Brasil, aprovado pelo Congresso e promulgado pelo Presidente da República, encontrava-se sob a análise do Senado Federal o Projeto de Lei nº 115/93, oriundo da Câmara dos Deputados, que veiculava proposta de uma nova lei de patentes. Diante da entrada em vigor do TRIPS, o então relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça, Senador Ney Suassuna, requereu a prorrogação do prazo para apresentar seu relatório final, justamente a fim de adaptar a nova lei às disposições do TRIPS. Confira-se o pronunciamento do Senador-relator:

Sr. Presidente, Sr^{as} e Srs. Senadores, recebi o encargo de relatar o Projeto de Lei da Câmara nº 115/93, que trata da Lei de Patentes. (...) S. Ex^a não tinha maiores problemas no relato e havia marcado a data do dia 18 do corrente para fazê-lo. Ocorre que, nesse interim, foi aprovado nesta Casa o acordo do GATT, com reflexos para o desenvolvimento do País, tanto no que se refere à economia interna quanto à externa. O GATT, com toda certeza, traz vantagens, mas também muitas restrições aos países em desenvolvimento. (...) É preciso, portanto, que nos debruçemos na análise, item por item, das repercussões desse acordo, que coube ao Senado apenas homologar, com repercussões acentuadas na nossa economia. (...) Por essa razão, Sr.

vinte anos. Nada existe no 'Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio', vulgarmente conhecido como TRIPS, que autorize a ampliação. Pedido que abala as expectativas empresariais legítimas, de explorar invento ou modelo que cairá em domínio público. Impossível ampliar a exclusividade, que apenas pode ser concedida com base em lei. O artigo 70.2 do TRIPS não tem o alcance que se lhe quer conferir. Apelo desprovido".

Presidente, Sr^{as} e Srs. Senadores, solicito que não mais seja o dia 18 a data de relato desse projeto. Acredito mesmo que o tempo correrá a nosso favor. Pretendemos realizar, com todo comedimento, novas reuniões das áreas interessadas, a fim de que o nosso País possa tirar a maior vantagem possível dessa Lei de Patentes e usar tudo o que seja possível para neutralizar os itens que nos são negativos no acordo do GATT⁴⁰.

De fato, a nova lei brasileira de propriedade industrial incorporou, e em alguns pontos ampliou, institutos previstos no TRIPS, dentre os quais o prazo de proteção das patentes não inferior a 20 (vinte) anos⁴¹. Além de incorporar o *standard* mínimo do TRIPS, a Lei nº 9.279/96⁴² procurou adequar as normas do Tratado ao sistema jurídico brasileiro, nos termos, aliás, do próprio artigo 1.1 do TRIPS⁴³.

40 Pronunciamento do Senador Ney Suassuna em 11.01.1995, publicado no DCN2 de 12.01.1995. A preocupação de inserir as normas do TRIPS na legislação patentária nacional pode ser observada, ainda, nos pronunciamentos de outros senadores durante a discussão do referido projeto de lei, como Eduardo Suplicy, José Ignácio Ferreira e Fernando Bezerra.

41 Lei nº 9.279/96: “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

42 Quanto às regras de transição, a Lei nº 9.279/96 reproduziu o que previa o TRIPS, como se vê de seus artigos 229 e 235: “Art. 229. Aos pedidos em andamento serão aplicadas as disposições desta Lei, exceto quanto à patenteabilidade dos pedidos depositados até 31 de dezembro de 1994, cujo objeto de proteção sejam substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos ou substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação e cujos depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos arts. 230 e 231 desta Lei, os quais serão considerados indeferidos, para todos os efeitos, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (...) Art. 235. É assegurado o prazo em curso concedido na vigência da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971”.

43 TRIPS: “Art. 1.1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste

A compreensão do legislador nacional sobre o TRIPS, quanto à sua incidência no tempo, corresponde a tudo o que já se expôs até aqui. Daí a clareza do art. 235 da Lei nº 9.279/96 em afirmar que o novo prazo previsto pelo TRIPS não se aplica às patentes já concedidas, que continuam a reger-se pelo prazo da Lei nº 5.772/71. Apenas aos pedidos em andamento — como autoriza o art. 70.7 do TRIPS — poderiam ser aplicadas as previsões da nova lei, como registra o art. 229 transcrito acima. A data de 31.12.94, mencionada no artigo, corresponde à data da publicação do Decreto nº 1.355, que promulgou o TRIPS. Maria Margarida Rodrigues Mittelbach publicou artigo exatamente sobre a questão, no mesmo sentido do que se acaba de afirmar, como se vê do trecho que se segue:

Muito ao revés, a propósito dos prazos das patentes que ainda se achavam em curso no momento de sua entrada em vigor, a nova Lei de Propriedade Industrial apontou claramente no sentido de sua irretroabilidade, ao determinar no artigo 235, *verbis*:

‘Art. 235. É assegurado o prazo em curso concedido na vigência da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.’

Reforça a vontade do legislador também a norma geral do artigo 229 da Lei nº 9.279/96, onde é claramente explicitado serem aplicáveis as disposições da nova lei aos pedidos em andamento.

Tal entendimento, aliás, só vem a realçar a conclusão, inafastável, da impossibilidade de fazer retroagir a lei nova para estender a validade de patente já concedida anteriormente⁴⁴.

E na mesma linha decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao examinar especificamente a interpretação do artigo 235 da Lei nº 9.279/96, *verbis*:

Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos”.

44 MITTELBAACH, Maria Margarida Rodrigues. A controvérsia sobre a extensão do prazo das patentes. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial*, Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Paineis 5, 1998, p. 121.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CASSAÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO ANTERIORMENTE CONCEDIDO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NORMA INCIDENTE DO ARTIGO 235, DA LPI.

- O objeto do presente agravo diz respeito ao indeferimento de antecipação de tutela, na qual pretendia a APV INTERNACIONAL LIMITED a declaração judicial do prazo de validade por 20 (vinte) anos da patente PI 8407032-3, e a conseqüente cientificação, por parte do INPI, mediante publicação na Revista da Propriedade Industrial, de que a patente se achava sub judice, no que respeita ao seu prazo de validade, continuando, assim, em pleno vigor. (...)

- Aparentemente, existia um conflito de normas relativas ao prazo de validade das patentes solicitadas pela empresa agravante. Requeridas sob a égide do Código da Propriedade Industrial anterior — Lei nº 5.772/71 — o prazo seria de 15 (quinze) anos. Ocorre, porém, que com a promulgação da Lei nº 9.279/96 — nova Lei de Propriedade Industrial — o prazo teria passado a ser de 20 (vinte) anos, na forma do seu artigo 40.

- Incidência da norma do artigo 235, da mesma LPI, o qual determina que o prazo em curso de validade das patentes concedidas na vigência da Lei anterior — 5.752/71 — é de 15 (quinze) anos contados da data do depósito.

- Precedentes deste tribunal.

- Agravo a que se nega provimento, por unanimidade⁴⁵.

Como se vê, nada noticia que o legislador brasileiro tivesse pretendido modificar o TRIPS quanto à sua aplicação no tempo. Ao contrário, todas as manifestações transcritas dão conta de que o objetivo da nova lei foi exatamente não destoar minimamente do que previa o Tratado, regulamentando os pontos que o próprio TRIPS remeteu à disciplina interna. Na verdade, o que a Lei nº 9.279/96 fez foi apenas interpretar o próprio TRIPS no sentido de sua aplicação não retroativa.

45 TRF 2ª Região, DJ 05.jun.2001, AGR 1999.02.01.035428-4, Rel. Des. Ricardo Regueira.

Conclusão.

