

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 2

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 2008**

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2 Janeiro/Junho de 2008

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

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

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

CONSELHO EDITORIAL:

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

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

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter 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 2 (janeiro/junho 2008)

. — 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

Confortados com a ótima acolhida do primeiro número da Revista Semestral de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RSDE – UERJ), tanto pela academia quanto por aqueles que operam o Direito, damos seqüência ao prazeroso desafio de contribuir para o aprimoramento das letras jurídicas em nosso País, fazendo editar o seu segundo número.

Nele vem reafirmado o desiderato de apresentar estudos e reflexões dogmáticas sobre temas de efetiva contemporaneidade, prestigiando a emulação do Direito em movimento, este traduzido na seção de pareceres e atualidades jurisprudenciais, corroborando, assim, o caráter essencialmente pragmático que impulsiona o desenvolvimento do Direito de Empresa.

Enfatiza-se, outrossim, a vocação cosmopolita do clássico Direito Comercial, oferecendo-se pesquisas e elaborações de Direito Comparado, com contribuições, inclusive, de autores estrangeiros.

Com esse segundo número do periódico, avança-se na consolidação do projeto de pesquisa desenvolvido pela universidade pública em parceria com a iniciativa privada, a qual confere o apoio necessário à disseminação dos trabalhos intelectivos realizados.

O Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da UERJ reitera o seu compromisso de qualidade, independência e regularidade dessa publicação, agradecendo o empenho e a dedicação daqueles autores que disponibilizaram seus trabalhos e, com isso, viabilizaram mais essa edição.

Prof. Sérgio Campinho
Chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho

Colaboraram neste número

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Adjunto nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos – FDC.

Christoph Gasser

Sócio e chefe do departamento de PI/TI do escritório de advocacia suíço Staiger, Schwald & Partner Ltd. em Zurique. Conferencista de direito da propriedade intelectual no Swiss Federal Institute of Technology Zurich.

Enzo Baiocchi

Advogado no Rio de Janeiro especializado em Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Diplomado pela Faculdade de Direito — Centro, da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil e doutorando em Direito de Marcas e Concorrência Desleal pela Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität, Munique. Assistente universitário (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) do Prof. Dr. Michael Lehmann, titular da Cátedra de Direito Civil, Comercial e Econômico, assim como Direito de Autor e Propriedade Industrial (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz), na Ludwig-Maximilians-Universität. Bolsista do programa DAAD/CAPES para doutorado integral na Alemanha e pesquisador no Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munique.

Gabriel Di Blasi

Advogado e engenheiro. Sócio do escritório Di Blasi, Parente, Vaz e Dias & Associados.

Marcos Juruena Villela Souto

Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Visitante da Universidade de Poitiers, França.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Doutora em Direito Internacional pela USP. Professora Adjunta de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Sócia do Doria, Jacobina e Rosado Advogados Associados.

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado.

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 Candido Mendes – UCAM. Advogado.

Valter Shuenquener de Araújo

Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Membro do Conselho Executivo da Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Juiz Federal.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE EFETIVAÇÃO DA REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS

- Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 3

[RE]AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

- Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 27

NOTAS BREVES SOBRE O AGENTE FIDUCIÁRIO DOS DEBENTURISTAS E SUA LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL

- Sérgio Campinho 51

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O (INDISPENSÁVEL) PAPEL DO CADE NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTOS EM PLANOS DE RECUPERAÇÃO

- Valter Shuenquener de Araújo 73

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

FRANCHISING E ANTITRUSTE: O CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL À LUZ DAS REGRAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPÉIA

- Enzo Baiocchi 95

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A TUTELA JURÍDICA DO DESENHO INDUSTRIAL EM DIVERSAS JURISDIÇÕES, A PROTEÇÃO DE PARTES DE OBJETOS E A DECISÃO DA SDE SOBRE ESSA MATÉRIA.

- Gabriel Di Blasi 143

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

- Marilda Rosado de Sá Ribeiro 167

DIREITO ECONÔMICO

A COMPETITIVIDADE NO SETOR PORTUÁRIO E O TRANSPORTE DE CARGAS DE TERCEIROS NOS TERMINAIS DE USO PRIVATIVO MISTO
- Marcos Juruena Villela Souto205

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO. O CONTRATO DE LOCAÇÃO NA FALÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO DO FALIDO. A FALÊNCIA E O PRINCÍPIO DA “VENDA (NÃO) ROMPE A LOCAÇÃO”
- Sérgio Campinho241

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

DYSON LTD / REGISTRAR OF TRADE MARKS: NO TRADEMARK PROTECTION FOR CONCEPTS: JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE (THIRD CHAMBER) OF 25 JANUARY 2007 IN CASE C-321/03
- Christoph Gasser.....269

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) Recuo: os parágrafos devem ser recuados 7 espaços da margem esquerda e, em caso de existirem alíneas, estas iniciam a 7 espaços da margem do parágrafo;
 - (f) Espaçamento: antes e depois: 0 p; entrelinhas: espaço de 1,5 linha, no texto; e simples, para citações longas, notas de rodapé, referências, ficha catalográfica, resumos e informações relativas à natureza do trabalho;
 - (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto, corpo 10 para notas de rodapé e para citações longas; cor: preta.
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 os padrões da NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT); e
 - (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.
5. 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**

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE
EFETIVAÇÃO DA REPARAÇÃO POR DANOS
AMBIENTAIS**

**LA MISE À LÉCART DE LA PERSONNALITÉ MORALE COMME
INSTRUMENT JURIDIQUE POUR LA RÉPARATION DES
DOMMAGES À L'ENVIRONNEMENT**

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Resumo: Estuda-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, associada à tutela do meio ambiente, como importante instrumento jurídico de proteção da biodiversidade e garantia de efetivação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da defesa do meio ambiente, eis que permite ao juiz afastar a limitação da responsabilidade dos sócios para imputar-lhes os efeitos do dano ambiental. Analisa-se o artigo 4º da Lei nº 9.605/98, a influência da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) na formulação do dispositivo da lei ambiental e sua interpretação à luz dos pressupostos doutrinários da *disregard*, inclusive o critério adotado pela jurisprudência para a aplicação da desconsideração no direito pátrio, a partir de célebre julgado do STJ.

Palavras-chave: Meio ambiente. Tutela jurídica da biodiversidade. Desconsideração da personalidade jurídica. Lei nº 9.605.

Résumé: Exposé sur la mise à lécart de la personnalité morale par rapport au droit de l'environnement au Brésil. La mise à lécart de

la personnalité morale (*disregard of legal entity*) est un instrument juridique très important pour la tutelle de la biodiversité puisqu'elle permet au juge écarter la personnalité morale pour imposer aux associés la responsabilité personnelle et illimitée vis-à-vis les dommages causés par la personne morale à la qualité de l'environnement. On y fait l'analyse de l'article 4ème de la Loi 98-9605 et l'influence recue du Code de la Consommation, aussi bien que la jurisprudence de la Cour Supérieure de Justice brésilienne sur le thème.

Mot-clés: Environnement, Droit de l. Mise à l'écart de la personnalité morale. Tutelle de la biodiversité.

Introdução

A proteção à biodiversidade e ao meio ambiente é necessária para a manutenção da qualidade de vida das atuais e futuras gerações, bem como para atingir o tão almejado desenvolvimento sustentável, um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 2º da Lei nº 6.938/81). Nunca o tema teve mais atualidade e importância como hodiernamente, onde se verifica um esforço mundial no desenvolvimento de alternativas energéticas “limpas” em substituição aos combustíveis fósseis (carvão e petróleo), como forma de minimizar o inevitável aquecimento global.

É dever do Estado e de qualquer cidadão assegurar o cumprimento dos preceitos emanados da Constituição Federal e dos atos internacionais em que o Brasil é parte, notadamente a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, de 1992. Dentre os particulares destinatários desta obrigação encontram-se as pessoas jurídicas de direito privado, com relevo para a sociedade por ter sua constituição voltada para a realização da atividade econômica que constitui seu objeto, nos termos do art. 981 do Código Civil.

O objetivo deste trabalho, de cunho interdisciplinar, é tratar da descon sideração da personalidade jurídica, instituto embora tradicio-

nalmente mais afeto ao direito privado, especialmente societário, tem plena aplicação no que tange a proteção do meio ambiente, notadamente no âmbito da efetivação das sanções civis impostas às pessoas jurídicas poluidoras.

A pesquisa vincula-se à área de concentração Relações Privadas e Constituição, do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos (FDC), onde são desenvolvidos trabalhos acadêmicos tendo por cerne estudar a influência da Constituição e de seus princípios e normas nas relações privadas.

A atribuição de personalidade às sociedades objetiva, além do estímulo ao exercício de uma atividade econômica, organizada ou não, proteger seus integrantes (sócios ou acionistas) dos riscos inerentes a essa atividade e fomentar a aplicação de capitais em atividades promotoras do desenvolvimento da nação, expediente perfeitamente consentâneo com os fins da ordem econômica insculpidos no art. 170 da Constituição Federal. Além do interesse privado relacionado à autonomia da pessoa jurídica, há um interesse público permanente de estímulo à livre iniciativa dos particulares (eis que a estes cabe a primazia do exercício da atividade econômica) e ao trabalho, como forma de dignificar a pessoa humana e fomentar a justiça social.

Partindo-se das considerações tecidas no parágrafo anterior, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica não deve ser analisada como consequência de um princípio hermético e absoluto (*“universitas distat a singulis”*), isto é, a completa separação entre o ente coletivo e seus integrantes, mas relativizada e voltada ao cumprimento dos princípios e valores constitucionais.

Com este desiderato e sem olvidar os princípios do direito ambiental, dentre eles o do poluidor pagador, é um mister, numa perspectiva funcional, harmonizar o valor social da empresa, espelho da livre iniciativa, com a defesa do meio ambiente. Esta é a premissa para a compreensão e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como se verá.

1. O Direito Ambiental e a Tutela da Biodiversidade

A biodiversidade ou diversidade biológica compreende as várias espécies de vida presentes na Terra, desde a diversidade presente na flora, na fauna, nos microrganismos, bem como no material genético; incluem-se as variedades de ecossistemas, comunidades e habitats formados pelos organismos. É definida, nos termos do art. 2º da Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, como “a variedade dos organismos vivos de qualquer origem, incluídos, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os respectivos complexos ecológicos; compreende também a diversidade intra e entre espécies, bem como a dos ecossistemas.”¹

O termo “diversidade biológica” foi primeiramente empregado pelo biólogo norte-americano, Thomas Eugene Lovejoy, em 1980, já o vocábulo “biodiversidade” foi usado originalmente pelo biólogo e norte-americano Edward Osborne Wilson, em 1986, num relatório apresentado ao Fórum Americano sobre a diversidade biológica, promovido pelo *National Research Council*². O termo “biodiversidade” foi sugerido a Edward O. Wilson pelo próprio *National Research Council*, em substituição à expressão “diversidade biológica”, considerada menos eficaz para fins de comunicação com o público.

Pela noção apresentada percebe-se que é imperativo para a conservação da espécie humana a preservação da biodiversidade. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas promoveu em 1992 a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada de 3 e 14 de junho de 1992 no Rio

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre a Diversidade Biológica. Assinada no Rio de Janeiro em 14 de junho de 1992. Disponível em <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-un-fr.pdf>. Acesso em 23.09.2007.

2 Sobre a informação e outros dados biográficos dos cientistas citados consulte-se: <http://quercuscastelobranco.naturlink.pt/canais/Artigo.asp?iArtigo=178&iCanal=1&iSubCanal=49&iLingua=1>. Acesso em 21.09.2007

de Janeiro. O objetivo do encontro foi encontrar soluções para harmonizar o desenvolvimento sócio-econômico com a necessidade de conservar e proteger os ecossistemas da Terra. O documento final, aprovado por 156 países — Convenção sobre a Diversidade Biológica — deixou claro no art. 1º que seus objetivos são “a conservação da diversidade biológica, a utilização durável de seus elementos e a distribuição justa e eqüitativa das vantagens decorrentes da exploração dos recursos genéticos, especialmente em virtude de um acesso satisfatório a esses, e da transferência apropriada das técnicas pertinentes, levando-se em conta todos os direitos sobre esses recursos e técnicas, com um financiamento adequado.”³

Do ponto de vista jurídico, é no direito ambiental que estão contidas as normas que visam dar efetividade aos objetivos mundiais de tutela da biodiversidade, o que será percebido a partir da análise do objeto do direito ambiental e do sentido jurídico da expressão “meio ambiente”.

A expressão “Direito Ambiental”, ao invés de “Direito do Ambiente” ou “Direito do Meio Ambiente”, é a preferida pela doutrina nacional⁴ para identificar o ramo do direito que se ocupa em tutelar o meio ambiente em seus múltiplos aspectos⁵.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção... Doc. cit.

4 Cf. nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995; MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; SÉGUIN, Élide. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Registre-se a adoção da expressão “Direito Ecológico” por alguns autores em obras anteriores à Constituição de 1988, tais como: FERRAZ, Sérgio, in **Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 2, nº 4, 1972 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

5 José Afonso da Silva (op. cit., p. 3) aponta os três aspectos do meio ambiente: artificial (o espaço urbano como um todo — edificações, equipamentos públicos e espaços abertos), cultural (obra do homem, mas que adquiriu com o decorrer do tempo um valor agregado) e natural (interação dos seres vivos e seu entorno).

De certa forma, a expressão meio ambiente é uma redundância ou “pleonasma”, na acepção de Paulo Afonso Leme Machado⁶, uma vez que a palavra ambiente já apresenta o sentido de meio (esfera, círculo, entorno em que se vive). Contudo, é prudente a observação de José Afonso da Silva, julgando necessária e útil a adoção do *nomen juris* no direito brasileiro e na Constituição Federal, a fim de precisar de qual ambiente está tratando a norma jurídica:

[...] essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar, aos textos legislativos, a maior precisão significativa possível. [...] Daí por que a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente⁷.

De fato, somente a expressão meio ambiente revela a abrangência das normas ambientais e sua relação com a proteção à vida em todas as suas formas. Portanto, meio ambiente é o resultado do amalgamento de elementos artificiais, culturais e naturais e não apenas a ligação entre eles; é “a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana.”⁸ Esta complexidade está presente na noção trazida pelo art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente): “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”⁹

6 MACHADO, Paulo Afonso Leme, op. cit., p. 1.

7 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 1-2.

8 Ibid., p. 2.

9 Este sentido do vocábulo “ambiente”, com a reunião de elementos de natureza diversa, está presente no vocábulo em seu equivalente na lingual inglesa — *environment*, como define o

Élida Séguin informa sobre objeto do direito ambiental: “a harmonização da natureza, garantida pela manutenção dos ecossistemas e da sadia qualidade de vida para que o homem possa se desenvolver plenamente”.¹⁰

Partindo-se da informação acima, é imprescindível a participação de todos, inclusive dos empreendedores, para restaurar, conservar e preservar o meio ambiente, inclusive em atenção às futuras gerações, preocupação externada pelo constituinte no *caput* do art. 225, pois o objetivo do Direito Ambiental é “o desenvolvimento sustentável e a proteção da saúde humana, através da compatibilização de direitos aparentemente antagônicos como o de propriedade e o dever de preservar”.¹¹

2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica

A evolução do conceito de pessoa jurídica e do papel da personalidade na sociedade contemporânea chegou a um ponto relevante com a aceitação pela doutrina de que o formalismo jurídico e a consideração do princípio da autonomia patrimonial poderiam representar um obstáculo à aplicação da lei e, como “faca de dois gumes”, voltar-se contra os próprios sócios ou terceiros. Destarte, caminhou a dogmática para uma análise do substrato da pessoa jurídica e do seu fim supra-individual, diante da explícita crise funcional e da intenção por vezes antijurídica dos sócios na condução dos negócios sociais.

Casos práticos apreciados pela jurisprudência a partir da segunda metade do século XIX constataram que a personalidade jurídi-

American Heritage Dictionary of the English Language: “the combination of external or extrinsic physical conditions that affect and influence the growth, development and survival of organisms” (4th ed., Boston: Houghton Mifflin, 1969-1970, p. 438).

10 SÉGUIN, Élida, op. cit., p. 89. A participação popular na defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações está prevista no *caput* do art. 225 da Constituição de 1988.

11 Idem.

ca conferida pelo direito objetivo a todo “ser” apto a receber imputações jurídicas e titularizar direitos subjetivos estava sendo desvirtuada. Sendo os entes coletivos dotados de capacidade e legitimação para emitir sua vontade e realizar os objetivos descritos em seu ato constitutivos, estas prerrogativas ou atributos têm como pressuposto ontológico a observância da lei e dos princípios gerais de direito, verificando-se o abuso quando extrapolados estes limites externos (v. art. 187 do Código Civil).

Foi em meio a este emaranhado de indagações e perplexidades da doutrina, ao descobrir os aspectos negativos da personificação, que surgiu na jurisprudência da Inglaterra, no final do século XIX, o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, a ser identificado mais tarde como precursor da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) ou *lifting the veil*, como preferem denominá-la os norte-americanos¹².

Diante da constatação de que um princípio de suma importância como a autonomia da pessoa jurídica poderia escudar comportamentos antijurídicos, fruto de fabulosas maquinações da mente humana, os tribunais passaram a afastar a personalidade jurídica episodicamente para responsabilizar os sócios por atos praticados pela sociedade, ou esta pelos atos praticados pelos primeiros (desconsideração em sentido inverso).

A desconsideração da personalidade jurídica é uma doutrina baseada na equidade, em virtude da qual o juiz pode prescindir da forma externa da pessoa jurídica para, penetrando nela, alcançar as pessoas naturais ocultadas sob seu véu. Embora o primeiro caso a empregar a desconsideração tenha sido reformado na instância final, a possibilidade da sociedade praticar atos que beneficiassem diretamente o sócio, lícitos perante a lei mas ilícitos quanto ao seu verda-

12 Para o exame do caso e de outros na jurisprudência de *Common Law*, cf. VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

deiro objetivo, passou a preocupar os juristas ingleses e, sobretudo, os norte-americanos, onde a teoria foi efetivamente empregada e desenvolveu-se.

A difusão da teoria da desconsideração revelou a importância da revisão do dogma da autonomia patrimonial e seu absolutismo, principalmente no que concerne à tutela de terceiros lesados pelos atos das pessoas naturais e também da própria pessoa jurídica, que é diretamente prejudicada pelos atos de seus integrantes.

No Brasil, a teoria foi introduzida no meio acadêmico no ano de 1969, em conferência proferida por Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná, onde o jurista demonstrou sua compatibilidade com o direito nacional, tarefa levada a cabo anteriormente em relação ao direito italiano por Piero Verrucoli, um dos responsáveis pela propagação da doutrina nos países do sistema jurídico de *Civil Law*.

A consagração legislativa da desconsideração no Brasil teve lugar em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 28)¹³. Todavia, o modo como foi redigido o dispositivo onde a medida está prevista, confundindo a desconsideração com outros institutos, como o ato ilícito, a fraude à lei e a responsabilidade civil de administrador, causou intensa polêmica doutrinária, chegando alguns estudiosos inclusive a concluir pela negação da teoria da pessoa jurídica ou sua incompatibilidade com ela.

A aplicação da desconsideração no direito brasileiro, para não ser abusiva e perniciosa ao instituto da pessoa jurídica, precisa observar requisitos, os quais servirão de supedâneo ao juiz no caso concreto. São eles: a) constituição regular da pessoa jurídica; b) abuso do

13 Posteriormente a desconsideração foi prevista, cronologicamente, nas Leis nº: 8.884/94, art. 18; 9.605/98, art. 4º; 9.847/99, art. 18, § 3º, 10.406/02 (Código Civil), art. 50 e 10.672/03, que alterou o art. 27 da Lei nº 9.615/98, onde não constava originalmente a possibilidade de desconsideração.

direito ou fraude *através da pessoa jurídica*; c) prejuízo a terceiro em decorrência do ato praticado *pela pessoa jurídica*; e d) impossibilidade de aplicação da sanção de modo diverso.

É pressuposto indispensável à aplicação da teoria a existência de sujeito de direito, haja vista ser a personalidade um atributo conferido pelo direito positivo para certos grupos, não sendo uma decorrência meramente fática da união de pessoas ou da afetação de bens para determinados fins. Destarte, inaplicável a *disregard* nas sociedades não personificadas (arts. 986 e 991 do Código Civil) em face da inexistência de autonomia subjetiva e objetiva¹⁴.

De acordo com o Código Civil (art. 45), o início da existência de uma pessoa jurídica de direito privado ocorre com a inscrição do ato constitutivo no registro competente, nos termos do art. 1.150 do mesmo diploma¹⁵. Após tal providência, a pessoa jurídica passa a gozar de personalidade e, portanto, possuir capacidade e legitimidade para praticar atos jurídicos (art. 1.022 do Código Civil).

Quanto aos comportamentos que justificam a aplicação da *disregard*, é fundamental a prática de atos ilícitos por parte dos sócios, com dano efetivo a terceiros. Saliente-se que o ilícito não é praticado pela pessoa jurídica, mas apenas em seu nome, aparentando o ato validade e eficácia perante o lesado. Entretanto, a ilicitude é revelada pela conduta pessoal do sócio em busca de benefício próprio contrária à finalidade social do seu direito.

Em relação à fraude, pode-se dizer ser esta o meio ardiloso por meio do qual o sócio cria uma situação de prejuízo ao credor e

14 A menção a “patrimônio especial” para as sociedades não personificadas (Código Civil, arts. 988 e 994) não pode ser compreendida como evidência de personalidade em face da ausência de registro das sociedades em comum e da expressa vedação quanto à aquisição da personalidade jurídica para a sociedade em conta de participação (art. 993).

15 Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

vantagem para si, de tal maneira que este pensa estar praticando negócio jurídico com garantias ou sem determinado grau de risco, quando, na verdade, encontra-se diante de situação diversa. Um caso comum e típico de levantamento da personalidade por fraude é o patrimônio fictício da pessoa jurídica, isto é, aquele que só existe nos documentos assinados dolosamente pelos sócios, fazendo o credor crer numa solvência ou prosperidade quando, de fato, não terá condição de realizar seu crédito na situação de inadimplemento da obrigação pela sociedade.

O prejuízo a terceiro, outro requisito, pode advir de infração à lei ou ao contrato e será indenizável pelo sócio que agiu irregularmente, pois seu ato não vinculará a pessoa jurídica, também uma vítima da conduta exacerbada, nem os demais sócios se não restar provada a participação individual ou cumplicidade. Acredita-se que o sócio não administrador é quem realmente é beneficiado com a autonomia subjetiva, em virtude da norma de direito societário não imputar a ele responsabilidade pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica ou, em certos casos, apenas de forma subsidiária¹⁶.

Não raramente aos olhos dos terceiros que desconhecem a estrutura dos órgãos sociais e seus componentes, o sócio majoritário possui um poder fático de gestão sobre a sociedade, inclusive levando esta e os administradores a atuarem de acordo com as suas conveniências.

Esta concepção está pautada na seguinte constatação: na aplicação da desconsideração deve ser analisada a boa-fé do terceiro e a aparência aos seus olhos de validade e eficácia do ato. Quando uma pessoa jurídica através de seu representante legal contrata com outra pessoa jurídica, esta tem por hábito, ou por força de usos e costumes,

16 A ser aplicado o entendimento de que apenas os administradores seriam atingidos pela desconsideração, além de ser um *bis in idem* em relação às normas onde está prevista a responsabilidade pessoal dos administradores, a medida não atingiria os sócios ou não sócios membros do órgão de controle interno responsável pela fiscalização da conduta dos administradores (cf. art. 1.066 do Código Civil e art. 161 da Lei nº 6.404/76).

solicitar o acesso aos seus documentos e ao contrato social, resguardando-se de “armadilhas” ou manobras ardilosas para enganar o contratante. Nesta situação, informações contidas nos documentos, aparentemente verdadeiras mas ideologicamente falsas, irão certamente prejudicar o contratante *in bonis*.

Em relação ao último requisito, saliente-se que este tem relação direta com a premissa apontada unanimemente na doutrina e na jurisprudência de que a desconsideração é medida de caráter excepcional, em virtude da instrumentalidade da pessoa jurídica. Portanto, não é cabível a aplicação do instituto quando já há previsão na lei de responsabilidade ilimitada e *direta* para sócios, administradores ou controladores. Não obstante, ou a legislação prevê hipóteses absolutamente desnecessárias à desconsideração (cf. art. 18 da Lei nº 8.884/98), ou alarga demais o âmbito de sua aplicação (cf. art. 28, § 5º da Lei nº 8.078/90).

Com base nas premissas teóricas articuladas, procede-se à análise da desconsideração na lei ambiental.

3. A Desconsideração na Lei nº 9.605/98

A desconsideração no direito ambiental tem total pertinência com os valores especialmente protegidos pelo legislador constitucional, os quais justificam o afastamento da personalidade com o fito de atingir os bens dos verdadeiros responsáveis pelo dano ambiental. A defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso VI) e este tem tratamento específico na Constituição de 1988 (Capítulo VI do Título VIII — da Ordem Social).

O *caput* e o § 3º do art. 225, além do inciso VI do art. 170, são fundamentos normativos à aplicação da desconsideração em matéria ambiental, porque o direito difuso a um meio ambiente equilibrado, apto a garantir qualidade sadia de vida, deve preponderar sobre outros valores e princípios previstos no ordenamento, entre eles a concepção absoluta da personalidade jurídica.

A preservação e a defesa do meio ambiente são deveres constitucionais do Estado e da coletividade como um todo (sociedade organizada, cidadãos e Ministério Público); na efetivação deste direito difuso são impostas obrigações ao Poder Público pelo § 1º do art. 225¹⁷.

O descumprimento das normas ambientais acarreta sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação civil de reparar o dano. Se ficar comprovado que uma pessoa jurídica causou um dano ambiental, provada a ação comissiva ou omissiva de um sócio que não poderia ser responsabilizado senão com a desconsideração, justifica-se a suspensão da autonomia patrimonial em virtude da importância do meio ambiente e sua proteção no ordenamento constitucional.

Cuida da desconsideração da personalidade jurídica o art. 4º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 3.179/99. Nos termos do indigitado dispositivo, o juiz poderá se valer da medida sempre que a personalidade da pessoa jurídica responsável pelo ato ilícito “for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

O art. 4º deve ser analisado numa perspectiva sistemática com o art. 3º, pois a aplicação daquele está relacionada à impossibilidade

17 De acordo com o § 1º do art. 225, são obrigações do Poder Público: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades destinadas à pesquisa e manipulação de material genético; III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV) exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

total ou parcial de efetivação da responsabilidade ambiental por parte da pessoa jurídica, prevista no art. 3º.

Nos termos do art. 3º, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nas esferas civil, penal e administrativa, independentemente de culpa¹⁸, quando a infração às normas ambientais for efetivada por decisão de seu representante legal (administrador ou diretor) ou contratual (preposto), ou de seu órgão colegiado (Conselho de Administração, Diretoria ou outro órgão estatutário), no interesse ou benefício da sua entidade.

Tal responsabilidade por fato de terceiro não exclui nem a ação regressiva em face do autor do ilícito nem a responsabilização *pessoal* deste, ou seja, das pessoas naturais, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (art. 3º, parágrafo único).

Verifica-se que a própria lei ambiental responsabiliza, sem benefício de ordem, os verdadeiros autores da conduta lesiva ao meio ambiente solidariamente com a pessoa jurídica, eis que a aplicação de sanções civis — dentre elas a imposição de multa — à pessoa jurídica não impede a responsabilização de seus administradores ou membros dos órgãos colegiados, provando-se dolo ou culpa.

Com base no quarto requisito para a correta aplicação da desconsideração (impossibilidade de aplicação da sanção de modo diverso), percebe-se que nas hipóteses legais de responsabilidade solidária não será necessária a aplicação da desconsideração para a efetivação da norma do art. 3º, haja vista não ser a personalidade jurídica obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.

18 Tal afirmativa está assentada no § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, segundo o qual independentemente da aplicação das penalidades de multa, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito ou suspensão de atividade é o poluidor (a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental, conforme definição do art. 3º, IV) obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Caso o dano ambiental não possa ser integralmente reparado pela pessoa jurídica e pelas pessoas naturais responsáveis, então, nesse caso, poderá o juiz lançar mão da desconsideração da personalidade jurídica para garantir que a reparação dos prejuízos não será obstaculizada pela autonomia patrimonial e, obviamente, em face das pessoas *que não são diretamente responsabilizadas nos termos do art. 3º*. Trata-se, portanto, de excepcional hipótese de responsabilidade subsidiária em prol da proteção à qualidade do meio ambiente, com supedâneo nos artigos 170 e 225 da Constituição.

Mutatis mutandis, o art. 4º da Lei nº 9.605/98 segue a mesma orientação do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹, isto é, não enuncia os casos em que será possível ao juiz levantar o véu da personalidade jurídica. Ao contrário, o legislador preferiu um preceito genérico onde qualquer conduta ensejadora da *disregard* possa estar contemplada no âmbito de incidência da norma, o que pode ensejar um desvirtuamento do instituto com sua adoção em casos desnecessários (v.g. responsabilidade civil dos administradores).

Duas críticas devem ser feitas ao art. 4º: a desconsideração não é da pessoa jurídica e sim da personalidade jurídica, haja vista não serem sinônimos os termos “pessoa” e “personalidade”²⁰. Ademais, a redação do dispositivo permite a ilação de ser o levantamento do véu uma medida dirigida aos sócios, suplementar à responsabilização da sociedade, ou seja, os sócios respondem subsidiariamente pelos prejuízos ao meio ambiente na impossibilidade da prestação

19 “Art. 28 [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

20 Na lição pertinente de Rachel Sztajn: “Personalidade é relação, pessoa é pólo de relação. Personalidade jurídica é forma jurídica que o Estado confere a entes que julga merecedores desta posição. As pessoas jurídicas são entes ideais que servem como forma jurídica de unificação e concentração de direitos, obrigações e poderes para a consecução de interesses humanos. Personalidade é outorgada pelo Estado e o reconhecimento é o fator constitutivo da personalidade jurídica” (Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 762, p. 85, abr. 1999).

ser satisfeita pela pessoa jurídica. A contribuição doutrinária já apontou a necessidade da constrição patrimonial ser efetivada diretamente em relação aos responsáveis se estes, protegidos pela personalidade, não puderem ser atingidos de outra forma²¹. Outrossim, o instituto é de utilização extraordinária nos casos em que a fraude ou abuso não podem ser sancionados de outro modo.

Em razão das considerações acima, deve ser alterado o art. 4º para ficar ajustado à verdadeira *ratio* da *disregard*, com a seguinte redação *de lege ferenda*:

“Art. 4º. O juiz poderá desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica para imputar ao sócio, diretamente, responsabilidade pelo ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.”

Destarte, com base na proposta acima, a desconsideração tornará ineficaz a obrigação de indenizar imputada à pessoa jurídica, em razão dos fundamentos doutrinários considerados pelo juiz no caso concreto, passando o sócio a responder ilimitadamente em razão de sua atuação nociva à coletividade e ao meio ambiente²².

A jurisprudência sobre o tema é escassa, porém cabe citar duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No primeiro julgado, da Câmara Especial do Meio Ambiente, o Colegiado reformou decisão monocrática que indeferiu o pedido de desconsideração, com fundamento doutrinário na concepção sub-

21 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, *passim*.

22 A guisa de ilustração, um sócio de uma sociedade limitada convence os demais sócios a exportar peles em bruto sem autorização da autoridade ambiental, infringindo o art. 30 da Lei nº 9.605/98. O desrespeito à lei foi praticado pela pessoa jurídica à primeira vista, mas, de fato, quem causou o dano ao meio ambiente foi o sócio (ou grupo de sócios), resguardados pela personalidade jurídica em razão da responsabilidade limitada decorrente do tipo e do fato de não serem administradores. Com a desconsideração o juiz poderá, ao verificar a fraude na condução da atividade da pessoa jurídica, declarar a ineficácia do ato em relação ao credor e determinar que os sócios paguem a indenização, isentando a sociedade de um ato que não foi realmente praticado por ela, e sim pelos sócios, ajustando a aparência à realidade.

jetiva da *disregard*, segundo a qual a aplicação da medida exige a demonstração da fraude ou abuso. Em segunda instância, os desembargadores ficaram convencidos, pela prova dos autos, da desnecessidade de demonstração cabal da fraude, pois esta seria presumida pelo encerramento irregular da sociedade. Tal hipótese é bastante comum nos casos de desconsideração — a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, a ensejar a responsabilidade subsidiária dos sócios, com fundamento no art. 4º da Lei nº 9.605/98.