De tudo o que se expôs até aqui, pode-se concluir que as regras do TRIPS não são retroativas (art. 70.1) e que o art. 70.2, cuja aplicação teria sido violada, não contém regra de direito temporal, e, assim, não deve ser aplicado ao caso. De qualquer maneira, se assim não fosse, a regra seria inconstitucional, pois o *privilégio* patentário, por importar em uma espécie excepcional de monopólio, deve ser interpretado de modo estrito, inclusive, e sobretudo, por força dos princípios constitucionais da livre iniciativa e do livre comércio. No caso concreto, o *desenvolvimento tecnológico* que devesse ocorrer já ocorreu — tanto que foi concedida a patente —, e, portanto, cabe voltar o foco para o *interesse social*. E este se encontra, inequivocamente, na não prorrogação do privilégio.

Ademais, o princípio constitucional da segurança jurídica não apenas restringe a aplicação retroativa das normas como também resguarda a estabilidade das relações e a previsibilidade das condutas. A extensão do prazo da patente frustra os legítimos interesses dos concorrentes potenciais, inclusive e especialmente os que tenham feito investimentos fundados nas normas em vigor, tal como interpretadas pelos órgãos competentes para sua aplicação. Por fim, a Lei nº 9.279/96, que incorporou à legislação patentária nacional regras e institutos previstos no TRIPS, deu à questão de direito intertemporal a mesma solução contida no tratado, admitindo a aplicação da lei nova somente aos pedidos em andamento.

Assim, pelo conjunto de razões apresentadas, as proteções patentárias outorgadas sob a vigência da Lei nº 5.772/71, pelo prazo de quinze anos, não estão nem poderiam estar sujeitas à incidência do TRIPS nem tampouco da Lei nº 9.279/96. Como conseqüência, a pretensão da prorrogação do prazo da patente do herbicida Clorimun não tem fundamento legal, nem corresponde à interpretação constitucionalmente adequada. Diante disso, agiu corretamente o STJ na decisão ora comentada.

RECURSO ESPECIAL Nº 960.728 — RJ (2007/0134388-8)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: E. I. DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY

ADVOGADO: JACQUES LABRUNIE E OUTRO(S)

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI

PROCURADOR: ANDRÉ LUIZ B ÂNCORA DA LUZ E OUTRO(S)

ASSISTENTE: NORTOX S/A

ADVOGADOS: PIERRE MOREAU E OUTRO(S)

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

EMENTA

Comercial. Recurso especial. Mandado de segurança. Patentes. Pedido de prorrogação, por mais cinco anos, de patente concedida na vigência da Lei nº 5.772/71, em face da adesão do Brasil ao Acordo TRIPS. Natureza do Acordo. Exame das cláusulas relativas às possíveis prorrogações de prazo de vigência do TRIPS para os países em desenvolvimento e das discussões legislativas no Congresso brasileiro durante a adesão ao Acordo.

- Quando o STJ acatou, em precedentes anteriores, a prorrogação do prazo de 15 anos previsto na anterior Lei nº 5.771/71 para 20 anos, com base no acordo TRIPS, tomou por premissa necessária um fundamento que não chegou a ser questionado e que está longe de ser pacífico, segundo o qual tal Acordo, no momento de sua recepção pelo Estado brasileiro, passou a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas que tinham em um dos pólos detentores de patentes ainda em curso de fruição.

- Em reexame da questão, verifica-se, porém, que o TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi

editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção.

- O argumento de que o Brasil não demonstrou interesse em fazer valer o prazo extra de quatro anos, como Nação em desenvolvimento, para aplicação do TRIPS desconsidera a existência de dois prazos de carência no corpo do Acordo, pois é nítida a diferença entre as redações dos §§ 2º e 4º do art. 65. Com efeito, o § 2º, quando cria o prazo geral de aplicação de cinco anos (na modalidade 1 + 4) fala expressamente que tal prazo é um direito do Estado em desenvolvimento; porém, ao tratar do segundo prazo adicional, no § 4º, a redação muda substancialmente, estando ali consignado que um Estado nas condições do Brasil “poderá adiar” a aplicação do Acordo em alguns pontos por mais 5 anos. A segunda ressalva é uma mera possibilidade, ao contrário da primeira.

- O Brasil, conforme demonstram as transcrições das discussões legislativas juntadas aos autos, abriu mão do segundo prazo especial e facultativo de mais cinco anos constante no art. 65.4, prazo esse destinado à extensão da proteção a setores tecnológicos ainda não protegidos pelas antigas Leis de Patentes; mas não do primeiro prazo, porque, em relação a este e pelos próprios termos do Acordo, qualquer manifestação de vontade era irrelevante.

- Em resumo, não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 960.728 — RJ (2007/0134388-8)

RECORRENTE : E I DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY

ADVOGADO : JACQUES LABRUNIE E OUTRO(S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI

PROCURADOR : ANDRÉ LUIZ B ÂNCORA DA LUZ E OUTRO(S)

ASSISTENTE : NORTOX S/A

ADVOGADO : PIERRE MOREAU E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Recurso especial interposto por E I DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY contra acórdão proferido pelo TRF-2ª Região.

Ação: mandado de segurança, impetrado pela ora recorrente em face de ato apontado praticado pelo INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL — INPI, consistente na negativa de prorrogação, por mais cinco anos, do prazo de patente concedida na

vigência da Lei nº 5.772/71. A prorrogação foi requerida com base na adesão do Brasil ao Acordo TRIPS.

Sentença: denegou a segurança.

Acórdão: por maioria, negou provimento à apelação, com a seguinte ementa:

“DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PRORROGAÇÃO DE PATENTE CONCEDIDA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 5772/71. INAPLICABILIDADE DO ACORDO SOBRE ASPECTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (ADPIC) CONHECIDO NA SUA VERSÃO ANGLÓFANA TRIPS.

I — O Acórdão sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio constitui normativa internacional que tem como destinatário o Estado-Membro, dependendo de lei nacional para viabilizar sua execução, não podendo ser suscitado pelas partes como fundamento de sua pretensão, tendo se tornado aplicável e vigente no Brasil a partir de 1 de janeiro de 2000.

II — Carece de suporte legal a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade original de 15 (quinze) anos da concessão do privilégio, de forma a que a proteção patentária passe a vigorar por 20 (vinte) anos, sob aplicação direta do ADPIC.

III — Recurso desprovido” (fls. 621).

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial: alega violação aos arts. 33 e 70.2 do Acordo TRIPS e ao art. 40 da Lei nº 9.279/96, além de divergência jurisprudencial, porque o Brasil não teria feito uso da prerrogativa de prorrogar o início da vigência do citado Acordo, de forma que este, ao entrar em vigor em 01.01.1995, permitiu a prorrogação das patentes então vigentes por mais cinco anos.

Inicialmente, proferi decisão unipessoal dando provimento ao recurso especial, em 07.02.2008; porém, com a interposição de agravo regimental pelas recorridas, reconsiderei tal decisão, determinando a inclusão do processo em pauta.

É o relatório. Decide-se.

RECURSO ESPECIAL Nº 960.728 — RJ (2007/0134388-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : E I DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY

ADVOGADO : JACQUES LABRUNIE E OUTRO(S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI

PROCURADOR : ANDRÉ LUIZ B ÂNCORA DA LUZ E OUTRO(S)

ASSISTENTE : NORTOX S/A

ADVOGADO : PIERRE MOREAU E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia à análise da possibilidade de prorrogação, por mais cinco anos, do prazo de patentes que se encontravam em curso quando entrou em vigor o Acordo TRIPS, do qual o Brasil é signatário.

I — Preliminar: recolocação do tema em pauta.

Preliminarmente, é necessária uma breve explanação a respeito dos precedentes que analisaram, até agora, a questão jurídica controvertida, no âmbito do STJ.

Dos cinco recursos até agora existentes que citaram o Acordo TRIPS, três deles analisaram o mérito da pretensão relacionada a tal Acordo, na mesma perspectiva aqui tratada. Assim, o primeiro precedente, pela ordem cronológica, é o Resp nº 423.240/RJ, da 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 15.03.2004, onde estabelecido que seria possível a prorrogação das patentes então pendentes por mais cinco anos.

Desse precedente, participaram, além do i. Min. Relator, os i. Min. Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Na 3ª Turma, há dois precedentes: o Resp nº 661.536/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 30.05.2005, do qual participaram, além do i. Relator, os i. Min. Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros, além desta Relatora, que naquela ocasião proferiu voto-vista acompanhando a tese já consignada pela 4ª Turma.

O último é o Resp nº 667.025/RJ, de relatoria do i. Min. Castro Filho, DJ de 12.02.2007, com a mesma conclusão, à qual aderiram os i. Min. Humberto Gomes de Barros, Menezes Direito e esta Relatora.

Tais anotações indicam que, na atual composição da 3ª Turma, apenas esta Relatora — de quem parte a iniciativa de reexame da matéria — já teve oportunidade de expressar entendimento a respeito da questão. Os i. Min. Ari Pargendler, Sidnei Beneti e Massami Uyeda não participaram dos julgamentos que deram origem aos precedentes citados.

E, mesmo no âmbito da 2ª Seção, nota-se que esta também não é mais, atualmente, composta pelos i. Min. César Asfor Rocha e Barros Monteiro.

Inicialmente, o presente processo foi por mim julgado de forma unipessoal, com base nos precedentes supra citados. Contudo, em sede de agravo, procedi a um novo exame da questão, de forma a entender conveniente a recolocação do tema em pauta, pois entendo que há várias vertentes do problema que demandam análise mais aprofundada.

II — Natureza do Acordo TRIPS.

O primeiro ponto essencial que ficou à margem de análise nos precedentes anteriores diz respeito a se estabelecer os limites de aplicação do Acordo TRIPS na perspectiva da definição dos possíveis destinatários do tratado. Com efeito, até hoje, o STJ vem decidindo

sobre prazos de prorrogação de patentes tomando como base, de forma implícita, a tese segundo a qual o TRIPS, depois de recepcionado na ordem interna brasileira, teria inteiras condições de incidir sobre relações jurídicas particulares nas quais um dos pólos é ocupado pelos detentores de privilégio de invenção.

É fundamental que se atente, portanto, para o fato de que, na verdade, quando o STJ discutiu a prorrogação do prazo de 15 anos previsto na anterior Lei nº 5.771/71 para 20 anos, com base no Acordo TRIPS, tomou por premissa necessária um fundamento que não chegou a ser questionado e que está longe de ser pacífico, segundo o qual tal Acordo, no momento de sua recepção pelo Estado brasileiro, passou a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas que tinham em um dos pólos detentores de patentes ainda em curso de fruição.

Diz-se que tal ponto é uma premissa ainda não examinada a contento porque, com efeito, só há sentido em discutir se, na hipótese, a recorrente tem direito a ver prorrogado em cinco anos o gozo de sua patente se, antes, ficar estabelecido definitivamente que o apontado fundamento legal desse suposto direito — justamente o Acordo TRIPS — tem, em si, condições de gerá-lo.

Assim colocada essa primeira questão — que, por si, já seria motivo bastante para trazer o Acordo TRIPS a um reexame por esta Turma — verifica-se que os precedentes estão fundados em premissa insustentável. O TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção, por instrumento próprio (no nosso caso, por Decreto Legislativo).

Há, portanto, tratados que estabelecem arcabouços normativos completos sobre determinada matéria e estão, dessa forma, aptos a fornecerem disciplina jurídica aplicável às relações jurídicas entre

particulares, podendo-se atribuir às suas normas a qualidade de ‘auto-executivas’; outros, porém, se limitam a estipular obrigações que só podem ser exigidas dos próprios Estados que a ele aderem, apesar de sua essência se referir a questões de direito privado, porque, na verdade, o âmbito desses tratados é o de fornecer balizas para a adequação legislativa interna de cada país (cf. BARBOSA, Denis Borges. “Propriedade intelectual: a aplicação do Acordo TRIPS. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2ª Edição, 2005, p. 18 e ss.).

A esse respeito, Maristela Basso, em trabalho específico sobre o tema (“A data de aplicação do TRIPS no Brasil”. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 30, Ano 8, janeiro-março de 2000), considerou inviável a ocorrência de antinomia entre as normas do TRIPS e o antigo Código de Propriedade Industrial, pois:

“(…) o TRIPS é um ‘tratado-contrato’ e não ‘tratado-lei’, ou seja, suas normas se destinam aos Estados-partes e não aos indivíduos que não recebem, individualmente, nenhum direito subjetivo com a entrada em vigor do TRIPS.

A maior parte dos equívocos reside na discussão sobre a natureza jurídica do TRIPS e de sua incorporação imediata no patrimônio jurídico dos particulares — pessoas físicas e jurídicas de direito privado. (...)

Existem, fundamentalmente, dois tipos de tratados, os tratados-leis ou tratados-normativos, isto é, aqueles que estabelecem regras de direito objetivamente válidas e nas quais os Estados figuram como legisladores, e os tratados-contratos, cujo objeto é regulamentar uma determinada questão e implicam o interesse que cada uma das partes tem no que a outra pode oferecer.

(...) A natureza do TRIPS é distinta dos ‘tratados-leis’, que estabelecem situações jurídicas impessoais na medida em que editam regras de direito objetivamente válidas.

É fundamental ter presente que os ‘tratados-contratos’ geram obrigação internacional de conduta na ordem externa e não na or-

dem interna dos Estados-partes, que somente pode ser exigida pelo outro ou outros Estados-partes do tratado. Por esta razão, quem não é parte não pode exigir o seu cumprimento, tal qual acontece com os contratos, no direito civil das obrigações.

Em outras palavras, as disposições do Acordo TRIPS estão dirigidas aos Estados e não modificam diretamente a situação jurídica das partes privadas, que não poderão reclamar direitos em virtude do Acordo até, e na medida, que o mesmo seja implementado nos respectivos sistemas jurídicos internos”.

No mesmo sentido, Ricardo Sichel informa que a possibilidade de aplicação direta do TRIPS sobre as relações jurídicas titularizadas por cidadão de um dos Estados Membros da OMC “vem sendo negada pelas Cortes de Justiça dos Estados Europeus” (“TRIPS”. In: Revista da AJUFE, Ano 20, Número 68, p. 311 e ss). Além disso, segundo Denis Borges Barbosa, “tal proposta — de aplicação direta às partes privadas — foi explicitamente submetida e rejeitada na negociação do Acordo. Mais ainda, como reitera a Corte Européia, a aplicação direta de TRIPs frustraria um dos direitos mais importantes garantidos aos Estados-membros pelo sistema da OMC, o de negociar e de prover compensações no caso de um descumprimento das normas fixadas em TRIPs” (“Propriedade Intelectual — A aplicação do Acordo TRIPs”. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2ª edição, 2005, p. 85.

Trata-se de vertente não examinada do problema que, de forma autônoma, já é suficiente para provocar a revisão da jurisprudência até agora consolidada no âmbito do STJ, pois, se o TRIPS não gera obrigações e direitos às pessoas de direito privado, não pode tal Acordo ser reclamado como fundamento para a desejada prorrogação do prazo de vigência da patente em questão.