EXECUÇÃO FISCAL — Auto de infração — Insurgência contra despacho que considerou não ter agido, o sócio da executada, com excesso de mandato ou em desacordo com a lei ou estatuto, negando a desconsideração da personalidade jurídica e a execução na pessoa do sócio — Circunstância em que o exame acurado dos documentos acostados aos autos demonstra que a empresa foi encerrada irregularmente, porquanto nada foi comunicado ao Fisco como determina a legislação que rege a matéria, existindo débito referente a multa ambiental imposta pela CETESB (ainda pendente), não se podendo negar o abuso de direito do sócio que, deixando de solver suas obrigações, e sem dar qualquer notícia de patrimônio ou haveres hábeis a suportá-las, encerra as atividades da empresa clandestinamente — Desconsideração da personalidade jurídica — Necessidade — Recurso provido.²³

Na segunda decisão, a Sexta Câmara de Direito Público confirmou a decisão que aplicou a desconsideração para responsabilizar subsidiariamente os sócios de uma sociedade limitada pela extração irregular de areia no rio Paraíba do Sul, no município de Taubaté.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — Execução de sentença — Dano ao meio ambiente: “uma vez praticados atos que danificaram o meio ambiente por pessoa jurídica e na impossibilidade de obter recursos para satisfação de sua condenação, nada mais justo que se aplique a descon-

23 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial do Meio Ambiente. Agravo de instrumento nº 580.884-5/2-00 — Relatora: Regina Capistrano — julg. em 24.05.07.

sideração da pessoa jurídica, arcando seus sócios também com o prejuízo” — Recurso não provido.²⁴

No Superior Tribunal de Justiça não há, até o momento, nenhum recurso especial onde tenha sido analisado o mérito de uma decisão onde foi aplicada ou rejeitada a desconsideração na instância inferior. Sem embargo, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 726816, a Primeira Turma não deu provimento a Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial. Tratava-se de decisão da justiça paulista que, em ação civil pública de indenização por danos causados ao meio ambiente, considerou a necessidade da desconsideração, para que a responsabilidade obrigacional atingisse também o sócio. Os ministros, por unanimidade, consideraram que o âmbito da controvérsia sobre o fato dizia respeito à matéria fática, não vendo dissídio jurisprudencial ou divergência da interpretação de lei federal, aplicando a Corte a Súmula nº 7, segundo a qual simples reexame de prova não enseja recurso especial.²⁵

Cumprе ressaltar que, em 2003, a Terceira Turma do STJ, por maioria, no julgamento do Recurso Especial nº 279273, tratando de matéria afeta ao direito do consumidor, firmou entendimento que o critério a nortear a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental é o objetivo, ao contrário do que dispõe o art. 50 do Código Civil. Embora os Ministros da Terceira Turma tenham analisado a exegese a ser dada ao § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, a grande similaridade entre este dispositivo e o art. 4º da Lei nº 9.605/98 permite perfeitamente a aplicação analógica. É importante citar os seguintes trechos da ementa.

24 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 139.758-5 — Relator: Vallim Bellocchi — julg., em 13.03.00.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 726816. Relator Ministro José Delgado. Julg. em 20.06.2006. In Diário da Justiça de 03.08.2006, p. 208.

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. [...]. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.
[...]

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.²⁶ [grifos nossos]

A prevalecer em futuras decisões as considerações do julgado acima, aplicará o STJ o art. 4º da Lei nº 9.605/98 na sua literalidade, permitindo a responsabilização solidária, subsidiária e de forma objetiva dos sócios de uma sociedade a fim de garantir, de qualquer forma, o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente, desprezando a concepção subjetivista na formulação da *disregard doctrine*.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 279273. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julg. em 04/12/2003. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 12.09.2007.

Considerações Finais

Na legislação ambiental, a desconsideração da personalidade jurídica está prevista no art. 4º da Lei nº 9.605/98. A redação do dispositivo, inspirada diretamente no § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, filia-se à concepção objetiva da *disregard doctrine*, segundo a qual a penetração no seio da sociedade para atingir os sócios tem como único pressuposto a impossibilidade pecuniária de ser obtido o ressarcimento integral do dano exclusivamente da pessoa jurídica.

Iguala-se, assim, o instituto a uma hipótese excepcional de responsabilidade subsidiária de sócios, permitindo ao juiz, independentemente da verificação de culpa de qualquer sócio, imputar-lhes responsabilidade pessoal e ilimitada, afastando qualquer efeito da personificação que represente obstáculo ao pagamento dos prejuízos decorrentes de danos ambientais.

A redação do dispositivo, por demais genérica e subjetiva, demanda a contribuição doutrinária para sua boa aplicação, especialmente à luz dos princípios constitucionais da livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e da empresa e defesa do meio ambiente.

Tal qual foi feito pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 279273, aplicando-se ao direito ambiental a concepção objetiva da desconsideração prevista no § 5º do art. 28 do CDC, a partir da premissa da superioridade dos valores albergados pelo legislador ao conceber o dispositivo sobre a limitação de responsabilidade dos sócios e os benefícios por ela trazidos, o juiz poderá levantar o véu sempre que a autonomia objetiva “for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, sem ter em conta a aferição do elemento subjetivo presente na conduta dos sócios, exigência posta em relevo pela teoria subjetiva.

Se a solução dada pela aplicação da teoria objetiva dispensa a prova de culpa e garante o pagamento da indenização, eliminando

qualquer defesa por parte de qualquer sócio, também promoverá uma associação indevida entre a *disregard* e a responsabilidade subsidiária — insista-se que a desconsideração importa em transferência de imputação subjetiva — a ensejar, quiçá, um desvirtuamento do instituto da personalidade jurídica com sua adoção em casos desnecessários (v.g. responsabilidade pessoal e ilimitada dos administradores já prevista no art. 3^a da Lei nº 9.605/98). Outro reparo à redação do art. 4^o é o emprego da expressão “desconsideração da pessoa jurídica”, quando, na verdade, afasta-se a personalidade jurídica, haja vista não serem sinônimos os termos pessoa e personalidade.

Destarte, a proteção ao meio ambiente também deve considerar outros princípios constitucionais de modo a não atingir irremediavelmente a pessoa jurídica e observar, prioritariamente, as soluções já previstas no Código Civil e nas leis especiais que conferem responsabilidade direta e ilimitada aos sócios e administradores pela prática de atos ilícitos, notadamente os arts. 1.016 e 1.080 do Código Civil, dirigindo a estes e não à sociedade os efeitos patrimoniais do ilícito ambiental.

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de direito civil — constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 243-278.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BANDEIRA, Gustavo. Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica: fundamento para responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v.7. n.28. p.167-203. 2004

CEOLIN, Ana Caroline S. **O abuso da aplicação da teoria da desconsideração**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito ambiental e questões jurídicas relevantes**. Campinas: Millennium, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Diversidade Biológica**. Assinada no Rio de Janeiro em 14 de junho de 1992. Disponível em . Acesso em 23.09.2007.

SÉGUIN, Élida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SERICK, Rolf. **Forma e Realtà della Persona Giuridica**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 762, p. 81-97, abr. 1999.

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

[RE]AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

A [RE]EVALUATION OF THE CRITERIA FOR CLASSIFYING BUSINESS COMPANIES

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar a evolução dos critérios de classificação das sociedades empresárias. Particularmente, o autor trata da clássica dicotomia entre *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais* para demonstrar o processo de relativização desses critérios ao longo do tempo. Sustenta o autor que, no atual estágio de evolução do Direito Societário, a importância da classificação de sociedades como sendo de pessoas ou de capitais deve ser mitigada, uma vez que não será a forma que determinará a natureza da sociedade empresária, mas sim a substância da relação entre sócios, diante das circunstâncias que resultam da dinâmica da vida em sociedade.

Palavras-chave: Direito de Empresa. Direito Societário. Classificação de sociedades empresárias.

Abstract: This work examines the evolution of the criteria for classifying business companies. Particularly, I analyse the classic dichotomy between companies of people and companies of capital to demonstrate how these criteria have become more relative over time. I argue that at the current stage in the evolution of corporate law, the importance of the classification of companies as being formed of peo-

ple or capital should be mitigate, since their nature rests much more on the substance of the relationship of the partners, in light of the circumstances that result from the dynamic of business life.

Keywords: Business law, corporate law, classification of business companies.

Sumário: I. Introdução. II. Sociedades de pessoas x sociedades de capitais: críticas da doutrina clássica. III. Discussões suscitadas com o desenvolvimento das sociedades limitadas e outras atualidades. IV. A personalidade como característica inerente à relação societária. V. Conclusão.

I. Introdução

A doutrina estabeleceu peculiar dicotomia no âmbito do Direito Societário, cujas normas deveriam ser aplicadas a distintas e estanques categorias de sociedades, sendo a primeira as *sociedades de pessoas* e a segunda as *sociedades de capitais*.

Logo, pelo *standard* tradicional, as *sociedades de pessoas* seriam aquelas em que os sócios se escolhem tendo em vista suas qualidades pessoais, o que levaria à predominância do *intuitus personae* no seu funcionamento e, por conseqüência, a morte de um dos sócios determinaria a dissolução da sociedade. Em geral, as *sociedades de pessoas* seriam formalmente reconhecíveis por cláusulas contratuais que estipulassem a proibição de cessão de cotas, salvo consentimento unânime dos demais sócios, e a não admissão de penhora de cotas. Por outro lado, as *sociedades de capitais* seriam aquelas nas quais apenas seria relevante a contribuição pecuniária dos sócios, razão pela qual o vínculo entre sócios seria estabelecido apenas com base no *intuitus pecuniae*, permitindo tanto a plena cessibilidade da participação societária, quanto a continuidade da sociedade em caso de morte de um dos sócios.

Por conseqüência, os tipos de sociedades comerciais (hoje sociedades empresárias) passariam a ser enquadrados dentro das refe-

ridas categorias: as sociedades anônimas seriam *sociedades de capitais* e as sociedades em nome coletivo e em comandita simples seriam espécies de *sociedades de pessoas*.

Daí para frente, as normas formais do tipo societário se sobreporiam à própria substância da relação entre sócios, de modo que, por exemplo, jamais se poderia admitir, nas sociedades anônimas, vínculo societário fundado nas qualidades pessoais de seus sócios, ainda que se tratasse de companhia fechada familiar ou de sociedade com propósitos relacionados com a qualidade pessoal dos sócios (como o caso da prestação de serviços técnicos).

Sem dúvida, as primeiras reflexões em torno da insuficiência da referida classificação surgiram ainda na doutrina clássica e se intensificaram com o advento das então sociedades por cotas de responsabilidade limitada (hoje, sociedades limitadas), por força das particularidades de sua estrutura.

Na atualidade, impõe-se revisitar as críticas existentes na doutrina, seja para fazer prevalecer, no âmbito societário, a substância da relação entre sócios (vis-à-vis a forma societária), seja para absorver importantes decisões judiciais em torno do problema, como a que recentemente ratificou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de admitir o aspecto da pessoalidade em sociedades anônimas familiares (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, julgado em 28.05.2008).

Como se vê, a questão não é exclusivamente teórica, mas essencialmente pragmática, sobretudo no que respeita ao exercício de direitos de sócio e à sua movimentação no quadro societário, tanto no que diz respeito às sociedades reguladas pelo Código Civil, quanto nas sociedades por ações. A partir da mitigação da importância da classificação das sociedades em *sociedades de capitais* e *sociedades de pessoas*, determinados problemas recorrentes de Direito Societário — como a resolução da sociedade anônima relativamente a um sócio ou a um grupo de sócios (referenciada cotidianamente como “disso-

lução parcial de sociedade”) — terão soluções jurídicas mais eficazes e objetivas.

II. Sociedades de pessoas x sociedades de capitais: críticas da doutrina clássica

A propósito da dicotomia no Direito Societário entre *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*, merece ser citada a posição de FERRARA e CORSI, que, em lição clássica, consideraram ultrapassado o critério de classificação em virtude do *intuitus personae*, a ela preferindo a classificação das sociedades segundo sua estrutura, categorizando-as em sociedades dotadas de autonomia patrimonial e sociedades dotadas de personalidade jurídica¹:

Tale distinzione pone l'accento sul fatto che le prime sono organizzate in funzione delle persone dei soci, le seconde in funzione dei capitali conferiti. Nelle prime è rilevante la persona del socio (per cui i diritti e poteri possono essere indipendenti dalla entità del conferimento), nelle seconde invece è rilevante il conferimento del socio. Tuttavia, la distinzione riesce difficile per l'accomandita semplice (in cui si associano capitalisti e lavoratori) e mal si adatta alle cooperative di solito ascritte alle società di capitali (si pensi alle cooperative di produzione e lavoro).

Por sua vez, SYLVIO MARCONDES tratou com profundidade do tema em seu *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada* (1940), no qual advertiu que a impropriedade daquela classificação doutrinária², comum entre juristas franceses, já havia sido critica-

1 F. FERRARA-F. CORSI. *Gli imprenditori e le società*. Milão: Giuffrè Editore, 2001, p. 212.

2 Destacou SYLVIO MARCONDES que três sistemas se distinguem na legislação e na doutrina para a classificação de sociedades: "(...) o primeiro, seguido pela maioria das legislações, usa simplesmente as denominações de coletiva, de comandita e de anônima e pode chamar-se histórico; o segundo, adotado pela lei inglesa, não enquadra a sociedade sob nomes particulares, mas infere sua diversidade pelos vários graus de responsabilidade dos sócios; o último,

da por autores da importância de MANARA (para quem o vínculo social é formado por pessoas e não por coisas), VIVANTE (a ponderar que por trás das ações estão os acionistas e sem eles não se pode desenvolver a atividade social) e CARVALHO DE MENDONÇA (observando que aos acionistas cabe nomear administradores e fiscais, tomar-lhes as contas e votar nas assembleias).

O professor FRAN MARTINS publicou, no ano de 1954, monografia especializada sobre a matéria (*Classificação das sociedades comerciais*), no bojo da qual sustentou a inadequação da dicotomia criada entre *sociedades de pessoas* e *de capitais*, pois, segundo o jurista, a questão da personalidade estava, em verdade, estritamente vinculada à extensão da responsabilidade dos sócios e esta (responsabilidade) que deveria ser levada em consideração para fins de classificação das sociedades.

Naquela oportunidade, FRAN MARTINS manifestou sua concordância com as críticas que já se faziam repercutir na doutrina a respeito daquele critério (pessoa x capital) de classificação da sociedade. Aduziu o jurista que a importância do papel desempenhado pelos sócios nas sociedades comerciais era inegável, tanto com referência às relações mantidas por eles entre si, quanto para com terceiros. Reconheceu, ademais, que mesmo nas sociedades anônimas a pessoa dos sócios representava papel “apreciável, uma vez que eles são responsáveis pela integralização das ações subscritas³. Ao lado disso, afirmou que o *intuitus personae* servia apenas para caracterizar a maior ou menor responsabilidade dos sócios.

Com efeito, a responsabilidade do sócio deveria ser o critério empregado na classificação das sociedades. Naquelas que se diziam *de capitais*, a explicação da categoria não se daria pelo valor do capi-

de criação doutrinária, divide as sociedades em sociedades de pessoas e sociedades de capitais”. (*Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, São Paulo, 1940, p. 85).

3 MARTINS, FRAN. *Da Classificação das Sociedades Comerciais*. Fortaleza: Universidade do Ceará, 1954, p. 11.

tal social ou pela desinfluência da pessoa do sócio na vida social, mas sim pelo fato de, sendo a responsabilidade destes extremamente limitada, ficaria acentuada, perante terceiros, a importância do *capital* investido na sociedade. Em situação diametralmente oposta, nas sociedades em que os sócios respondem ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações sociais, a questão da personalidade ganharia importância tanto internamente quanto externamente. No primeiro caso, cada sócio procuraria saber as condições econômico-financeiras de seus pares, sua capacidade profissional e sua idoneidade moral, vez que o insucesso empresarial poderia comprometê-los pelo passivo social. No segundo caso, que ocorre já em posterior estágio, quando a sociedade se encontra em funcionamento, os terceiros com quem a sociedade contrata vão se preocupar em investigar a pessoa dos sócios, cujo patrimônio servirá, em caráter subsidiário, à satisfação das obrigações sociais.

III. Discussões suscitadas com o desenvolvimento das sociedades limitadas e outras atualidades

Pode-se dizer que a larga utilização das sociedades limitadas — que produziu o interesse entre os juristas na elaboração de trabalhos monográficos sobre esse tipo societário — provocou valorosa reflexão sobre o método de classificação das sociedades em geral, pois que as limitadas não pareciam se enquadrar nem no compartimento fechado das *sociedades de pessoas*, nem no modelo idealizado para as *sociedades de capitais*. Confira-se adiante a perplexidade evidenciada por SYLVIO MARCONDES⁴:

⁴ *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, São Paulo, 1940, p. 92. Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal viria a fixar o entendimento no sentido de que a sociedade limitada corresponde a um tipo misto, e a prevalência do elemento pessoal ou capitalista deveria ser inferido do exame do contrato social, pela interpretação de cláusulas que regulassem situações como cessão de cotas e falecimento de sócio. Vide sobre o tema os comentários de RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*. 23ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, vol. 1, p. 468.

A divisão das sociedades em sociedades de pessoas e sociedades de capitais fornece uma classificação da qual resulte o exato conceito da sociedade de responsabilidade limitada? (...) Mesmo que se tome em conta a situação intermédia da sociedade de responsabilidade limitada, como verificar, no quadro dessa classificação, o grau de penetração do intuitus que ora a aproxima das sociedades de pessoas, ora das sociedades de capitais? Sob que aspectos ela deve ser tratada como sociedade de capitais ou como sociedades de pessoas, e qual a posição que lhe cabe entre a sociedade em nome coletivo e a sociedade anônima, extremos a que deve a sua origem? A rígida simplicidade do sistema não fornece dados bastantes para análise da sociedade de responsabilidade limitada e obtenção dos elementos que compõem a sua natureza complexa.

Uma importante argumentação doutrinária pode ser encontrada na obra de NELSON ABRÃO, que, citando a opinião dos juristas argentinos FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES e ENRIQUE AZTIRIA, defendeu que o problema de classificar uma sociedade como de capitais ou de pessoas havia perdido sua utilidade e atualidade, porquanto “não há sociedades sem pessoas, nem sem capital” e — completou o jurista — “a velha figura da sociedade coletiva, na qual se empenhavam ilimitadamente os sócios com suas pessoas e patrimônios (...) tornou-se obsoleta⁵. Ressaltou o professor que a restrição à alienação da participação societária, elemento caracterizador das sociedades ditas de pessoas, poderia ser também convencionada na sociedade anônima, nos termos do art. 36, da Lei nº 6.404/76.

Há, na doutrina atual, pensadores que defendem a dicotomia do Direito Societário em razão do aspecto da personalidade *versus* patrimonialidade. Entre eles, vale ser citado o professor FÁBIO ULHOA COELHO, que, em seu *Curso de Direito Comercial*, defende a manutenção daquele critério de classificação, que, sob seu ponto de vista, determinaria a possibilidade ou não de alienação e penhora da parti-

5 ABRÃO, NELSON. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 35/36.

cipação societária e a solução a ser dada em caso de sucessão por morte de sócios⁶.

Todavia, tudo indica que, à luz do Código Civil e da reforma do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/2006, não mais subsiste a importância atribuída aos efeitos práticos daquela classificação, uma vez que foram postas em vigor regras específicas sobre cessão e penhora de cotas, bem como acerca dos efeitos do falecimento do sócio.

Logo, naquilo que concerne à possibilidade de alienação da participação societária, note-se que o Código Civil exauriu o problema, determinando que: (i) nas sociedades simples, a cessão seja precedida do consentimento dos demais sócios, sob pena de ineficácia perante estes e perante a sociedade (art. 1003, aplicável às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples, por força, respectivamente, dos arts. 1.040 e 1.046); (ii) nas sociedades limitadas, em caso de omissão do contrato (portanto, supletivamente ao disposto no contrato social), a cessão possa ser realizada caso não se verifique a oposição de sócios titulares de cotas representativas de mais de (um quarto) do capital social; (iii) com referência às sociedades cooperativas, o Código Civil corroborou, no art. 1.094, IV, a regra já positivada pelo art. 4º, IV, Lei nº 5.764/71, proibindo a transferência das cotas a estranho à sociedade. Enfim, a regra geral nas sociedades anônimas e nas sociedades em comandita por ações é a plena negociabilidade das ações, podendo o estatuto da companhia fechada impor — como já acima mencionado — restrições a essa negociação (art. 36, Lei nº 6.404/76), como, por exemplo, a outorga do direito de preferência aos demais sócios. As restrições na sociedade anônima

6 Transcreva-se a conclusão do mencionado autor: “As sociedades de pessoas são aquelas em que a realização do objeto social depende mais dos atributos individuais dos sócios que da contribuição material que eles dão. As de capital são as sociedades em que essa contribuição material é mais importante que as características subjetivas dos sócios. A natureza da sociedade importa diferenças no tocante à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida particular do sócio e à questão da sucessão por morte.” (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, vol. 2, p. 24).

podem ainda ser inseridas em acordo de acionistas, sendo muito usual aquela que determina a adesão ao acordo pelo interessado na aquisição das ações.

O Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de permitir a penhora de cotas de qualquer sociedade, independentemente do conteúdo do contrato social, sob o fundamento de que tais cotas não estão inseridas no rol dos bens absolutamente impenhoráveis (art. 649, do Código de Processo Civil), o que já vinha sendo defendido há anos pela doutrina de NELSON ABRÃO⁷. Essa orientação jurisprudencial foi finalmente firmada após longa discussão sobre a viabilidade de penhora de cotas de sociedade cujo contrato estipulasse a proibição de sua alienação. No final das contas, os magistrados concluíram acertadamente que a simples excussão das cotas não produz o ingresso do credor particular do sócio (e nem o direito a ingressar) na sociedade, muito menos os sócios devem aceitar o ingresso *manu militare* de estranho que tenha arrematado a participação em leilão.

Nessa hipótese, já concluía a jurisprudência que uma das seguintes alternativas poderia ser adotada: (i) a sociedade poderia liquidar a cota penhorada, pagando ao credor os haveres a ela correspondentes; (ii) a sociedade poderia remir a dívida particular do sócio, sub-rogando-se nos direitos do credor e agindo em regresso contra o devedor originário; (iii) a sociedade poderia conceder a si e aos demais sócios o direito de preferência na aquisição das cotas⁸. Leiam-se

7 Reproduzam-se as palavras do ilustrado professor: "(...) É incontestável que a quota, representando um direito, pode ser penhorada. Mesmo porque não se compreende ela, nem qualquer outra parte social das chamadas sociedades de pessoas, entre os bens absolutamente impenhoráveis arrolados pelo art. 649 do Código de Processo Civil". (op. cit., p. 93).

8 Contra a possibilidade da sociedade ter a prerrogativa de adquirir suas próprias cotas, cite-se a fundamentada opinião de SERGIO CAMPINHO (*Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 164-169), o que veio a ser adotado pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio, por meio da edição da Instrução Normativa nº 98/2003, ao aprovar o Manual de Atos de registro de Sociedade Limitada (vide item 3.2.10.1 do Manual).

adiante duas ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça, anteriores ao atual Código Civil, que bem ilustravam essa posição⁹:

Recurso especial — Processual civil e comercial — Penhora de quotas sociais de sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Possibilidade. I — É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, em razão de inexistir vedação legal. Tal possibilidade encontra sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. II — Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais devem ser determinados levando em consideração os princípios societários. Destarte, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1117, 1118 e 1119), assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade. (Recurso Especial nº 221625/SP — Rel. Min. Nancy Andrighi — fonte: DJ de 07/05/2001, p. 138)

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora das cotas sociais. Precedentes da Corte. 1. Diante da disposição contratual que exige o consenso dos sócios para a transferência ou alienação das cotas sociais, mas com a possibilidade de ingresso de terceiro, ainda que preservado o direito de preferência, torna-se desnecessário desafiar a divergência entre a tese da penhorabilidade irrestrita e a da penhorabilidade dependente do contrato social. De fato, admitindo o contrato social o ingresso de estranho não faz sentido negar-se a pe-

9 Veja-se ainda o Recurso Especial nº 211842/MG. Adicionalmente, vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça decidira anteriormente, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, se não houver empecilho no contrato social, não fica afastada a possibilidade da cota ser arrematada, em conjunto com todos os direitos a ela concernentes, incluindo-se o status de sócio (Recurso Especial nº 39.609-3-SP, publicado no D.J.U. de 06.02.1995).

nhora das cotas sociais de determinado cotista para o cumprimento de obrigações, evitando-se privilégio ao devedor inadimplente. 2. Havendo precedente da Corte com o mesmo cenário, impõe-se rechaçar a cobertura da impenhorabilidade acolhida nas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 87216/MG — Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito — Fonte: DJ de 11/06/2001, p.196)

Os precedentes judiciais abriram caminho para inclusão no Código de Processo Civil de norma específica sobre a matéria, disposta no parágrafo quarto, do art. 685-A, que outorga textualmente o exercício do direito de preferência aos sócios em caso de expropriação de cotas penhoradas, devendo a sociedade ser previamente intimada. Além de dispor sobre a etapa expropriatória da excussão das cotas, a lei processual assume como regra geral a ampla penhorabilidade das cotas (art. 655, VI), ressalvada disposição legal em contrário, como ocorre com as sociedades em nome coletivo¹⁰.

A propósito do Código Civil, há previsão de regras que tratam, ainda que indiretamente, da penhora de cotas. Assim, relativamente às sociedades simples, o art. 1.026, parágrafo único, faculta ao credor particular do sócio exigir a *liquidação* de sua cota na sociedade (o que, evidentemente, deve ser precedido da correspondente penhora), caso em que os haveres correspondentes serão calculados com base no valor patrimonial (regra geral do art. 1.031, Código Civil) e depositados em dinheiro em conta aberta à disposição do Juízo perante o qual tramita o processo de execução, dentro de noventa dias contados da *liquidação*. Com pertinência às sociedades limitadas, o aludido art. 1.026, parágrafo único, deve ser aplicado em razão da omissão do Código no Capítulo próprio das limitadas (e em respeito à dicção do art. 1053), salvo na hipótese do contrato social estipular

10 A impenhorabilidade das cotas das sociedades em nome coletivo corresponde ao resultado prático da cláusula geral que veda sua liquidação pelo credor particular do sócio, nos termos do art. 1.043, do Código Civil, ressalvados os casos excepcionais previstos em seu parágrafo único.

a regência supletiva pela Lei nº 6.404/76. Em todos os casos, a conclusão é pela admissão da penhora das cotas na sociedade limitada, seja pela aplicação subsidiária do art. 1026, parágrafo único, do Código Civil, seja, alternativamente, pela regência supletiva da Lei nº 6.404/76 (mais precisamente de seu art. 40).

O falecimento do sócio, à luz do princípio da preservação da empresa, não gera a dissolução da sociedade, mas sim a *liquidação* da cota e a resolução do contrato relativamente ao sócio falecido. É o que dispõe, como regra geral, o art. 1.028, do Código Civil, aplicável às sociedades simples, às sociedades em nome coletivo (tendo em conta o art. 1.040 e, ainda, o art. 1.044, que, ao remeter os casos de dissolução ao art. 1.033, exclui a hipótese de dissolução por morte de sócio), às sociedades em comandita simples (à luz dos arts. 1.046, 1.050 e 1.051) e também às sociedades limitadas (conforme art. 1.053 e 1.087), valendo para o último caso a observação quanto à regência supletiva pela Lei nº 6.404/76, hipótese em que, ao invés de se proceder à *liquidação*, deve-se adotar como norma geral a permissibilidade de ingresso dos herdeiros¹¹. Comente-se que, a respeito do falecimento do sócio, o legislador do Código Civil conferiu, em homenagem ao princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.), amplo rol de opções ao particular, a quem compete sujeitar-se à regra geral da *liquidação* da cota ou adotar uma das alternativas adiante mencionadas: (i) convenção no contrato de solução peculiar e de conveniência dos interessados (art. 1.028, I); (ii) dissolução da sociedade pelos sócios remanescentes (art. 1.028, II, o que talvez seja mais razoável em sociedades de pequena dimensão econômica, quando o falecido figurava como principal empreendedor e de seu esforço pessoal dependia a continuidade operacional da sociedade); (iii) a celebração de acordo com os herdeiros, com vistas ao ajuste de normas específicas para a substituição do falecido (art. 1.028, III).

11 Nas sociedades anônimas em que figuram como sócios pessoas físicas, é usual a contratação, em acordo de acionistas, de opção de compra de ações de titularidade de um dos sócios, a ser exercida pelos demais signatários do acordo, proporcionalmente à sua participação, na hipótese de falecimento de sócio. Caso exercida a opção de compra, restará aos herdeiros o direito ao recebimento do preço da venda das ações.

Como se vê, a dicotomia dogmática acima criticada é, naturalmente, desinfluyente para a solução dos problemas relativos à cessão e penhora de cotas e de falecimento de sócio, ainda mais se levada em consideração a Teoria do Contrato Plurilateral de TULLIO ASCARELLI, que tem no contrato de sociedade um *contrato aberto* e, pois, tendente a experimentar mutações em sua disposição subjetiva, à luz, sobretudo, do princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.)¹².

IV. A personalidade como característica inerente à relação societária

No esforço de demonstrar a atual insuficiência da dicotomia em *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*, cabe produzir curto comentário sobre a sociedade anônima, cujas antigas função e estrutura fizeram com que a doutrina a acolhesse como a mais perfeita *sociedade de capitais*.

12 Deve-se a TULLIO ASCARELLI o desenvolvimento da chamada Teoria do Contrato Plurilateral (publicada no clássico *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas-SP: Bookseller, 2001, veiculado originalmente em 1945). Diante da insuficiência de conceitos tradicionais, ASCARELLI procurou situar o contrato de sociedade na teoria geral dos contratos no direito privado a partir da idealização de uma nova categoria contratual, não identificável com os contratos bilaterais. Dentre as características pontuadas por ASCARELLI, os contratos plurilaterais são considerados como do tipo aberto, ofertando o ingresso de novos sócios ou a saída dos contratantes, desde que satisfeitas determinadas condições previstas no contrato e na legislação de cada sistema jurídico. Por vezes, esse movimento de partes importa em alteração formal do contrato social, mas nem sempre, como ocorre nas sociedades anônimas, nas quais basta que se opere a transferência da participação acionária nos livros da companhia. Atualmente, a abertura do contrato plurilateral, no que concerne ao sistema brasileiro, vai ao encontro do princípio constitucional da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XX, da Carta da República. Por consequência, a resolução do contrato relativamente a um dos sócios (qualquer que seja a razão, inclusive por vício de consentimento) não produz sua extinção. Essa peculiar característica está na base de inúmeros outros temas e problemas de Direito Societário, sendo os principais a possibilidade de se excluir o sócio faltoso ou incapaz, a possibilidade do sócio retirar-se da sociedade em determinadas situações e, ainda, normas para cessão e penhora da participação societária.

A rigor, essa posição doutrinária é pautada em fatores históricos: a origem da sociedade anônima está vinculada à realização de empreendimentos comerciais correlacionados com a expansão colonialista do Século XVI, e o modelo então empregado cumpriu, com muito sucesso, a missão de reunir em torno de uma atividade econômica pessoas que sequer se conheciam e que, recebendo um comprovante de participação, transferível livremente, que lhes outorgava um direito de ação em face da companhia¹³, podiam ainda gozar dos benefícios da limitação de responsabilidade. Mais tarde, o próprio RIPERT, que havia definido a anônima como *máquina jurídica*¹⁴, sustentou que, a partir do Código Comercial francês de 1808, a expressão *société anonyme* foi mantida apenas pelo apego à antiga linguagem jurídica, porquanto no *Code* tal expressão visou designar a sociedade na qual não havia sócio responsável e, por conseguinte, sociedade que não ostentava uma razão social. O anonimato, que na época das companhias coloniais significava a participação societária oculta, mudou amplamente de sentido, a ponto de, no Brasil, se abolir por completo a possibilidade de desconhecimento do titular da ação.

Com efeito, o art. 4º, da Lei nº 8.021/90, conferiu nova redação ao art. 20, da Lei nº 6.404/76, determinando que a ação seja emitida exclusivamente sob a forma nominativa e extinguindo as ações ao portador e endossáveis, incluindo-se aquelas que já se encontravam em circulação e que, portanto, deveriam ser substituídas por ações nominativas. Posteriormente, essa orientação foi confirmada pela Lei nº 9.457, que alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.404/76, esten-

13 Esse *direito de ação* equivalia ao conceito de *pretensão*, próprio do Direito Processual, para haver da companhia direitos patrimoniais de participação nos resultados e no acervo social, em caso de liquidação. Esta é a origem da palavra *ação*, como título de legitimação ao exercício dos direitos de sócio de uma sociedade anônima. Vide sobre tais aspectos históricos FILHO, ALFREDO LAMY E PEDREIRA, BULHÕES. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 33.

14 RIPERT, GEORGES. *Aspects Juridiques du Capitalisme Modern.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

dendo expressamente a nominatividade aos demais valores mobiliários regulados nesse diploma.

Ao lado da personalidade em torno da figura do acionista — justificável em primeiro momento para coibir a sonegação fiscal e a prática de crimes de lavagem de dinheiro — o problema da classificação deve ser enfrentado sob o ponto de vista da tutela de interesses.

Reitere-se que a sociedade empresária — além de ser formada por pessoas naturais, ainda que indiretamente¹⁵ — tem caráter instrumental, assim como o tem a atividade econômica, e esse caráter tem por escopo, em último plano de exame, a produção de riquezas destinadas à satisfação das necessidades e desejos humanos. A pessoa humana é, em uma palavra, a personagem principal no ambiente societário e no cenário econômico de qualquer nação organizada.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico, o primado da pessoa humana figura como cláusula constitucional fundamental, à luz do que dispõe o art. 1º, III, da C.F.¹⁶.

Assim, a análise dos aspectos substanciais do fenômeno associativo demonstra que o *intuitus personae* e o *intuitus pecuniae* podem variar em uma mesma sociedade com relação a um ou outro sócio, pois que estão relacionados com o *papel* de cada um no grupo social. Nessa linha, pode-se verificar — por exemplo — que em um único acordo social, independentemente do tipo societário, a par de todos concorrerem em igual proporção para a formação do capital, um dos sócios pode contribuir com sua experiência profissional em

15 Essa afirmativa não desconhece casos, recentes de acionistas *off shore*, consistentes a pessoas jurídicas sediadas em paraísos fiscais, cujos sócios nem sempre são conhecidos, pelo fato de serem titulares de ações ao portador. No entendimento do autor, a situação corresponde a verdadeira anomalia, criada para contornar certos mecanismos legais e regulamentares vigentes no Brasil.