III — Interpretação do art. 65 do Acordo TRIPS.

Porém, novas conclusões também são passíveis de extração a partir da vertente costumeiramente abordada pelo STJ.

O argumento que foi colocado, até o momento, como ponto fundamental para o deslinde da controvérsia é o de que o Brasil não

demonstrou interesse em fazer valer o prazo extra de quatro anos, como Nação em desenvolvimento, para aplicação do TRIPS.

Examinando melhor a questão, verifico que, para a correta definição do ponto, é preciso descer a detalhes que, s.m.j., ainda não foram abordados pela jurisprudência do STJ.

A primeira premissa a ser estabelecida é a de que o Acordo TRIPS, inegavelmente, previu uma data única de entrada em vigor nos diversos países, data essa vinculada ao Acordo Constitutivo da própria OMC, da qual o TRIPS fez parte; mas, paralelamente, estipulou um segundo prazo, variável na medida do desenvolvimento econômico de cada signatário, prazo esse que a versão em inglês do documento chama de ‘date of application’ e que, na versão publicada em português no DOU de 31.12.1994, Seção I, p. 21.394, vem traduzida, na maior parte das vezes, como ‘data de aplicação’. Apenas a partir da superação desse segundo prazo, os Estados poderiam ser demandados a cumprirem, efetivamente, as determinações do TRIPS.

O parecer do professor Jacob Dolinger, a fls. 337, esclarece que é tranqüilo o entendimento doutrinário no sentido de que, realmente “o Direito Internacional concebe que um tratado esteja em vigor e no entanto as partes não sejam obrigadas a cumpri-lo imediatamente”.

São tais ‘datas de aplicação’ o objeto do artigo 65 do TRIPS, sobre o qual está centrada a presente irresignação.

Da leitura desse artigo, verifica-se que havia uma regra geral para a aplicação do TRIPS consubstanciada no parágrafo 1º, qual seja: nenhum Membro estava obrigado a aplicar as disposições do TRIPS antes de transcorrido um ano após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. Como tal Acordo Constitutivo entrou em vigor, sem exceções e em âmbito mundial, em 1º/01/1995, nesta data o TRIPS também passou a vigorar, de forma que a data geral de sua aplicação ficou estabelecida, genericamente, em 1º/01/1996.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º, porém, criaram exceções que interessam diretamente à hipótese. Transcrever-se-á o parágrafo 2º literalmente, pois a correta identificação de seus termos é essencial:

“2 — Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3º, 4º e 5º”.

Para que não restem dúvidas, as exceções citadas dizem respeito à necessidade de concessão de tratamento ao menos igualitário entre os seus nacionais detentores de patentes e os estrangeiros (artigo 3º); à necessidade de extensão, a todos os titulares estrangeiros, de eventual tratamento mais benéfico concedido a estrangeiros de determinado país (artigo 4º); e à ressalva, quanto às duas exigências anteriores, da possibilidade de disciplina específica em Acordos Multilaterais concluídos sob orientação da OMPI (artigo 5º). Assim, tais ressalvas, que tiveram sua data de aplicação igualada à de vigência do Acordo, não interessam à hipótese.

No que pertine ao caso, portanto, é necessário estabelecer uma segunda premissa, decorrente da clareza com que o parágrafo 2º do art. 65 cria um direito aos países em desenvolvimento como o Brasil, de forma a somar — excetuados os pontos salientados supra, que não interessam diretamente na hipótese — mais quatro anos ao prazo geral de um ano concedido genericamente para a data de aplicação do Acordo.

Desprezando-se o parágrafo 3º, que não interessa, pois diz respeito aos países anteriormente socialistas que caminhavam para a economia de mercado, diz o § 4º:

“4 — Na medida em que um país em desenvolvimento Membro esteja obrigado pelo presente Acordo a estender proteção paten-tária de produtos a setores tecnológicos que não protegia em seu território na data geral de aplicação do presente Acordo, conforme estabelecido no parágrafo 2º, ele poderá adiar a aplicação das disposi-

ções sobre patentes de produtos da Seção 5 da Parte II para tais setores tecnológicos por um prazo adicional de cinco anos”.

Na verdade, esse dispositivo é a chave para o correto entendimento dos termos do Decreto Legislativo nº 1.355/94, que serve de fundamento à alegação, sustentada por aqueles que pretendem a prorrogação das patentes então existentes, de que a ausência de manifestação do Brasil quanto ao interesse em fazer valer o prazo concedido aos países em desenvolvimento autorizou a aplicação do TRIPS no prazo mais reduzido.

A citada Seção 5 da Parte II do TRIPS corresponde ao art. 27 desse Acordo, segundo o qual “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”, salvo algumas exceções ali tratadas, que não vêm ao caso. Como se vê, o TRIPS pretendeu dar extensão bastante ampla às possibilidades de concessão de patentes, em âmbito mundial.

Ocorre que o Código de Propriedade Industrial então vigente — Lei nº 5.772/71 — estipulava, em seu art. 9º, ‘b’ e ‘c’, que não seriam privilegiáveis “as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, ressalvando-se, porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação” e “as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação”.

Portanto, a legislação brasileira anterior ao Acordo TRIPS mantinha algumas restrições ao sistema de patentes, pois à época entendia-se que “o que é para alimentação ou para medicação há de poder ser utilizado por todos” (MIRANDA, Pontes de. “Tratado de Direito Privado”. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo XVI, 3ª edição, 1971, p. 295), sendo que tais restrições deveriam ser afastadas, em cumprimento ao Acordo.

Fundamental, portanto, perceber que, no tocante ao Brasil, havia três prazos de aplicação possíveis: alguns temas, excepcional-

mente, passaram a ter aplicabilidade em 1º/01/1996, data que representava o fim do período de um ano concedido indistintamente a todos os países, ainda que desenvolvidos (artigos 3º, 4º e 5º, conforme ressalva do art. 65.2); em geral, porém, foi concedido ao Brasil, como direito, prazo de aplicação apenas após mais quatro anos desta data, nos termos do art. 65.2; e, por fim, os temas patenteáveis que estavam, naquele momento, excluídos da legislação interna poderiam sofrer um segundo adiamento por mais cinco anos, totalizando dez anos da data da entrada em vigor (1º/01/1995), nos termos da seguinte contagem: um ano (art. 65.1) mais quatro anos (art. 65.2) mais cinco (art. 65.3) — ressaltando-se, apenas a título de passagem, que o art. 70.8 estipulou, ao mesmo tempo, regra que abrandou os efeitos da concessão desse decêndio, pois determinou que produtos anteriormente não patenteáveis ficassem sujeitos, ao menos, a “um meio pelo qual os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados” (alínea ‘a’), o que, no Brasil, deu origem às regras de ‘pipeline’ dos arts. 230 e 231 da futura Lei de Propriedade Industrial, editada em 1996.

A última premissa necessária decorre da necessidade de verificar a diferença nítida entre as redações dos §§ 2º e 4º do art. 65. Com efeito, o § 2º, quando cria o prazo geral de aplicação de cinco anos (na modalidade 1 + 4) fala expressamente que tal prazo é um direito do Estado em desenvolvimento; porém, ao tratar do segundo prazo adicional, no § 4º, a redação muda substancialmente, estando ali consignado que um Estado nas condições do Brasil “poderá adiar” a aplicação do Acordo em alguns pontos por mais 5 anos. A segunda ressalva, como será abordado mais adiante, é uma mera possibilidade, ao contrário da primeira.