16 Sobre o primado da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro, há inúmeros e excelentes trabalhos acadêmicos, valendo citar, por todos, a valiosa tese de concurso da Professora Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356 p.).

determinado setor da atividade econômica, outro pode ter importante desempenho na captação de clientela, apenas pelo fato de seu nome figurar no nome da sociedade (muito embora, de fato, sua agenda pessoal não lhe permita sequer comparecer às reuniões sociais, impondo-lhe a constituição de mandatário para essa finalidade), enquanto que outro grupo de sócios é absolutamente leigo nos assuntos operacionais da sociedade e, no entanto, importantíssimo em face de suas disponibilidades financeiras.

Veja-se que, aqui, o *intuitus* que se forma entre sócios pode variar, mas de um modo particularmente dinâmico, a depender sempre de questões de fato, sendo insuficiente para estigmatizar determinada sociedade com o qualificativo (estático) *capitalista* ou *personalista*. Aliás, segundo a técnica do Direito Contratual, essa discussão é irrelevante, vez que todos adquirem direitos e contraem obrigações de modo recíproco, vinculando-se pessoalmente pelo adimplemento destas e legitimando-se ao exercício daqueles.

Frise-se que nem mesmo na companhia aberta o elemento pessoal pode ser desconsiderado. Analisando-se a realidade brasileira, constata-se que a composição acionária das grandes companhias brasileiras ostenta a participação de grupos familiares no controle e de investidores institucionais como parcela significativa dos sócios minoritários. Nesse panorama, não se pode dizer que o elemento pecuniário se sobreponha ao pessoal: com relação ao grupo de controle (aqui se incluindo controle direto e indireto), há interesses bem definidos das pessoas físicas que imprimem na companhia sua *marca* profissional; com referência aos investidores institucionais, vale ilustrar com a categoria das entidades fechadas de previdência privada complementar, que hoje figuram como um dos principais representantes da chamada “minoridade acionária organizada” (conforme adiante comentado). Assim, tais entidades atuam segundo o interesse dos associados e beneficiários dos planos de previdência e assistência, cuja poupança é gerida para que se cumpram os cálculos atuariais que projetam a viabilidade de pagamento de benefícios. Logo, esses investidores devem prestar contas a seus associados e beneficiários acerca da boa aplicação desses recursos.

Outros exemplos poderiam ser ofertados — como os gestores profissionais de recursos de terceiros — no sentido de concluir que, na maior parte dos casos, o patrimônio em questão é administrado conforme orientações que atenderão, direta ou indiretamente, a interesses de investidores pessoas físicas.

Aliás, a responsabilidade sócio-econômica dos investidores institucionais tem produzido a organização dos sócios minoritários das mais importantes companhias brasileiras, para fins de efetiva participação no processo decisório de sua governança, o que foi potencializado pela reforma de 2001 da Lei nº 6.404/76.

Como se sabe, dentre as várias alterações produzidas pela Lei nº 10.303/2001, sobressai aquela do art. 141, da Lei nº 6.404/76, que foi modificado para permitir a indicação de 1 (um) conselheiro, eleito em separado, por acionistas titulares de ações ordinárias representativas de pelo menos 15% (quinze por cento) do capital votante ou por acionistas titulares de pelo menos 10% (dez por cento) de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, salvo se tais acionistas já gozarem de prerrogativas estatutárias de indicação em separado de membro para a administração, vez que tais vantagens não podem se acumular. Embora as boas práticas de governança corporativa indiquem a atuação independente do Conselheiro de Administração como paradigma a ser alcançado, é intuitivo que a simples presença em reuniões corporativas do Conselheiro eleito pela minoria colabora para a melhor transparência na gestão social, tutelando legítimos interesses não só do grupo que o tenha eleito, como também da universalidade do corpo acionário.

Naturalmente, essas ponderações em torno da pessoa do sócio na companhia conduzem a outro raciocínio, tendente a defender a presença da *affectio societatis* nesse tipo societário¹⁷.

17 Com relação à *affectio societatis* nas sociedades anônimas, o autor deste artigo examinou mais detidamente o problema no trabalho “Resolução de acordo de acionistas com base na quebra da *affectio societatis*”, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 23, p. 153-

A *affectio societatis* é tradicionalmente definida como o elemento subjetivo intencional presente no contrato de sociedade, que o distingue da mera comunhão de interesses. A leitura atual da *affectio societatis* a situa como modalidade da autonomia da vontade, fundada no princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, CF). Essa modalidade de autonomia é, pois, específica dos contratos associativos, entre os quais se incluem o contrato de sociedade e, evidentemente, as companhias¹⁸.

Por outro lado, em consideração à ilimitada variedade de particularidades de cada vínculo associativo, há casos em que a *affectio societatis* será mais abrangente e intensa que em outros, dependendo, repita-se, de uma questão de fato e não da forma contratual.

Assim, sendo a sociedade empresária mero *veículo* para a realização de um empreendimento econômico, o jurista deve se voltar para analisar os aspectos substanciais do fenômeno associativo, que muitas vezes não se limitam às cláusulas e condições formalmente convencionadas no contrato ou estatuto social, mas se encontram refletidas em diversos outros instrumentos, como acordos parassociais,

167, Rio de Janeiro, jul-set 2005. No presente artigo, são reafirmados conceitos já expostos ao público pelo autor.

18 O raciocínio em tela parte da premissa de que a sociedade anônima tem natureza contratual, como muito bem sustentado por BULHÕES PEDREIRA, em artigo de doutrina, nos seguintes termos: "A análise da área de autonomia da vontade que continua a existir na companhia deixa evidente que a ela não se aplica esse conceito de instituição, pois a constituição e o funcionamento da companhia pressupõem muito mais do que a vontade de criar a companhia exclusivamente nos termos de um estatuto legal (...). É inquestionável, entretanto, que o papel da autonomia de vontade do contrato de companhia é bem mais restrito do que na maioria dos negócios jurídicos nominados, dada a quantidade de normas legais imperativas, mas esse fato não decorre de peculiaridades na natureza jurídica da companhia, e sim da importância da função social desempenhada por esse tipo de contrato e pelas repercussões que suas características implicam sobre terceiros e o sistema econômico (...) a controvérsia sobre a natureza jurídica é im procedente, ao menos no direito brasileiro: a lei a regula como modalidade de contrato de sociedade comercial e seu regime não se ajusta ao conceito doutrinário de instituição jurídica, no sentido usado pela doutrina francesa, uma vez que o modelo legal de companhia somente pode ser adotado mediante a consumação de um contrato." (Natureza Jurídica da Companhia, *Revista de Direito Renovar*, nº 12, p.114, Rio de Janeiro, set.-dez. 1998).

correspondências, estudos de viabilidade rubricados pelos interessados e, ainda, em fatos concretos que, embora sejam relevantes, não chegaram a ser reduzidos a escrito, dado o dinamismo próprio da vida econômica.

Em resumo: não é o tipo societário que deve exaurir as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses. Portanto, não será pelo fato do vínculo societário ser constituído sob a forma de companhia que, a partir de então, não se reconhecerá a prevalência do elemento pessoal em tal vínculo ou, ainda, a existência concreta de *affectio societatis*, seja a companhia fechada ou aberta.

No caso específico da companhia aberta, o reconhecimento da *affectio societatis* inclina-se a restringir-se a certos grupos de acionistas, formados por *acionistas-empresendedores* (aqueles que efetivamente participam da direção social) e por *acionistas-investidores* (aqueles que, embora não tenham assento na administração ou não participem das decisões tomadas pelo grupo de controle, mantêm sua participação com o objetivo de exercer efetivamente direitos de sócio e, em certos casos, podem se organizar para que elejam um representante na administração, nos termos do art. 141, § 4º, Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001). Nessa hipótese, estariam excluídos da *affectio societatis* os chamados *acionistas-especuladores* (aqueles que compram e vendem ações no mercado com o exclusivo escopo de auferir ganho na atividade especulativa), os quais, a rigor, sequer participam da vida interna da companhia.

Por conseguinte, insista-se que, embora se trate de companhia aberta, pode ser constatada a prevalência do vínculo de pessoalidade no âmbito do grupo de controle e de sua relação com acionistas minoritários com participação significativa. Ainda que cada grupo ostente interesses nitidamente divergentes, esses acionistas mantêm a comunhão de fim própria do contrato de sociedade e, no exercício de sua autonomia privada, mantêm sua vontade de fazer parte daquela relação de sociedade (daí dizer-se que conservam sua *affectio societatis*).

O problema não é novo na jurisprudência e foi tratado de modo proficiente na oportunidade de julgamento do Recurso Especial nº 388.423-RS, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (publicada no D.J. de 04.08.2003, p. 308).

A mencionada decisão do Superior Tribunal acolheu, indiretamente, a existência de *affectio societatis* nas sociedades anônimas, sem a necessidade de discussão sobre sua qualificação como *societates de capital*, bem como entendeu pela possibilidade de se resolver acordo de acionistas, ainda que com relação a um sócio ou grupo de sócios (considerando sua plurilateralidade), por quebra da *affectio*, sobretudo em função da atuação do princípio constitucional de liberdade de associação. A linha argumentativa do acórdão impõe a consideração da seguinte premissa: a *affectio societatis* é elemento fundamental da comunhão de interesses formadora do contrato de sociedade e pode estar presente em quaisquer tipos societários. Essa abordagem parte do pressuposto — acima comentado — de que toda sociedade corresponde a um contrato e que não é a forma societária que determina a substância do fenômeno associativo, mas sim as circunstâncias reais que lhe dizem respeito¹⁹.

19 Leia-se adiante a ementa do acórdão: SOCIEDADE ANÔNIMA. ACORDO DE ACIONISTAS . RESOLUÇÃO COM BASE NA QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS E DO DEVER DE LEALDADE E COOPERAÇÃO ENTRE OS CONVENIENTES. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NOS 5 E 7 DA SÚMULA/STJ QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DA RECORRIDA. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA APELAÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO PADECE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. I — Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º da Lei 6.404/76. II — Estando a questão da ilegitimidade ativa da autora do pedido de resolução contratual fundamentada na falta de cumprimento de cláusulas do acordo quanto à anuência dos demais convenientes, que o acórdão recorrido tem por expressamente manifestada nos documentos que analisou, não é viável o seu reexame em sede de recurso especial com a incidência dos enunciados nºs 5 e 7 da súmula deste Tribunal. III — Contendo a inicial pedido de resolução do acordo de acionistas e de seus aditivos e constando do dispositivo da sentença

A discussão sobre personalidade nas sociedades anônimas foi renovada muito recentemente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁰, que ratificou seu entendimento quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, em 28.05.2008, cuja ementa é a seguir transcrita:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR. DISSOLUÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE AFFECTIO SOCIETATIS. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA.

I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial.

Pelos embargos de divergência, objetivou-se a reforma de acórdão da 3ª Turma do STJ (Recurso Especial nº 419.174-SP), relatado pelo então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que entendeu pela impossibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima familiar “porquanto a característica *intuitus personae* não é elemento de sua constituição”.

Como dito no voto do Ministro relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, considerou-se preponderante para as sociedades anônimas familiares pequenas e médias a existência da *affectio societatis*, “sem a qual presume-se que o clima beligerante entre os acionistas atua contra a preservação da empresa

que é julgado procedente esse pedido, “tendo por resolvidos o acordo de acionistas consubstanciado no instrumento original de fls. 14 e seus aditivos”, não há que argumentar-se com nulidade da decisão por ser extra petita. Questão sobre a qual, ademais operou-se a preclusão, uma vez não agitada nas razões da apelação. IV — As decisões de primeiro e segundo grau, a par de haverem enfrentado todos os pontos relevantes da controvérsia, não padecem de falta de fundamentação, estando, ao contrário, fartamente expostos os argumentos que dão suporte as conclusões adotadas.

20 Vide Embargos de Divergência em REsp nº 111.294-PR, publicado no D.J. de 10.09.2007.

e torna-se obstáculo à consecução de seu objeto social, que não poderá ser cumprido”. Adiante, sustenta o relator que: “Assim, tem-se que a impessoalidade, com preponderância do capital, própria das sociedades anônimas, cede espaço nas empresas familiares regidas pela Lei n. 6.404/1976, como no caso concreto, nas quais deve coexistir com a *affectio societatis*.”

Embora o acórdão não chegue a tratar da insuficiência da classificação entre *sociedades de capitais* e *sociedade de pessoas* (ao contrário, chega inclusive a considerá-la como válida), sem dúvida traz importante avanço para a solução de controvérsias entre sócios de sociedades anônimas, porquanto afasta o (equivocado) entendimento apriorístico no sentido de que, em sociedades tais, inexistiria *affectio societatis*, pela suposta irrelevância do elemento pessoal.

A melhor tendência seria permitir, em caso de litígio entre sócios que coloque em grave risco a continuidade da empresa, a propositura de ações judiciais visando a resolução da sociedade anônima com relação a um sócio ou grupo de sócios (i.e., “ação de dissolução parcial de sociedade anônima”) inclusive em grandes companhias, desde que seja provada a preponderância da pessoalidade e efetiva existência da *affectio societatis* (e de sua posterior quebra) entre o grupo de acionistas interessado na resolução e os demais acionistas controladores da companhia.

Uma ressalva necessária: não se pretende sustentar que, em qualquer companhia, aberta ou não, seria válida a propositura de “ação de dissolução parcial de sociedade” por acionista interessado em se retirar da sociedade. Essa afirmativa iria de encontro ao sistema da Lei nº 6.404/76, que condiciona o exercício do direito de retirada às hipóteses nela previstas (art. 109, V).

Assim, o presente estudo tem o limitado escopo de registrar o obsoletismo do raciocínio segundo o qual não se poderia reconhecer a relevância da pessoalidade nas sociedades anônimas e, por consequência, a existência de *affectio* entre seus sócios, ou entre grupos

restritos de acionistas (principalmente os controladores e *acionistas-empresendedores*, no que se refere às companhias abertas).

Para finalizar esta argumentação, tome-se o seguinte exemplo: uma companhia aberta “A”, do setor de alimentos, que tem seu grupo controlador constituído por duas diferentes famílias, cada uma com 45% do capital votante e 22,5% do capital total. Das ações emitidas, encontram-se em circulação no mercado 10% das ações ordinárias e 100% das ações preferenciais sem voto. Em certo momento da vida da companhia, sobrevém litígio insuperável entre as duas famílias controladoras, não sendo viável que cada uma delas se socorra do mercado para alienar seu bloco de ações ordinárias, em razão da absoluta ausência de liquidez dessa espécie de ação (apenas há liquidez para as ações preferenciais). Não havendo acordo entre os litigantes e sendo demonstrada a inexequibilidade material da venda das ações ordinárias a terceiros, é defensável a propositura de demanda judicial visando a desconstituição do vínculo societário entre esses grupos, à luz do princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.) e desde que a repercussão econômica e patrimonial dessa solução atente para o princípio da preservação da empresa e de sua função sócio-econômica (art. 170, II e III, da C.F.; art. 116, par. único, da Lei nº 6.404/76). Em uma palavra, a solução aqui defendida valeria como alternativa ao desfecho extremo da dissolução da sociedade (ou de sua tentativa), nos casos previstos em lei (art. 206, da Lei nº 6.404/76), evitando a produção de danos irreparáveis à atividade empresarial levada a efeito pela companhia “A”.

V. Conclusão

A análise dos aspectos substanciais do fenômeno associativo demonstra que o *intuitus personae* e o *intuitus pecuniae* podem variar em uma mesma sociedade com relação a um ou outro sócio, pois que estão relacionados com o *papel* de cada um no grupo social.

A personalidade é inerente ao vínculo societário, seja porque as sociedades empresárias são constituídas, ainda que indiretamente, por pessoas naturais, seja porque têm caráter instrumental, assim como o tem a atividade econômica, e esse caráter tem por escopo, em último plano de exame, a produção de riquezas destinadas à satisfação das necessidades e desejos humanos. A pessoa humana é, em uma palavra, a personagem principal no ambiente societário e no cenário econômico de qualquer nação organizada.

Logo, não é o tipo societário que deve exaurir as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses. Portanto, não será pelo fato do vínculo societário ser constituído sob a forma de companhia que, a partir de então, não se reconhecerá a prevalência do elemento pessoal em tal vínculo ou, ainda, a existência concreta de *affectio societatis*, seja a companhia fechada ou aberta. Assim, não é a forma societária que determina a substância do fenômeno associativo, mas sim as circunstâncias reais que lhe dizem respeito.

Por conseguinte, embora se trate de companhia aberta, pode ser constatada a prevalência do vínculo de personalidade no âmbito do grupo de controle e de sua relação com acionistas minoritários com participação significativa. Ainda que cada grupo ostente interesses nitidamente divergentes, esses acionistas mantêm a comunhão de fim própria do contrato de sociedade e, no exercício de sua autonomia privada, mantêm sua vontade de fazer parte daquela relação de sociedade (daí dizer-se que conservam sua *affectio societatis*).

Em suma, a personalidade pode ser reconhecida até mesmo nas sociedades anônimas, como vem sendo acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que ratificou recentemente seu entendimento por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, em 28.05.2008

À vista dos argumentos apresentados ao longo deste trabalho e dos precedentes judiciais citados e comentados, conclui-se pela insuficiência atual da classificação dogmática que objetiva categorizar o contrato de sociedade com base no elemento pessoal, dicotomizando-o em *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*.

NOTAS BREVES SOBRE O AGENTE FIDUCIÁRIO DOS DEBENTURISTAS E SUA LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL

BRIEF NOTES ABOUT THE DEBENTURE HOLDERS TRUSTEE AND ITS LEGITIMATIO AD PROCESSUM

Sérgio Campinho

Resumo: O artigo tem por escopo apresentar um estudo sobre a figura do agente fiduciário, órgão da comunhão dos debenturistas com as funções de sua representação, notadamente no aspecto da sua legitimação processual. Nesse desiderato, o autor procura fixar as notas essenciais à sua caracterização e enfrentar a controvertida questão da natureza de sua legitimação, centrando a reflexão na seguinte indagação: a legitimação extraordinária, por lei a ele conferida, exclui ou não a ação individual do debenturista, legitimado ordinário? Estende, ainda, a análise da legitimação para o requerimento de falência, calcado no crédito debenturístico.

Palavras-chave: Agente fiduciário. Debenturista. Legitimação processual.

Abstract: This article intends to present a reflection of the trustee and its representations duties, particularly its *legitimatío ad processum* aspects. Considering this desideratum, the author proposes an overview of its characterization and faces a controversial issue about the *legitimatío* itself, pointing out a single question: the trustee's *legitimatío ad processum* overcomes the debenture holders' *legitimatío*

to file a law suit individually? Additionally, it analyses the trustee *legitimatio* to file for bankruptcy based on debenture holders credits.

Key words: Trustee. Debenture Holders. *Legitimatio ad Processum*.

I — O agente fiduciário

I.1 — Órgão externo da comunhão dos debenturistas

A comunhão dos debenturistas se expressa por meio de dois órgãos: a assembléia geral¹ e o agente fiduciário. Esse vem referido em lei como o representante da comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora, devendo sempre proceder nos termos da lei e da escritura de emissão (*caput* do artigo 68, da Lei nº 6.404/76). Sua principal incumbência revela-se na proteção dos direitos e interesses desses credores obrigacionistas, fiscalizando a companhia emissora e exigindo-lhe o cumprimento das obrigações traduzidas na escritura de emissão. O adimplemento desse conjunto de obrigações interessa não apenas a cada titular de debêntures individualmente, mas também ao seu conjunto, à coletividade desses obrigacionistas. No exercício de suas funções, não age como simples mandatário da comunhão dos debenturistas, mas em virtude de imposição legal. Seus deveres e atribuições são em lei fixados. Encontra-se, pois, investido de

1 Preconiza o artigo 71 da Lei nº 6.404/76 que “os titulares de debêntures da mesma emissão ou série podem, a qualquer tempo, reunir-se em assembléia a fim de deliberar sobre matéria de interesse da comunhão dos debenturistas”. Tem-se aí a figura da assembléia especial de debenturistas, fundada na preservação dos interesses da comunhão desses credores obrigacionistas da companhia. A organização dos debenturistas em assembléia vem inspirada pelo anseio de uma tutela mais eficaz de seus direitos perante a companhia emissora. É a assembléia de debenturistas um órgão interno, não permanente e soberano da comunhão, destituída, portanto, de poderes de representação, os quais tocarão ao agente fiduciário, que a ela estará sempre subordinado. O caráter não permanente reflete-se no fato de ser instalada por força de convocação pelos legitimados, a fim de decidir sobre certos assuntos, desmobilizando-se em seguida.

um poder legal. Daí, ao lado da assembléia geral, atuar como um órgão da comunhão, mas um órgão externo, de representação. Sua representação é, portanto, orgânica.

A figura do agente fiduciário vem inspirada na personagem do *trustee* do Direito anglo-saxão. Essa relação fiduciária que se estabelece não pode ser confundida com o negócio fiduciário propriamente dito, porquanto não haverá transmissão de coisa. Seu entendimento se assenta na fidejussão, ou seja, na confiança, na lealdade e na diligência que o agente empregará na tutela permanente dos direitos e interesses da comunhão².

I.2 — Figura obrigatória

Na emissão pública de debêntures, a participação do agente fiduciário é obrigatória, consoante se infere do § 1º, do artigo 61, da Lei do Anonimato; na emissão privada, no entanto, a sua presença é meramente facultativa³. A sua atuação obrigatória, na emissão dos títulos destinados à negociação no mercado, fundamenta-se no desiderato de conferir maior proteção aos investidores. Nela haverá a distribuição de grandes números de debêntures e os seus inúmeros subscritores nem sempre terão capacidade e mobilidade para, de modo contínuo, fiscalizar a companhia emissora e adotar, tempestivamente, as providências necessárias à defesa e à conservação dos direitos. Nas colocações direcionadas ao mercado de valores mobiliários o agente fiduciário será sempre um órgão necessário e, igualmente, permanente. Nas colocações que se figurem fora desse mercado, caso adotada a personagem, esta também se revelará como um órgão permanente.

2 Egberto Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, p. 368, e Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 1. v., p. 646.

3 Nas companhias fechadas, a interveniência do agente fiduciário será sempre dispensável. Nas abertas, se a emissão for privada, também a sua presença é facultativa. A participação, na companhia aberta, somente é indispensável quando a colocação se destinar ao mercado.

I.3 — Nomeação e retribuição

A indicação inicial do agente fiduciário compete à companhia emissora das debêntures. Será ele nomeado na escritura de emissão dos títulos, cumprindo-lhe, nesse mesmo instrumento, aceitar a função (*caput* do artigo 66, da Lei das S/A). A escritura estabelecerá, ainda, as condições de sua substituição e remuneração, observadas, nas emissões públicas, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM⁴. A esta caberá fiscalizar sua atuação, sendo-lhe facultado nomear substituto provisório, no caso de vacância, e suspender o exercício de suas funções, dando-lhe substituto, caso deixe de cumprir os seus deveres (artigo 67, da Lei nº 6.404/76).

Cabe advertir para o fato de que a nomeação do agente fiduciário pela companhia se opera pelo simples motivo de que a comunhão dos debenturistas não se encontra ainda constituída. Sua indicação se realiza na escritura de emissão, unilateralmente elaborada pela sociedade emissora, antecedendo, assim, à própria emissão.

Contudo, o verdadeiro titular do direito de nomeação é a comunhão. Assim, uma vez colocadas as debêntures, encontra-se a assembléia legitimada a proceder à sua destituição e substituição, se assim for do interesse da coletividade dos debenturistas. Na hipótese de vacância, à comunhão, por meio do órgão deliberativo, compete a nomeação de um substituto. Tanto a companhia, na nomeação originária, quanto a Comissão de Valores Mobiliários, estas nas hipóteses antes retratadas, ao nomearem o agente fiduciário, o farão em caráter substitutivo. Mas sempre permanecerá incólume o direito de a comunhão concordar ou não com a nomeação e, neste último caso, proceder à sua substituição, mediante deliberação em assembléia especialmente convocada⁵. A substituição em caráter permanente deve-

4 A Instrução CVM nº 28/83, alterada pela Instrução CVM nº 123/90, dispõe acerca do exercício da função de Agente Fiduciário de debenturistas.

5 Instrução CVM nº 28/83: — “Art. 3º É facultado aos debenturistas, após o encerramento do prazo para a distribuição das debêntures no mercado, proceder à substituição do agente fidu-

rá ser objeto de aditamento à escritura de emissão, impondo, ainda, seja averbado no registro público de empresas e no registro de imóveis em que, eventualmente, tiver sido registrada a aludida escritura⁶.

Podem ser nomeadas como agentes fiduciários as pessoas naturais ou as instituições financeiras. No primeiro caso, deverão atender aos mesmos requisitos para o exercício de cargo em órgão de administração da sociedade e, no segundo, deverão estar especialmente autorizadas pelo Banco Central do Brasil para o exercício do mister e terem por objeto a administração ou a custódia de bens de terceiros (§ 1º, do artigo 66, da Lei das S/A). Em qualquer situação, impõe-se um estado de total independência junto à companhia emissora.

Na emissão pública, exige o artigo 8º da Instrução CVM nº 28/83, com arrimo no § 2º, do artigo 66, da Lei nº 6.404/76, que o agente fiduciário da emissão, ou da série de debêntures, seja obrigatoriamente uma instituição financeira, sempre que os títulos venham garantidos por caução ou quando o valor da operação ultrapassar o capital social, desde que não se trate de debêntures subordinadas.

A lei fixa um sistema de interdição para o exercício das funções de agente fiduciário (§ 3º, do artigo 66, da Lei das S/A). Dessa feita, não pode como tal atuar: a) pessoa que já exerça a função em outra emissão da mesma companhia; b) instituição financeira coligada à companhia emissora ou à entidade que subscreva a emissão para distribuí-la no mercado, e qualquer sociedade por elas controlada; c) credor, por qualquer título, da sociedade emissora, ou sociedade por ele controlada; d) instituição financeira cujos administradores tenham interesse na companhia emissora; e e) pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de conflito de interesses pelo exercício da função.

ciário e à indicação de seu eventual substituto, em assembléia dos debenturistas especialmente convocada para esse fim”. — “Art. 4º A substituição do agente fiduciário fica sujeita à comunicação prévia à CVM e à sua manifestação acerca do atendimento aos requisitos prescritos no artigo 8º desta Instrução”.

6 Artigo 5º, da Instrução CVM nº 28/83.

Apesar de o agente fiduciário agir na preservação dos interesses dos debenturistas, sendo-lhes um representante orgânico, a sua remuneração deve ser suportada pela companhia, bem assim as despesas que realizar para proteger os direitos da comunhão, preferindo-lhes, nesta hipótese, na ordem de pagamento (§ 5º, do artigo 68 e Instrução CVM nº 28/83, artigo 14). Trata-se, pois, de mais um custo do negócio ao qual cabe a sociedade arcar⁷.

O agente que, por circunstâncias subseqüentes à emissão, se veja impedido de continuar na função deverá imediatamente comunicar o fato aos debenturistas e requerer a sua substituição, convocando a assembléia geral para este fim (§ 4º, do artigo 66, da Lei das S/A).

I.4 — Poderes

Como representante orgânico da comunhão dos debenturistas, desfruta o agente fiduciário de poderes de gestão e representação dos interesses da comunhão. Os seus poderes-deveres se encontram em lei declinados, pois suas funções são de natureza estritamente legal. Mesmo na hipótese tratada no artigo 69, da Lei do Anonimato, quando se permite à escritura atribuir-lhe outras funções, não se está diante de uma norma aberta, a ela (escritura) possibilitando crescer outros deveres e poderes, mas sim de disposição complementar àqueles traduzidos no artigo 68, do mesmo diploma legal. No texto normativo do artigo 69 encontram-se estritamente definidas as funções que ficam ao alvedrio da escritura de emissão atribuir.

São, portanto, deveres do agente fiduciário: a) proteger os direitos e interesses dos debenturistas, empregando no exercício da função o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens; b) elaborar relatório e colocá-lo anualmente a disposição dos debenturistas, dentro de

7 Tavares Borba, *Direito societário*, p. 288.

quatro meses do encerramento do exercício social da companhia, informando os fatos relevantes ocorridos durante o exercício, relativos à execução das obrigações assumidas pela companhia, aos bens garantidores das debêntures e à constituição e aplicação do fundo de amortização, se houver; do relatório constará, ainda, declaração do agente sobre sua aptidão para continuar no exercício da função; e c) notificar os debenturistas, no prazo máximo de sessenta dias, de qualquer inadimplemento, pela companhia, de obrigações assumidas na escritura da emissão⁸ (§ 1º, do artigo 68, da Lei nº 6.404/76)⁹.

8 A escritura de emissão irá dispor sobre o modo de cumprimento dos deveres declinados nas letras *b* e *c* (cf. § 2º, do artigo 68).

9 Nas emissões de debêntures negociadas no mercado, os deveres do agente fiduciário vêm ampliados, nos moldes do artigo 12, da Instrução CVM nº 28/83, cujo teor é o seguinte: “São deveres do agente fiduciário: I — proteger os direitos e interesses dos debenturistas, empregando no exercício da função o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens; II — renunciar à função, na hipótese da superveniência de conflito de interesses ou de qualquer outra modalidade de inaptidão; III — conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e demais papéis relacionados com o exercício de suas funções; IV — verificar a observância, pela companhia emissora, dos limites de emissão prescritos no artigo 60 da Lei nº 6.404/76, em função da garantia real oferecida; V — verificar, no momento de aceitar a função, a veracidade das informações contidas na escritura de emissão, diligenciando no sentido de que sejam sanadas as omissões, falhas ou defeitos de que tenha conhecimento; VI — promover nos competentes órgãos, caso a companhia não o faça, o registro da escritura de emissão e respectivos aditamentos, sanando as lacunas e irregularidades porventura neles existentes; neste caso, o oficial do registro notificará a administração da companhia para que esta lhe forneça as indicações e documentos necessários; VII — acompanhar a observância da periodicidade na prestação das informações obrigatórias, alertando os debenturistas acerca de eventuais omissões ou inverdades constantes de tais informações; VIII — emitir parecer sobre a suficiência das informações constantes das propostas de modificações nas condições das debêntures; IX — verificar a regularidade da constituição das garantias reais, flutuantes e fidejussórias, bem como valor dos bens dados em garantia, observando a manutenção de sua suficiência e exequibilidade; X — examinar a proposta de substituição de bens dados em garantia, quando esta estiver autorizada pela escritura de emissão, manifestando a sua expressa e justificada concordância; XI — intimar a companhia a reforçar a garantia dada, na hipótese de sua deterioração ou depreciação; XII — solicitar, quando julgar necessário para o fiel desempenho de suas funções, certidões atualizadas dos distribuidores cíveis, das Varas de Fazenda Pública, cartórios de protesto, Juntas de Conciliação e Julgamento, Procuradoria da Fazenda Pública, onde se localiza a sede do estabelecimento principal da companhia emissora e, também, da localidade onde se situe o imóvel hipotecado; XIII — solicitar, quando considerar necessário, auditoria extraordinária na empresa; XIV —

examinar, enquanto puder ser exercido o direito à conversão de debêntures em ações, a alteração do estatuto da companhia emissora que objetive mudar o objeto da companhia, ou criar ações preferenciais ou modificar as vantagens das existentes, em prejuízo das ações em que são conversíveis as debêntures, cumprindo-lhe ou convocar assembleia especial dos debenturistas para deliberar acerca da matéria, ou aprovar, nos termos do § 2º do artigo 57 da Lei nº 6.404/76, a alteração proposta; XV — convocar, quando necessário, a assembleia de debenturistas, através de anúncio publicado, pelo menos por três vezes, nos órgãos de imprensa onde a companhia emissora deve efetuar suas publicações; XVI — comparecer à assembleia dos debenturistas a fim de prestar as informações que lhe forem solicitadas; XVII — elaborar relatório destinado aos debenturistas, nos termos do artigo 68, § 1º, b da Lei nº 6.404/76, o qual deverá conter, ao menos, as seguintes informações: a) eventual omissão ou inverdade, de que tenha conhecimento, contida nas informações divulgadas pela companhia ou, ainda, o inadimplemento ou atraso na obrigatoria prestação de informações pela companhia; b) alterações estatutárias ocorridas no período; c) comentários sobre as demonstrações financeiras da companhia, enfocando os indicadores econômicos, financeiros e de estrutura de capital da empresa; d) posição da distribuição ou colocação das debêntures no mercado; e) resgate, amortização, conversão, repactuação e pagamento de juros das debêntures realizados no período, bem como aquisições e vendas de debêntures efetuadas pela companhia emissora; f) constituição e aplicações do fundo de amortização de debêntures, quando for o caso; g) acompanhamento da destinação dos recursos captados através da emissão de debêntures, de acordo com os dados obtidos junto aos administradores da companhia emissora; h) relação dos bens e valores entregues à sua administração; i) cumprimento de outras obrigações assumidas pela companhia na escritura de emissão; j) declaração acerca da suficiência e exequibilidade das garantias das debêntures; l) declaração sobre sua aptidão para continuar exercendo a função de agente fiduciário; XVIII — colocar o relatório de que trata o inciso anterior à disposição dos debenturistas no prazo máximo de 4 (quatro) meses a contar do encerramento do exercício social da companhia, ao menos nos seguintes locais: a) na sede da companhia; b) no seu escritório ou, quando instituição financeira, no local por ela indicado; c) na CVM; d) nas Bolsas de Valores, quando for o caso; e) na instituição que liderou a colocação das debêntures. XIX — publicar, nos órgãos da imprensa onde a companhia emissora deva efetuar suas publicações, anúncio comunicando aos debenturistas que o relatório se encontra à sua disposição nos locais indicados no inciso XVIII; XX — manter atualizada a relação dos debenturistas e seus endereços, mediante, inclusive, gestões junto à companhia emissora; XXI — coordenar o sorteio das debêntures a serem resgatadas ou amortizadas, inutilizando os certificados correspondentes às debêntures resgatadas; XXII — administrar os recursos oriundos da emissão de debêntures na ocorrência da hipótese prevista no § 2º do artigo 60 da Lei nº 6.404/76; XXIII — fiscalizar o cumprimento das cláusulas constantes da escritura de emissão, especialmente daquelas impositivas de obrigações de fazer e de não fazer; XXIV — notificar os debenturistas, se possível individualmente, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, de qualquer inadimplemento, pela companhia, de obrigações assumidas na escritura de emissão, indicando o local em que fornecerá aos interessados maiores esclarecimentos. Comunicação de igual teor deve ser enviada: a) à CVM; b) às Bolsas de Valores, quando for o caso; c) ao Banco Central do Brasil, quando se tratar de instituição por ele autorizada a funcionar”.