Com estas considerações preliminares, passa a ser possível analisar, com melhor embasamento, o ponto central referente à alegada renúncia do Brasil aos prazos que lhe foram concedidos, como Nação em desenvolvimento, o que permitiria, segundo tal tese, a imediata incidência das disposições do TRIPS a partir de 1º/01/1996 — ressaltando-se, novamente, que tal teoria ainda toma como certa a

aplicabilidade desse Acordo às relações jurídicas de direito privado, ponto esse que já foi rejeitado em análise anterior.

A principal alegação, aqui, é a de que, quando o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 1.355, de 30.12.1994, não houve qualquer menção à utilização dos prazos de extensão, apesar de ter havido proposta de emenda ao Decreto Legislativo nesse sentido (e não ao próprio TRIPS, que não poderia sofrer reserva unilateral, nos termos de seu art. 72), apresentada pelo Exmo. Senador Antonio Mariz e que acabou rejeitada, o que levaria a crer que o Brasil expressamente escolheu abrir mão daqueles prazos, equiparando-se, por vontade própria, às Nações mais desenvolvidas.

Esta Relatora, no voto-vista proferido no Resp nº 661.536/RJ, chegou a comungar de tal entendimento; porém, melhor examinando a questão, verifico que houve uma inversão de perspectivas naquela hipótese.

Nos presentes autos, foi juntada pela ora recorrente, a fls. 115/138, transcrição da sessão do Senado Federal de 13.12.1994, em que se discutiu a aprovação do citado Decreto Legislativo. A leitura de tal ata — que não representa reexame de provas, pois o que está em jogo aqui é a correta interpretação do Decreto Legislativo nº 1.355/94 e não o estabelecimento de qualquer premissa fática — mostra que a emenda em questão pretendeu oferecer certas proteções aos interesses nacionais em alguns pontos do TRIPS, como a possibilidade de patentes sobre microorganismos, e também, no seu art. 4º, estipulava que:

“Art. 4º. Com fundamento no art. 65 do ‘Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio’, integrante da Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais, o Brasil adotará os prazos de carência para aplicação do referido acordo, no que diz respeito a setores tecnológicos que não recebem proteção patentária na data geral de aplicação do Acordo”.

Saliente-se a explicitação final, que teve o intuito de deixar evidente o interesse do Brasil na utilização do prazo no que diz respeito a setores tecnológicos que não recebiam proteção patentária na data geral de aplicação do Acordo.

Como visto acima, eram, na verdade, dois os prazos de carência: um, genérico, de quatro anos somado ao ano inicial, concedido pelo art. 65.2; e outro, especial, de mais cinco anos, constante no art. 65.4 justamente para a extensão da proteção a setores tecnológicos ainda não protegidos, sendo que a proposta do Exmo. Senador Antonio Mariz fazia referência, expressamente, a esse segundo prazo.

A leitura da justificção e de toda a discussão ocorrida no Senado apenas corrobora tal constatação. Com efeito, naquela o Exmo. Senador diz que “esta disposição resguardará, durante este prazo de adaptação, setores como o de farmacêuticos, alimentos e biotecnologia, para que a indústria e a tecnologia nacionais possam se adequar. É preciso ressaltar que este comando encontra amparo no próprio texto do Acordo, nos mesmos termos em que se apresenta esta emenda. Entretanto, pela importância desse Tratado, com graves repercussões na ordem legal interna, torna-se imperioso que o Congresso se pronuncie desde já sobre algumas alternativas previstas dentro do próprio texto” (fls. 115 — sem grifos no original).

Já no contexto da discussão — extremamente prejudicada, como os próprios Senadores admitem por várias vezes, em face da urgência em se deliberar sobre o tema, já que o prazo de entrada em vigor do bloco das disposições relativas à OMC estava previsto para dali a apenas dezessete dias — verifica-se que os pontos relacionados à proteção da indústria e à possibilidade de patentes sobre microrganismos, constantes nos artigos restantes da emenda apresentada pelo Exmo. Senador Antonio Mariz, tomaram a frente das indagações juntamente com a discussão a respeito da inconveniência da protelação da decisão em face da premente entrada em vigor, em âmbito mundial, dos Acordos constitutivos da OMC; ainda assim, embora relegado a plano subsidiário o ponto de interesse na presente hipótese,

deve-se notar que o i. Relator da emenda, ao defendê-la artigo por artigo, se referiu à questão da utilização dos prazos de carência nos seguintes termos:

“Ora, se o texto desses Acordos permite que se utilize uma carência de até dez anos, por que não fixá-la desde já, no momento em que o ratificamos? Evidentemente, os setores industriais, a indústria farmacêutica, a indústria de alimentos e a indústria química, que ficarão desprotegidos com a aplicação desse Tratado, reclamarão prazos para adaptar-se à nova realidade” (fls. 134).

Mais adiante:

“E por que insistir nos dez anos? Para que, como já disse, os setores industriais afetados, e outros porventura associados, de algum modo, aos efeitos, às conseqüências desses textos, possam ter prazo suficiente para adaptar-se à realidade” (fls. 135).

É patente, portanto, a conclusão no sentido de que a proposta rejeitada de Decreto Legislativo, no âmbito da discussão de prazos, dizia respeito ao art. 65.4, pois só neste havia a previsão, diante da peculiaridade da antiga Lei de Patentes brasileira, de período adicional à livre fruição de tecnologias alimentícias, farmacêuticas e químicas — e só com a utilização deste é que seria possível obter uma carência de dez anos.

Retomando, aqui, premissa anteriormente fixada, é de se verificar que não poderia, realmente, ser outro o âmbito de discussão, àquela altura, no Senado Federal. Conforme dito, há clara diferença de redação entre os art. 65.2 e 65.4; o primeiro, que trata do prazo geral de carência de aplicabilidade, concede expressamente um direito; é o segundo dispositivo que estipula mera faculdade — dependente, realmente, de manifestação expressa do interessado em sua utilização — de forma que, naturalmente, era este o objeto de discussão no Congresso Nacional.

Entendimento diverso, como o defendido pela recorrente e já admitido inclusive por esta Relatora em ocasião anterior, tem o incon-

veniente de condicionar um direito que foi concedido sem ressalvas à necessidade de manifestação expressa do seu titular, em um contra-senso que levou, na presente hipótese, à inversão do sentido da aplicação do silêncio no nosso sistema normativo. Aquele que tem um direito reconhecido em seu favor não precisa se manifestar de forma expressa no sentido de que deseja dele fazer uso; é possível, apenas, que se manifeste no sentido de que não o deseja utilizar — como, aliás, o Brasil fez em parte, ao editar, já em 1996, a nova Lei de Propriedade Industrial, quando a rigor teria até 2000 para fazê-lo.

A perspectiva defendida pela recorrente — e aceita por este Tribunal em outras oportunidades — erige o silêncio como causa de extinção de direitos, sem que exista dispositivo legal que, de forma prévia, indique a inação do titular como causa para tal perda. A interpretação que se dá, tradicionalmente, aos efeitos do silêncio na esfera jurídica é, justamente, a inversa, qual seja: este só produz efeitos, na similitude de uma manifestação de vontade a ser reconhecida, quando exista, por lei, uso ou convenção, previsão anterior de que a omissão deva ser assim interpretada, pois, do contrário, o silêncio nada é (cf. MIRANDA, Pontes de. *Ob. Cit.*, 3º volume, § 278; VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil. Parte Geral”. São Paulo: Atlas, 6ª edição, 2006, p. 377/378; PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”. Rio de Janeiro: Forense, 20ª Edição, Vol. 1, 2004, p. 483).

Assim, é viável dizer que a rejeição da proposta de emenda do Exmo. Senador Antonio Mariz, com a adoção de texto final que não fez qualquer referência à utilização de prazo de qualquer natureza, equivale ao silêncio brasileiro no tocante ao prazo de cinco anos previsto no art. 65.4, pois, neste, conforme já salientado, a redação do dispositivo diz, de forma clara, que o Estado “poderia adiar” a aplicação de certos dispositivos por prazo adicional. Se o Brasil ‘poderia adiar’, aqui sim, de forma indubitável, a ausência de manifestação de vontade provoca efeitos, pois o TRIPS concedeu uma faculdade ao país e este, ao recepcionar tal Acordo, não demonstrou interesse em dela fazer uso.

Porém, o prazo genérico de quatro anos do art. 65.2, em adição ao prazo de um ano concedido universalmente, está fundamentado em bases totalmente distintas. Ali, tratava-se de direito já reconhecido, sendo irrelevante que, do Decreto em questão, não conste qualquer manifestação de vontade no sentido de dele fazer uso, pois tal concessão é inerente ao próprio Acordo.

Em resumo, não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.

Aparentemente, portanto, a jurisprudência do STJ vem concedendo aos titulares de patentes uma prorrogação de seus direitos de exclusividade em bases bastante peculiares.

A fls. 181/184, consta inclusive cópia de ofício assinado pela própria OMC, em resposta a provocação da Missão Permanente do Brasil datada de 10.11.1997, na qual aquele órgão, por via do seu Conselho para Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio, manifestou entendimento no sentido de que, no tocante ao art. 65.2, “o supracitado período de transição foi automaticamente concedido a todos os países em desenvolvimento membros do WTO, independentemente de qualquer comunicação formal nesse sentido”.

Apenas a título de complemento, é necessário salientar que a referência feita pela recorrente a fls. 27/279, no sentido de que Portugal teria reconhecido a possibilidade de prorrogação das patentes então existentes, não pode ser aproveitada, porque indica a existência de problema substancialmente diverso, seja porque Portugal, ao que indica o texto a fls. 278, se enquadra no grupo dos países desenvolvidos, seja porque a solução ali definida — que não é, diga-se, similar

à jurisprudência anterior do STJ — foi obtida por meio de negociação perante o Órgão de Resolução de Disputas da própria OMC.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0134388-8 REsp 960728 / RJ

Números Origem: 9800019561 9802239941 9802365505

PAUTA: 24/06/2008 JULGADO: 24/06/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SIDNEI BENETI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES

Secretária

Bela. SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : E I DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY

ADVOGADO : JACQUES LABRUNIE E OUTRO(S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI

PROCURADOR : ANDRÉ LUIZ B ÂNCORA DA LUZ E OUTRO(S)

ASSISTENTE : NORTOX S/A

ADVOGADOS : PIERRE MOREAU E OUTRO(S)

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

ASSUNTO: Civil — Propriedade Industrial — Patente

SUSTENTAÇÃO ORAL

Pelo recorrente: Dr. Jacques Labrunie

Pelo recorrido: Dra. Livia Cardoso Viana Gonçalves

Pelo assistente: Dr. Pedro Marcus Nunes Barbosa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Aguarda o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 24 de junho de 2008

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 960.728 — RJ (2007/0134388-8)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

1. O presente mandado de segurança visava, à data de sua impetração, a prorrogação, por 5 (cinco) anos, de patente que, originariamente, fora constituída pelo prazo de 15 (quinze) anos — tudo ao fundamento de que, por força do art. 33 do Acordo TRIPs, a partir da respectiva vigência o prazo das patentes não seria inferior a 20 (vinte anos).

Concretamente, o pedido — se julgado procedente atempadamente — resultaria na prorrogação do prazo da patente até 22 de

junho de 2003. Já decorrido esse prazo, os efeitos mandamentais do writ não se produzirão, valendo a sentença apenas como título judicial declaratório do direito invocado à data da impetração, para eventual reparação de danos.

2. A natureza do Acordo TRIPs, sua data de vigência e aspectos correlatos têm dado margem a muitas controvérsias. Trata-se de um tratado que só obriga os Estados contratantes, sem refletir-se no âmbito privado? A suspensão temporária de algumas de suas cláusulas independe de formalidade? Genericamente, são esses temas que estão no centro das discussões.

Salvo melhor juízo, pode-se responder que o Acordo TRIPs obriga os particulares e admitir que a suspensão temporária da eficácia de algumas de suas cláusulas independe de formalidades, sem que se reconheça o direito pretendido na petição inicial.

É que, na espécie, não se está diante de uma patente requerida após a recepção do Acordo TRIPs pelo Decreto-Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Ao revés, aqui a patente já estava constituída à data em que o aludido acordo foi incorporado como lei interna nacional, e nessas condições o que realmente importa é saber se esse ato jurídico perfeito é ipso facto alterado quanto ao respectivo prazo. Salvo melhor juízo, não. As leis são feitas para o futuro, e não apanham aquelas situações definitivamente constituídas.

Por esse fundamento, e não por aqueles adotados pela eminente Relatora, não conheço do recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0134388-8 REsp 960728 / RJ

Números Origem: 9800019561 9802239941 9802365505

PAUTA: 17/03/2009 JULGADO: 17/03/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SIDNEI BENETTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : E I DU PONT DE NEMOURS AND COMPANY

ADVOGADO : JACQUES LABRUNIE E OUTRO(S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI

PROCURADOR : ANDRÉ LUIZ B ÂNCORA DA LUZ E OUTRO(S)

ASSISTENTE : NORTOX S/A

ADVOGADOS : PIERRE MOREAU E OUTRO(S)

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

ASSUNTO: Civil — Propriedade Industrial — Patente

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs.

Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de março de 2009.

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

Secretária

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **3.934-2 / DF¹**

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQUERENTE(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

ADVOGADO(A/S) : SEBASTIÃO JOSÉ DA MOTTA E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTERESSADO(A/S) : SINDICATO NACIONAL DOS AEROMÁQUINAS

ADVOGADO(A/S) : ELIASIBE DE CARVALHO SIMÕES E OUTROS

ADVOGADO(A/S) : DAMARES MEDINA

INTERESSADO(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA — CNI

ADVOGADO(A/S) : SÉRGIO MURILO SANTOS CAMPINHO E

OUTRO(A/S) ADVOGADO(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES

1 Nota do Conselho Executivo: Até o fechamento desta edição, o inteiro teor do acórdão não havia sido publicado. A publicação até então existente, realizada em 04.06.2009, dizia respeito à “ata de julgamento”. O voto do Ministro Relator encontrava-se acessível no *site* do Supremo Tribunal Federal.

1 Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a julgavam parcialmente procedente nos termos de seus votos. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram, pelo requerente, Partido Democrático Trabalhista, o Dr. Otávio Bezerra Neves; pelo amicus curiae, Sindicato Nacional dos Aeroviários, a Dra. Eliasibe de Carvalho Simões; pelo requerido, Presidente da República, o Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Luiz Fernando Bandeira de Mello, Advogado-Geral do Senado e, pelo amicus curiae, Confederação Nacional da Indústria — CNI, o Dr. Sérgio Murilo Santos Campinho. Plenário, 27.05.2009.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, na qual impugna os arts. 60, parágrafo único, 83, I e IV, **c**, e 141, II, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, por entender incompatíveis com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Os dispositivos atacados possuem o seguinte teor:

“Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I — os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;

(...);

VI — créditos quirografários, a saber:

(...);

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo”.

“Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...).

II. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho”.

Em primeiro lugar, o requerente identifica nos dispositivos impugnados inconstitucionalidade de natureza formal, pois teriam disciplinado matéria relativa à *“despedida arbitrária ou sem justa causa”*, por lei ordinária, a qual, no seu entender, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Carta Magna.