A escritura de emissão, por seu turno, poderá conferir-lhe outras funções, quais sejam as de autenticar os certificados, administrar o fundo de amortização, manter em custódia bens dados em garantia e efetuar os pagamentos de juros, amortização e resgate (artigo 69, da Lei das S/A).

Serão, entretanto, reputadas não escritas as cláusulas da escritura que restringirem os deveres, atribuições e responsabilidades do agente fiduciário previstas em lei (§ 6º, do artigo 68, da Lei nº 6.404/76).

Por fim, não se pode olvidar o registro de que, embora o agente fiduciário não disponha de poderes para acordar modificações das cláusulas da escritura de emissão, a substituição de bens dados em garantia, quando autorizada pela mesma escritura, dependerá da sua concordância (artigo 70, da Lei das S/A). A concordância ou a recusa, conforme o caso, deverá estar cabalmente justificada, não se admitindo seja ela arbitrária. Parece-nos possível que a companhia, diante de recusa inconsistente, venha recorrer à assembléia geral dos debenturistas, convocando-a, nos termos do § 1º, do artigo 71, da Lei nº 6.404/76, e submetendo a matéria ao seu crivo decisório. Não é, portanto, o agente fiduciário a última instância, não é sua a palavra final na circunstância aventada, mas sim do conclave obrigacionista. O interesse da companhia na providência mostra-se legítimo, mas sendo a substituição mera possibilidade prevista na escritura, dependerá sempre da manifestação volitiva da comunhão, seja por ser órgão interno máximo — a assembléia — seja por ser órgão externo de representação — o agente fiduciário.

II — Legitimação processual

O § 3º, do artigo 68, da Lei nº 6.404/76 dispõe que “o agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia: a) declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrar o seu principal e acessórios; b) executar garantias reais, receber o produto da cobrança e aplicá-lo no pagamen-

to, integral ou proporcional, dos debenturistas; c) requerer a falência da companhia emissora, se não existirem garantias reais; d) representar os debenturistas em processos de falência, concordata, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembléia dos debenturistas¹⁰; e) tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem os seus créditos”.

De logo se percebe, pelo disposto na alínea e, que as atribuições no preceito normativo elencadas são exemplificativas, não funcionando o *numerus clausus*. Destarte, caberá ao agente fiduciário utilizar-se de todos os meios e medidas judiciais e extrajudiciais para defender e preservar os direitos e interesses da comunhão que representa.

No manejo das providências de natureza judicial, funcionará como legitimado extraordinário, incidindo na espécie a regra do artigo 6º, do Código de Processo Civil, segundo a qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Como curial, a titularidade da ação encontra-se vinculada à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido na lide. Somente por via de exceção é que se admite seja a parte processual pessoa diversa daquela que é parte material do negócio jurídico litigioso¹¹.

Ante a essa constatação, qualquer legitimação processual extraordinária e, portanto, a substituição processual, apenas se admite quando expressamente por lei autorizada¹².

10 Essa representação, à luz da Lei nº 11.101/2005, também se fará nos processos de recuperação judicial.

11 Humberto Theodoro Junior, Curso de direito processual civil, 1. v., p. 85.

12 Cumpre distinguir a legitimação extraordinária da substituição processual. Consoante o escólio de Alexandre Freitas Câmara, “Não se pode confundir a legitimidade extraordinária com a substituição processual. Esta ocorre quando, em um processo, o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue em

Mas do texto normativo em exame resulta relevante indagação: a legitimação extraordinária por lei conferida ao agente fiduciário exclui a ação individual do debenturista, legitimado ordinário?¹³

Preliminarmente à explanação do nosso posicionamento, lícito se faz investigar as opiniões doutrinárias que se têm estabelecidas, até porque iremos contrariá-las.

Tavares Borba¹⁴ sustenta que “se não houver agente fiduciário, poderá o debenturista, em qualquer hipótese de inadimplemento,

conjunto com ele. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe ‘ação de investigação de paternidade’, atuando em defesa do interesse de um menor, teremos substituição processual. O fenômeno não se caracterizará, porém, se a demanda foi ajuizada, em litisconsórcio, pelo MP e pelo menor, legitimado ordinário. Em outros termos, só ocorrerá substituição processual quando alguém estiver em juízo em nome próprio, em lugar do (substituindo) legitimado ordinário” (Lições de direito processual civil, v. I, p. 110). Complementar é a lição de Araken de Assis, citando José Carlos Barbosa Moreira, Ephraim de Campos Jr. e Araújo Cintra: “A substituição processual ocorre tanto na legitimidade extraordinária e exclusiva, quanto na extraordinária e concorrente. Naquela, como pondera José Carlos Barbosa Moreira, o emprego da expressão se mostra perfeito e adaptado à realidade, porque a lei retira do substituído a possibilidade de atuar como parte principal na defesa de seu próprio direito; nesta, aduz Ephraim de Campos Jr., secundado por Araújo Cintra, retrata o estado das partes, adequadamente, na hipótese de ausência do substituído do processo. É claro que, nas hipóteses de legitimidade concorrente, intervindo o substituído no processo, consoante pressupõe José Carlos Barbosa Moreira, tudo se alterará: o ingresso tardio do legitimado ordinário na relação processual formada, originariamente, com o legitimado extraordinário, expressa forma de intervenção de assistente litisconsorcial” (*Substituição processual*, AJURIS, nº 93, pp. 69/70).

13 A jurisprudência é vacilante na solução da questão. Colaciona-se, exemplificativamente, as seguintes decisões, assim ementas: “Execução por título extrajudicial. Debêntures. Ajuizamento por instituição financeira, objetivando direitos creditórios emergentes exclusivamente dos títulos que lhe foram emitidos. Admissibilidade. Legitimidade ativa reconhecida. Independência, outrossim, de amortização assemblear. Prosseguimento da execução determinado” (Apelação Cível nº 417.789-5, 4ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, decisão unânime, *in* JTACSP, v. 127, p. 43). “Debêntures. Agente Fiduciário. Legitimação Ativa. Responsabilidade Perante os Debenturistas. No sistema da Lei nº 6.404, de 1976, o agente fiduciário representa em juízo a comunhão dos debenturistas, sendo o único legitimado a promover a execução das garantias reais dadas pela companhia inadimplente. Permanecendo inerte, responde perante os debenturistas pelos prejuízos decorrentes de sua omissão” (Agravo de Instrumento nº 186.055.737, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, decisão unânime, *in* JTARGS, v. 61, p. 213).

14 Ob. cit., pp. 288/289.

exercer, individualmente, e desde logo, o seu direito de ação, com o risco inclusive de precipitar a falência da emitente. Havendo, porém, agente fiduciário, como a lei a este conferiu poderes para agir em juízo no interesse dos debenturistas, configura-se mais um caso de substituição processual. A titularidade da ação foi, nesse caso, deslocada para o agente fiduciário, somente a este cabendo agir em juízo. Os debenturistas poderão figurar como meros assistentes (assistência simples)”.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁵ partilha do mesmo entendimento: “O exercício dos direitos dos debenturistas é assunto com contornos diferentes, segundo exista ou não a intermediação do agente fiduciário. No primeiro caso, nenhum debenturista pode, individualmente, executar as debêntures em juízo ou requerer a falência da sociedade emissora, posto que esses atos competem, aqui, exclusivamente ao agente fiduciário; apenas se inexistente este, terá o debenturista condições de pleitear, em ação individual, a defesa de seus direitos. Por outro lado, lembre-se que o agente fiduciário responde pelos prejuízos que causar, por culpa ou dolo, aos debenturistas (LSA, art. 68, § 4º). Desse modo, verificada a sua negligência na tutela dos interesses e dos direitos dos investidores que representa, poderá o debenturista, individualmente, postular em juízo a indenização contra o agente”.

Na mesma orientação, excludente da ação individual do obrigacionista, flui o pensamento de Modesto Carvalhosa¹⁶: “O agente fiduciário representa em juízo a comunhão de debenturistas, sendo o único legitimado a promover a execução das garantias reais dadas pela companhia inadimplente. Essa legitimação é ordinária e exclusiva, não sendo concorrente com a dos debenturistas individualmente. Assim, não podem estes promover a execução da dívida debenturística, seja no seu total, seja na fração do mútuo por eles tomada. Não há, pois, nem legitimação extraordinária, nem legitimação ordinária.

15 *Curso de direito comercial*, 2. v., 5. ed., p. 150.

16 *Ob. cit.*, 1. v., pp. 680/681.

Essa restrição, no entanto, deixa de existir se a assembléia dos debenturistas, por unanimidade dos votos, representando a totalidade das debêntures em circulação, deliberar pela não-execução coletiva ou pela habilitação do crédito da comunhão, no caso de processo de concordata e falência já instalados. A não ser nessa hipótese de expressa e unânime manifestação de desistência por parte da comunhão, a legitimação é exclusiva do agente fiduciário. Representa ele em juízo a comunhão, como o síndico representa o condomínio, o inventariante, o espólio, o cabecel, os foreiros”.

A percepção, explanada por Carvalhosa, de que a legitimação seria ordinária não nos parece adequada, à luz da ciência processual. A legitimação ordinária é própria do titular do interesse levado a juízo pela demanda¹⁷, isto é, daquele que é a parte material do negócio jurídico em litígio¹⁸. Ora, os direitos decorrentes das debêntures são dos debenturistas e não do agente fiduciário. Desse modo, a sua atuação processual somente se justifica no âmbito da legitimação extraordinária, sendo, pois, pessoa estranha ao objeto litigioso, que atua, no processo, em nome próprio e com absoluta independência em relação ao legitimado ordinário.

A legitimidade extraordinária pode ser exclusiva, concorrente ou subsidiária¹⁹. Será exclusiva quando apenas o legitimado extraordinário puder ir a juízo, mas não o legitimado ordinário; concorrente quando tanto o legitimado ordinário quanto o extraordinário puderem ir a juízo isoladamente, nada impedindo, entretanto, que atuem em conjunto na demanda, formando litisconsórcio facultativo; subsi-

17 Alexandre Freitas Câmara, ob. cit., p. 109.

18 Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., 1. v., p. 85.

19 Cumpre anotar a existência da tradicional classificação sugerida por José Carlos Barbosa Moreira, pela qual se tem a legitimidade extraordinária autônoma e subordinada, sendo a primeira espécie subdividida em legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva e autônoma e concorrente (*Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, in *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*, pp. 60/61).

diária é aquela em que o legitimado extraordinário apenas pode ir a juízo diante da omissão do legitimado ordinário em demandar²⁰.

Não vislumbramos na redação do § 3º, do artigo 68, da Lei das S/A, qualquer interdição para que os debenturistas possam individualmente agir. Não se detecta no texto uma exclusão das ações individuais dos obrigacionistas perante a companhia emissora²¹. Tem-se nele uma investidura do agente fiduciário para a postulação em juízo, em prol dos direitos dos debenturistas, mas sem qualquer subtração do direito individual de ação. Pela regra se estabelece, tão-somente, a sua personalidade ou capacidade processual, representando em juízo o direito da comunhão.

Daí não se conseguir aferir outra situação senão à da legitimação extraordinária concorrente, porque a lei não exclui, repita-se, a participação do titular do direito. Encontram-se legitimados, a um só tempo, o titular do objeto da ação — o debenturista — e, portanto, legitimado ordinário, como o agente fiduciário, personagem estranha àquele objeto. Para a formação eficaz do processo é bastante a presença do legitimado extraordinário, pois tem a qualidade para demandar, independentemente do legitimado ordinário. Não obstante, quando já ajuizada a ação pelo legitimado extraordinário, aquele poderá intervir no processo, a seu lado, expressando forma de intervenção de assistente litisconsorcial.

20 Alexandre Freitas Câmara, ob. cit., pp. 109/110.

21 No regime do Decreto-Lei nº 781/38, o artigo 2º expressamente contemplava a exclusão de ações individuais [artigo 2º: “Os atos relativos ao exercício dos direitos fundados nos contratos desses empréstimos ou nos títulos emitidos em virtude deles e cujos efeitos se estendam à coletividade dos seus portadores, ficam reservados às deliberações das Assembléias Gerais desses portadores (obrigacionistas) ou aos representantes por elas anteriormente designados; excluídas as ações individuais, salvo as exceções expressamente consignadas em lei”]. O Supremo Tribunal Federal, por esse motivo, em acórdão datado de 1960, assim se manifestou: “Debenturista isolado da empresa devedora não tem qualidade para requer a falência desta, por débito de juros, nos termos do artigo 2º, do Dec-Lei nº 781, de 1938” (2ª Turma, decisão unânime no Agravo de Instrumento nº 22.128, Rel. Min. Ribeiro da Costa, RTJ nº 15-01, p. 59).

Ainda que se conseguisse enxergar no dispositivo normativo a interdição do legitimado ordinário — fato que, reitera-se, não logramos encontrar —, a opção pela legitimação extraordinária exclusiva na hipótese não se poderia sustentar, conduzindo-nos a uma interpretação conforme a constituição. A doutrina mais moderna que se tem estabelecido sobre o tema repudia a proibição que se imponha ao titular do interesse controvertido de ir a juízo pleitear a sua tutela. Afronta a Constituição exegese que resulta no imobilismo do titular de um direito subjetivo, privando-o do acesso ao Poder Judiciário para defender-se contra uma lesão ou ameaça de lesão a esse direito²².

O agente fiduciário, por seu turno, sempre responderá perante os debenturistas pelos prejuízos causados por culpa ou dolo no exercício de suas funções (§ 4º, do artigo 68, da Lei nº 6.404/76). Mas essa responsabilização não é motivo obstativo da ação individual do debenturista visando à tutela e à realização do seu direito, como, ao contrário, parece sugerir Fábio Ulhoa Coelho. Uma coisa não exclui a outra.

A eficácia da coisa julgada, no processo em que o debenturista agir sozinho contra a companhia, ficará limitada às partes; ela apenas

22 Cf. a respeito o magistério de Thereza Alvim: “Mas, também nessa exata medida, tende-se a entender o instituto da legitimação extraordinária como ensejando sempre legitimação concorrente com a ordinária, pois, caso assim não se entendesse, se estaria dando ao instituto interpretação inconstitucional. Feriria a Constituição Federal interpretação que ensejasse a impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário para defender-se de lesão ou ameaça de lesão à afirmação de direito, quer no pólo ativo, quer passivo. Conseqüentemente, inadmitte-se como válida a legitimação extraordinária exclusiva, interpretando o instituto como sempre (e ao longo de toda esta obra) dando margem à legitimação extraordinária concorrente com a ordinária” (*O direito processual de estar em juízo*, p. 92). No mesmo diapasão, situa-se Alexandre Câmara: “a proibição que se faça ao titular do interesse de ir a juízo pleitear sua tutela é inconstitucional, o que faz concluir que não se pode admitir a existência de legitimidade extraordinária exclusiva nos casos em que exista um legitimado ordinário, por ferir a garantia constitucional da inafastabilidade do acesso ao judiciário. Admite-se, assim, a existência de legitimidade extraordinária exclusiva, em nosso sistema constitucional vigente, apenas nos casos em que inexistam um titular do direito subjetivo ou da posição jurídica de vantagem afirmada, como, por exemplo, na ação popular, em que a legitimidade do cidadão é extraordinária, mas não há legitimado ordinário, uma vez que o interesse submetido à tutela jurisdicional é um interesse supra-individual” (ob. cit., p. 109).

será formada em relação à coletividade dos debenturistas quando proposta a ação pelo agente fiduciário. Em havendo legitimação extraordinária, aqueles que não participaram do processo serão alcançados pela decisão e pela coisa julgada material que a partir dela será formada.

III — Legitimação para o requerimento de falência

Ainda no âmbito do § 3º, do artigo 68, da Lei das S/A, impende abordar a vedação ao requerimento de falência pelo representante dos obrigacionistas quando existirem garantias reais (alínea *c*). Essa proibição resultava do sistema anterior à Lei nº 11.101/2005. Isto porque, o Decreto-Lei nº 7.661/45, na alínea *b*, do inciso III, do artigo 9º, condicionava o requerimento de falência pelo credor com garantia real à renúncia da garantia, transformando-se em quirografário, ou, para mantê-la, deveria provar que os bens não chegavam para a solução do seu crédito.