Depois, o requerente encontra neles inconstitucionalidade de ordem material, porquanto, ao liberarem os arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Lei Maior.

Outra inconstitucionalidade material flagrada pelo requerente é a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, porque tal disposição violaria a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referên-

cia de qualquer natureza, tratados nos arts. 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

Segundo o requerente, o regramento impugnado, nesse aspecto

“passará a constituir caminho fácil para o desrespeito aos direitos adquiridos pelos empregados no curso da relação desenvolvida com seu empregador, que vindo a prestigiar outros credores comuns e, uma vez acumulando com eles grandes dívidas, delas poderá se livrar com a simples realização de uma alienação judicial em falência” (fl. 9).

Com esses argumentos, alinhavados em resumo, almeja ver reconhecida a procedência da ação para que seja declarada

“a inconstitucionalidade do artigo 83, incisos I e VI, letra ‘c’ da Lei 11.101/05, na parte em que limita os créditos trabalhistas em falência ou recuperação judicial ao montante de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e do artigo 141, inciso II, da mesma Lei 11.101/05, na parte em que isenta o adquirente de empresa, filial ou unidade produtiva, nos casos de falência, de obrigações de natureza trabalhista, ambos com efeito ex tunc”.

E, ainda,

“seja dada interpretação conforme ao artigo 60, parágrafo único, da mesma norma (Lei 11.101/2005), de modo a que seja esclarecido que os adquirentes de unidades produtivas ou empresas, em processos de recuperação judicial, respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho” (fls. 22-23).

Às fls. 166-184, a Presidência da República, em síntese, informou que

“os dispositivos atacados (...) longe de afrontar a Lei Maior, cumprem-na rigorosamente, prestigiando exatamente a dignidade da pessoa humana, o emprego e o trabalho.

Fazem-no (...) dentro do contexto excepcionalíssimo de uma situação de insolvência, em que a recuperação não comporta a observância dos mesmos parâmetros da normalidade, sob pena de em lugar de se garantir aos trabalhadores o que é possível, não se poder lhes garantir nada, pelo fato consumado da falta absoluta de recursos (...).

(...).

A rigor, a exordial está arguindo a inconstitucionalidade do pagamento escalonado e a constitucionalidade da insolvência e de pagamento nenhum”.

O Advogado-Geral da União, às fls. 187-205, opinou pelo não conhecimento da ação quanto ao art. 60, parágrafo único, por ser a “*interpretação pretendida pelo autor (...) exatamente oposta àquela oferecida pela norma entendida de forma singela e literal*”, bem como pela improcedência do pedido quanto aos demais dispositivos, em parecer assim ementado:

“Comercial. Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005). Novos paradigmas. Interesse social na preservação da empresa e dos postos de trabalho. Constitucionalidade dos arts. 60, parágrafo único; 83, I e VI, ‘c’, e 141, II, da Nova Lei de Falências. Manifestação pelo não conhecimento da impugnação quanto ao art. 60, parágrafo único, da lei, e pela improcedência do pedido com relação aos demais dispositivos” (fl. 187).

Às fls. 207-217, o Congresso Nacional suscitou, em preliminar, o não conhecimento da ação, pois não teria sido incluído no pedido o § 2º do art. 141 da Lei 11.101/2005, que ostenta a seguinte redação:

“§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior”.

De acordo com o Advogado-Geral do Congresso Nacional,

“mesmo a eventual procedência da ação deixaria remanescer no mundo jurídico aquela norma não impugnada, com manutenção da situação derivada de seu comando.

E, face à impossibilidade de conhecimento jurisdicional ex officio da matéria, não resta outro caminho além do não conhecimento da presente ação direta” (fl. 212).

No mérito, repete, em linhas gerais, os argumentos da Presidência da República.

Às fls. 219-227, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido, em parecer que recebeu a ementa abaixo transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, INCISOS I E VI, LETRA ‘C’, E 141, INCISO II, DA LEI 11.101/2005, QUE REGULA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A EXTRATERRITORIALIDADE E A FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO, COM RELAÇÃO AOS ARTS. 60 E 141, POR CARÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA ÍNTEGRA DO COMPLEXO NORMATIVO ATINENTE AO TEMA. MÉRITO. SUCESÃO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NAS ALIENAÇÕES DO ATIVO DE EMPRESAS SUJEITAS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA. RESPEITO AOS DIREITOS SOCIAIS, À CONTINUAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E À PRESERVAÇÃO DE EMPREGOS. CRÉDITOS TRABALHISTAS EM MONTANTE SUPERIOR A 150 SALÁRIOS MÍNIMOS. CONVERSÃO EM QUIROGRAFÁRIOS. RAZOABILIDADE E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO” (fl. 219).

O Sindicato Nacional dos Aeroviários, às fls. 228-246, pleiteou seu ingresso na presente ação na qualidade de *amicus curiae*. O pedido foi deferido às fls. 344-345.

Às fls. 351-362, a Confederação Nacional da Indústria — CNI também postulou seu ingresso como *amicus curiae*, sendo o pleito deferido às fls. 397-398.

Igualmente, a Gol Transportes Aéreos S.A pretendeu ingressar nos autos nas mesmas condições, as fls. 392-394, mas seu pedido foi indeferido, às fls. 400-401.

É o relatório, cujas cópias serão distribuídas aos Exmos. Srs. Ministros.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.934-2 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Examino cada um dos aspectos levantados na inicial, na ordem em que foram levantados.

Início pela análise da alegada inconstitucionalidade formal dos dispositivos legais impugnados, por afronta à reserva constitucional de lei complementar, a qual, todavia, não consigo identificar na espécie.

Com efeito, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para regram a dispensa imotivada. Esse tema, porém, definitivamente, não constitui objeto da Lei 11.101/2005.

Não é difícil constatar, a meu ver, que o escopo do referido diploma normativo restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de seus credores.

Mesmo que se considere que a eventual recuperação ou falência da certa empresa ou, ainda, a venda de seus ativos acarrete, como resultado indireto, a extinção de contratos de trabalho, tal efeito sub-

sidiário nada tem a ver com a “*despedida arbitrária ou sem justa causa*”, que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador.

É bem de ver que os contratos de trabalho não se rompem necessariamente nessas hipóteses, nem mesmo na circunstância extrema da falência, verificando-se, inclusive, que o art. 117 da Lei em comento prevê que os contratos bilaterais, dos quais a relação de emprego constitui exemplo, não se resolvem de forma automática, visto que podem ser cumpridos pelo administrador judicial em proveito da massa falida.

O rompimento do vínculo empregatício, naquelas hipóteses, resulta da situação excepcional pela qual passa a empresa, ou seja, por razões de **força maior**, cujas consequências jurídicas são, de há muito, reguladas por norma ordinária, a exemplo do art. 1.058 do antigo Código Civil, e do art. 393 do novo *Codex*, bem assim dos arts. 501 a 504 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os trabalhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.²

Não prospera, assim, o argumento de que os dispositivos impugnados regulam “*ato jurídico que gera a extinção automática do contrato de trabalho*” (fl. 14), mesmo porque, como nota Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa coletiva de empregados não figura, no art. 50 da Lei 11.101/2005, como um dos meios de recuperação judicial da empresa.³

2 RE 449.420-5/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 14. out. 2005.

3 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Negociação Coletiva de Trabalho em Tempos de Crises Econômicas*.

Este Tribunal, de resto, já firmou o entendimento de que a reserva de lei complementar restringe-se àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu tal instrumento de forma expressa, não se admitindo qualquer tipo de analogia ou relação de similitude material. Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, Relator da ADI 789/DF, assentou que o domínio normativo da lei complementar

“apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu — de modo expresso e inequívoco — a edição dessa qualificada espécie de caráter legislativo.

(...)

(...) a exigência de lei complementa não se presume e nem se impõe, quer por analogia, quer por força de compreensão, quer, ainda, por inferência de situações que possam guardar relação de similitude entre si”.

Definida a questão que envolve compatibilidade formal dos dispositivos impugnados diante da Carta Magna, passo, na sequência, a examiná-los quanto à sua alegada inconstitucionalidade material. Começo pela análise da ausência de sucessão no tocante às dívidas trabalhistas.

Nesse aspecto, o requerente sustenta que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05 são inconstitucionais do ponto de vista substantivo, ao estabelecerem que o arrematante das empresas em recuperação judicial não responde pelas obrigações do devedor, em especial as derivadas da legislação do trabalho.

Como visto, a AGU e a PGR manifestaram-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ADI no tocante à impugnação desses dois dispositivos, sob argumento de que a eventual procedência da ação quanto a estes não eliminaria o alegado vício, pois o ordenamento jurídico continuaria a contemplar a não sucessão das obrigações trabalhistas do arrematante.

Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/artigos/7223-negociacao-coletiva-detrabalho-em-tempos-de-cri-se-economica>. Acesso em: jan.2009.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal assentou, textualmente, que

“a falta de impugnação do § 2º do art. 141 da lei em questão prejudica o pedido deduzido em relação ao inciso II deste mesmo artigo e ao art. 60. Afinal, ainda que se admitam as especificidades de cada qual, não há dúvidas de que, com base na previsão mantida incólume de que ‘o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato [de trabalho] anterior’ (art. 141, § 2º), permaneceriam a cargo exclusivo do devedor as dívidas trabalhistas. Não seria alcançado, portanto, o fim precípua das impugnações deduzidas neste particular, que reside justamente em reconhecimento expresso de que ‘os adquirentes (...) respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho’” (fl. 222).

De fato, embora tal lacuna na inicial pudesse, dentro de uma visão mais ortodoxa, levar ao reconhecimento da prejudicialidade da ação quanto à impugnação dos citados dispositivos, não tem ela, contudo, a meu ver, o condão de torná-la inepta, diante da possibilidade, em tese, de a Corte decretar a inconstitucionalidade § 2º do art. 141 por arrastamento, caso venha a concluir que a ausência de sucessão, no caso de débitos trabalhistas, ofende a Carta Magna.

Conheço, pois, da ação, adiantando, todavia, que não identifico a inconstitucionalidade aventada pelo requerente quanto aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05.

Primeiro, porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada.

Depois, porque não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. Mas, mesmo assim, não seria possível falar, no dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva, *“nem em declaração de*

invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção”⁴ visto ter o legislador ordinário, apenas, estabelecido, nas palavras de Robert Alexi, “*relações de precedência condicionada*”⁵

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.⁶

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são as ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.⁷

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inoccorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.

4 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais — conteúdo essencial, restrições eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

5 ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91-92.

6 Idem, loc.cit.

7 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op.cit., loc. cit.*

Ora, analisando a gênese do diploma normativo cujos dispositivos se encontram sob ataque, verifico que ele resultou de um projeto de lei, o PL 4.376/1993, o qual tramitou por cerca de onze anos no Congresso Nacional. Após longas e aprofundadas discussões, os parlamentares aprovaram a Lei 11.101/2005, revogando concomitantemente o Decreto-lei 7.661/1945, que antes regia a matéria.

Em parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, relator do projeto em questão, deixou anotado o seguinte:

“A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuíram para o aprofundamento do debate”⁸.

Embora houvesse um consenso generalizado, na doutrina, acerca da excelência técnica do texto normativo editado em 1945, registrava-se também uma crescente concordância na comunidade jurídica quanto ao seu anacronismo diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do Século XX, e que afetaram profundamente a vida das empresas.

Rubens Approbato Machado, por exemplo, ao comentar a nova Lei, afirma que

⁸ Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos — CAE, 2003, p. 11-13.

*“a falência (...) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência”*⁹

Essa foi também a visão do relator do projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal:

*“A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.”*¹⁰

Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

9 MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

10 Parecer, *loc.cit.*

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto, segundo consta do citado parecer senatorial:

*“O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos”.*¹¹

Comentando o dispositivo da Lei 11.101/2005, que isenta os arrematantes dos encargos decorrentes da sucessão trabalhista, Alexandre Husni assenta o quanto segue:

*“A realidade é que visto o fato de forma econômica, a entidade produtiva mais valor terá na medida em que se desligue dos ônus que recaiam sobre si, independentemente da sua natureza. Via de consequência, a procura será maior tanto quanto garanta o Poder Judiciário a inexistência de sucessão. Pago o preço justo de mercado, quem efetivamente sai ganhando com o fato será o credor de natureza trabalhista e acidentário que são os primeiros na ordem de preferências estabelecida pelo legislador.”*¹²

11 Parecer, *loc. cit.*

12 HUSNI, Alexandre. Comentários aos artigos 139 ao 153. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.537-538.

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades — não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada —, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

Nesse sentido, é a lição de Manoel Pereira Calças:

“Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas. (...).

*Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências”.*¹³

13 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. N. 4. out/dez 2007, p. 40.

Sérgio Campinho, na mesma linha, assenta que a

“alienação judicial (...) tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento de obrigações contidas no plano [de recuperação da empresa], frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado”.¹⁴

Isso porque o processo falimentar, nele compreendido a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem pré-determinada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

É exatamente o que consta do art. 47 da Lei 11.101/2005, *verbis*:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão das obrigações trabalhistas pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pá-

¹⁴ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

trio. De fato, em muitos países, dentre os quais destaco a França (*Code de Commerce*, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (*Ley* 22/2003, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso.

Na lei falimentar italiana, por exemplo, há inclusive um dispositivo bastante similar à regra aqui contestada. Trata-se do art. 105 do Decreto 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, que tem a seguinte redação:

*“Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido”.*¹⁵

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade — de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas — em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Superadas tais objeções, passo agora ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas, a partir de um certo patamar, em quirografários.

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

¹⁵ “Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute”.

É que — diga-se desde logo — não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional.

Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho — OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a

“legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da

OTT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo — bastante razoável, diga-se — para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram. Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

“impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação”.¹⁶

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão e Assuntos Econômicos do Senado Federal,

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

*“o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades”.*¹⁷

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.

Em abono dessa tese, afirma o já citado Manoel Pereira Calças que:

“O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como ‘único e principal bem sua força de trabalho’. Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.

(...)

*(...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na classe superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários”.*¹⁸

17 Parecer, *loc.cit.*

18 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei N. 11.101, de fevereiro de 2005)”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. nº 4. out/dez 2007, p. 41.

Essa restrição, contudo, de forma acertada, como asseveram Vera de Mello Franco e Rachel Sztajn “*não atinge as indenizações devidas por acidente do trabalho, que devem ser pagas integralmente*”.¹⁹ Ademais, assentam que:

*“Caso o apurado com a venda dos ativos seja insuficiente para a satisfação do total, procede-se ao rateio, em igualdade de condições, dentre os credores trabalhistas e preferenciais, classificados nesta classe”.*²⁰

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico.

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.

Isto posto, conheço e julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Brasília, 27 de maio de 2009.

RICARDO LEWANDOWSKI

Ministro Relator

19 FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação de Empresa em Crise*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 42-43.

20 Idem, loc.cit.