Falecia, pois, interesse aos credores com esse tipo de garantia para o pedido de falência, em função de se encontrarem em uma posição privilegiada, desfrutando de um bem afetado ao pagamento do crédito. Exigia-se que o credor com garantia real se colocasse em igualdade com os demais credores do devedor comum. A matéria, quando tratada no Supremo Tribunal Federal²³ e, posteriormente, no

23 Ementa: “A renúncia à garantia real pelo credor para requerimento da falência do devedor, pode estar implícita no requerimento da quebra, não se exigindo termo ou ato específico e prévio de declaração de renúncia à garantia real. A lei só exige prévio procedimento, para a conservação da garantia real, não para a sua renúncia. Interpretação do art. 9, III, b, do Dec-Lei 7.661, de 21.6.1945. Recurso Extraordinário conhecido e provido” (Recurso Extraordinário nº 83.841-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, decisão unânime, 2ª Turma, julg. 19.10.1976, publ. RTJ 79/03, p. 981); Ementa: “Falência — credor com garantia real (artigo 9, III, b, do Decreto-Lei 7.661/45). Não se exige renúncia expressa do credor com garantia real, para requerimento da falência do devedor. Precedente específico: RE 83.841 (RTJ 79/981). Recurso Extraordinário conhecido e provido” (Recurso Extraordinário nº 100.237-SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, decisão unânime, 1ª Turma, julg. 02.12.1983, publ. RTJ 108/02, p. 839).

Superior Tribunal de Justiça²⁴, mereceu o entendimento de que a renúncia não necessitava ser prévia e expressa, decorrendo, logicamente, do ajuizamento do requerimento. A tese que prosperou foi a da possibilidade da renúncia implícita.

Portanto, como o agente fiduciário não tinha, e não tem, poderes para renunciar direitos, sendo o ato privativo dos debenturistas que individualmente poderão fazê-lo ou, coletivamente, por decisão unânime da assembléia geral, com a observância, se houver, do *quorum* previsto na escritura de emissão²⁵, é que se lhe obstava a legitimação para o requerimento.

Mas como o cenário alterou-se a partir do advento da Lei nº 11.101/2005, pela qual não há mais aquela exigência que se fazia no Direito anterior, professamos a possibilidade do requerimento pelo agente fiduciário em qualquer situação de debênture, com ou sem garantia real, porquanto o óbice que orientou o preceito da Lei do Anonimato não mais existe. A exegese lógica e sistemática se impõe ao intérprete, que sempre deverá enxergar a lei e o sistema no qual se insere com os olhos de seu tempo.

IV — Conclusão

O agente fiduciário dos debenturistas — de participação obrigatória na emissão pública de debêntures, e facultativa na emissão privada —, emerge como órgão externo da comunhão dos debenturistas, com função de representação, revelando-se sua principal in-

24 Ementa: "...4. Como assentado na jurisprudência da Corte, requerendo o credor com garantia real a falência do devedor está implícita a renúncia a essa garantia, 'pois a lei de regência (DL n. 7.661/45, art. 9, III, b) não exige que ela seja expressa'" (Recurso Especial nº 86.407-ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, decisão unânime, 3ª Turma, julg. 14.10.1997, publ. DJU, Seção I, de 15.12.1997, p. 66.380).

25 Modesto Carvalhosa, ob. cit., 1. v., p. 684.

cumbência a proteção dos direitos e dos interesses desses credores obrigacionistas da companhia.

Cabe-lhe fazer uso de todos os meios e medidas judiciais e extrajudiciais para defender e preservar os direitos e os interesses da comunhão que representa. No manejo das providências de natureza judicial, sua atuação se realiza como legitimado extraordinário. Essa legitimação extraordinária é concorrente com a dos debenturistas, porque a lei não exclui a participação do titular do direito material, ou seja, o agente fiduciário é investido para postulação em juízo em prol dos debenturistas, mas sem qualquer subtração do direito individual de ação por parte destes. Em outros termos, encontram-se legitimados, a um só tempo, o titular do objeto da ação — o debenturista — e, portanto, legitimado ordinário, como o agente fiduciário, personagem estranha àquele objeto.

Para a formação eficaz do processo é bastante a presença do legitimado extraordinário, pois tem a qualidade para demandar, independentemente do legitimado ordinário. Não obstante, quando já ajuizada a ação pelo legitimado extraordinário, aquele poderá intervir no processo, ao seu lado, expressando forma de intervenção de assistente litisconsorcial.

A eficácia da coisa julgada ficará limitada às partes, no processo em que o debenturista agir individualmente contra a companhia, porque isso é possível, ainda que exista a figura do agente fiduciário. Será ela formada em relação à coletividade dos debenturistas quando proposta a ação pelo agente fiduciário.

No sistema falimentar introduzido pela Lei nº 11.101/2005, pela qual não mais se condiciona o requerimento de falência, pelo credor com garantia real, à renúncia da garantia, afigura-se possível o requerimento de falência da sociedade emissora das debêntures pelo agente fiduciário, em qualquer situação de debênture, com ou sem garantia real, porquanto o óbice que orientou o preceito da Lei do Anonimato, que interditava esse pedido quando existissem garantias reais, não mais persiste. A exegese lógica e sistemática se impõe ao

intérprete, que sempre deverá enxergar a lei e o sistema no qual se insere com os olhos de seu tempo.

Bibliografia:

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. Revista da AJURIS 93/61, março de 2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I, 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação judicial de empresa — o novo instituto da insolvência empresarial*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. vv. 1 e 2, São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 2. v., 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, in Direito processual civil (ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky Ltda., 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 1. v., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

**RECUPERAÇÃO DE
EMPRESAS E FALÊNCIAS**

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O (INDISPENSÁVEL) PAPEL DO CADE NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTOS EM PLANOS DE RECUPERAÇÃO

CADE'S (NECESSARY) ROLE AT THE EXAM OF CONCENTRATION ACTS CONTAINED IN RECOVERY PLANS

Valter Shuenquener de Araújo

Resumo: O artigo se propõe a analisar a relevância da atuação do CADE e dos demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE e SEAE) na apreciação e aprovação de atos de concentração econômica previstos em planos de recuperação. Os interesses de empresários em crise na reorganização da sua atividade não excluem a necessidade de preservação de outros valores de estatura constitucional. A tutela dos consumidores, a preservação da livre concorrência, e a necessidade de repressão ao abuso do poder econômico impõem um dever de agir ao CADE e aos demais órgãos de defesa da concorrência na apreciação de planos de recuperação que prevejam atos concentração.

Palavras-chave: CADE. Direito Econômico. Concorrência. Plano de Recuperação. Ato de concentração.

Abstract: This paper's proposal is to analyze the importance of CADE's role and the acting of other competition organs which comprise the Brazilian Competition Defense System (BCDS) in order to appreciate and approve economic concentration acts contained in

reorganization plans. The interests of entrepreneurs which are in crisis in reorganizing their activities do not exclude the need to preserve other values of constitutional stature. The consumers' protection, the free competition preservation and the need to fight against the abuse of economic power impose the action from CADE and from the others competition defense organs at the exam of reorganization plans which contain concentration acts.

Keywords: CADE. Economic Law. Competition. Reorganization Plan. Concentration Act.

Sumário: Introdução. 1. O CADE. 2. Da Competência da Justiça Federal. 3. Da Eficácia ótima dos princípios em conflito. 4. O paradigma do caso VARIG. 5. Do prazo para submissão ao CADE do ato de concentração econômica. 6. Conclusões.

Introdução

Em 2005, o Brasil finalmente recebeu a nova Lei de Falências e Recuperação, Lei nº 11.101/05, que, em substituição ao antigo DL nº 7.661/45, trouxe substanciais inovações ao processo de insolvência dos empresários e sociedades empresárias em atividades no Brasil.¹ Embora mantivesse a tradição nacional de um processo de insolvência binário (recuperação x falência), a idéia central que gravitou em torno da criação da nova lei foi a de facilitar a superação das situações de crise. Ela procurou proporcionar os mais distintos meios de recuperação e de reorganização para a atividade empresária que se encontra em dificuldades. Dentre os instrumentos legais previstos

1 Dentre as principais mudanças trazidas pelo referido diploma, vale lembrar a extinção dos institutos da concordata preventiva e suspensiva, a previsão da recuperação judicial e extrajudicial, a inversão na ordem de preferência entre os créditos com garantia real e os créditos tributários, a possibilidade de adoção de um plano especial de recuperação, a limitação da preferência dos créditos trabalhistas a 150 salários-mínimos, a maior delimitação da atuação do Ministério Público, a previsão de um administrador judicial em substituição ao síndico da falência e ao comissário da concordata.

para a recuperação, destacam-se os atos de cisão, incorporação, fusão e transformação (art. 50, inciso II, da Lei nº 11.101/05). Através da fusão, por exemplo, uma sociedade em estado de crise e que esteja trilhando um caminho rumo à insolvência pode conseguir revitalizar-se.

Essas previsões da Lei nº 11.101/05 quanto aos meios de recuperação surgem em um mundo sujeito a constantes inovações. Um cenário completamente distinto daquele em que nasceu o Decreto-Lei antigo que dispunha sobre falências e concordatas, uma época em que a livre concorrência é ameaçada constantemente por atos de concentração de grandes impérios empresariais.

Acompanhando os acontecimentos do cenário internacional, o Brasil passou, ao longo da década de noventa do século passado, por um período de fortes transformações. Em conjunto com o afastamento do Estado brasileiro do exercício direto de uma série de atividades econômicas, fenômeno provocado pela adoção de um modelo gerencial de gestão, presenciamos um infindável número de fusões e aquisições no meio empresarial.²

Nesse ambiente, o Estado teve de voltar sua atenção para um mais detido e rigoroso controle dos atos de concentração. Inúmeros interesses, inclusive os de milhões de consumidores, estão em jogo quando sociedades empresárias decidem agrupar-se para a exploração conjunta de uma determinada atividade. E, não foi à toa que a Lei nº 8.884/94 exigiu que o CADE (Conselho Administrativo da Defesa Econômica) aprovasse a conclusão de atos de concentração econômica capazes de afetar significativamente o mercado. Por outro lado, um Juiz de Direito com competência em matéria de recuperação de empresários tem o dever legal, imposto pela Lei nº 11.101/05, de con-

2 Segundo dados da KPMG Brasil, durante a década de noventa ocorreram 2.308 operações de fusão ou aquisição. Em 1997, podemos constatar uma explosão no volume das fusões e aquisições, que atingiram o montante de 372 operações. Disponível em http://www.kpmg.com.br/publicacoes/corporate_finance/structuredfinance/fa_90s.pdf. Acesso em 6 de abril de 2008.

ceder ou homologar uma recuperação com base em um plano de recuperação apresentado, inclusive se ele contiver previsões no sentido da prática de atos de concentração. Como podemos conciliar a atuação do Juiz de Direito com a necessidade de atuação do CADE nas hipóteses de operações de concentração econômica? Será que seria suficiente a decisão do Juiz de Direito para que um plano de recuperação com esse tipo de previsão pudesse produzir efeitos?

O propósito deste artigo é, portanto, o de apresentar para debate o tema da necessidade de aprovação do CADE para a plena eficácia de um plano de recuperação que preveja atos de concentração como meio para a reorganização da atividade empresária.

1. O CADE

O Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE) foi criado em 1962 pela Lei nº 4.132/62 como órgão da administração federal e veio a ser transformado em autarquia federal pela Lei nº 8.884/94. Sua missão institucional é a de, essencialmente, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, nos moldes exigidos pelo artigo 173, §4º, da Constituição de 1988.³ A lei que sobre ele dispõe, a já mencionada Lei nº 8.884/94, apresenta, no seu art. 54, as principais atribuições do CADE, que são a seguir discriminadas:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I— tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

³ 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.

b) *melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou*
c) *propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*

II — os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III — não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV — sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados

Dentre as atribuições acima transcritas, vale ressaltar aquela relacionada especificamente com o §3º do art. 54 que torna indispensável a aprovação, pelo CADE, de atos de concentração econômica que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). A previsão é cogente e extrai seu fundamento da regra contida no art. 173, §4º, da Constituição da República que visa à repressão ao abuso do poder econômico. Não há, portanto, como esvaziar as funções previstas legalmente para o CADE mediante uma interpretação da atual Lei de Falências e Recuperação que esvazie a densidade normativa do referido dispositivo constitucional. O CADE

é uma entidade federal com capacidade técnica em matéria de concorrência e recebe, inclusive, informações de dois outros órgãos federais (SEAE/MF e SDE/MJ) para proferir suas decisões. Ele não pode ser deixado de lado e esquecido, tal como se não existisse, pelo simples fato de a Lei nº 11.101/05 não ter expressamente feito alusão à sua necessária atuação quando algum plano de recuperação prevê um ato de concentração econômica nos limites que exigem a sua aprovação.

Muito embora a Lei nº 11.101/05 tenha possibilitado⁴ que um plano de recuperação, seja ele judicial ou extrajudicial, preveja a recuperação por meio de atos de concentração, ela foi omissa quanto à necessidade de prévia consulta ao CADE e aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando o plano de recuperação tiver previsto algum ato de concentração econômica que se enquadre nas hipóteses delineadas pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94. A ausência de previsão expressa na legislação falimentar sobre a exigência de prévia aprovação do CADE não pode ser compreendida como uma dispensa dessa anuência. Não foi esse o propósito do legislador. Vale lembrar, inclusive, que o plano de recuperação judicial tem a natureza jurídica de um contrato com força novativa.⁵ Trata-se de um ajuste entre o devedor e seus credores que, após anuência do Poder Judiciário, acarreta novação em relação aos créditos nele inseridos. Por ter um forte caráter contratual, ele não pode desobrigar o empresário e seus credores do cumprimento de deveres legais e constitucionais.

4 Isso pode ser constatado através da leitura dos arts. 161 a 167 e de diversos incisos do artigo 50 da Lei nº 11.101/05.

5 Neste mesmo sentido, SERGIO CAMPINHO. CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. O Novo regime da Insolvência Empresarial. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, p. 12-13. Na visão de JORGE LOBO, “*a recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação ex lege*”. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord), ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.), LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

2. Da Competência da Justiça Federal

O não envio de um ato de concentração empresarial, conforme exigido pela Lei nº 8.884/94, para a aprovação do CADE torna a referida operação ineficaz (at. 54, §7º, da Lei nº 8.884/94), isto é, insuscetível de produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. O suprimento da ausência de manifestação do CADE, para os fins de viabilizar a produção dos efeitos do ato de concentração realizado, só pode acontecer através de uma decisão judicial oriunda da autoridade com competência para controlar os atos oriundos do CADE. Por seu turno, o reconhecimento da desnecessidade de atuação do CADE pressupõe uma análise das competências de uma autarquia federal, o que ultrapassa os limites legais e constitucionais de competência atribuída ao Juiz de Direito que decidirá sobre o plano de recuperação. Em razão, portanto, do que preceitua o art. 109, inciso I, da Constituição da República, competirá aos Juízes Federais apreciar essa matéria.

O tema não é pacífico. Na doutrina, é possível encontrar posição reconhecendo como prescindível a oitiva do CADE, e, por conseguinte, da manifestação da Justiça Federal, quando um plano de recuperação tiver previsto um ato de concentração econômica. De acordo com o entendimento de SÉRGIO CAMPINHO:

como ficam os atos de fusão ou incorporação, por exemplo, que fizerem parte do plano de recuperação (...)? Tem ele que ser previamente submetido à aprovação do CADE? Pensamos que não. (...) caberá ao magistrado — Estado-Juiz —, como guardião da legalidade do plano de recuperação, avaliar se as condições legais, quando envolver fusão ou incorporação, por exemplo, encontram-se atendidas. (...) Não há espaço no processo de recuperação para submeter a avaliação da operação ao CADE. A competência da verificação da legalidade é exclusiva do Juiz.⁶

6 CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. O Novo Regime da Insolvência Empresarial. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p.156-158.

Sem embargo de nutrirmos profundo respeito e admiração pelo jurista SERGIO CAMPINHO, não compartilhamos, nesse tópico específico, a mesma opinião. A decisão do Juiz de Direito que homologa o plano de recuperação extrajudicial ou que defere o processamento da recuperação judicial não é, segundo nos parece, suficiente para suprir a ausência de deliberação acerca do ato de concentração não submetido à deliberação do CADE. Embora o Juiz de Direito seja efetivamente o guardião da legalidade do plano de recuperação, ele não pode decidir questões afetas constitucionalmente à Justiça Federal. A decisão judicial proferida no âmbito estadual, que concede uma recuperação judicial com base em plano que prevê um ato de concentração econômica cuja aprovação seria de competência do CADE, também reconhece simultaneamente que o CADE não tem competência nessa matéria, por não incidir a regra do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Isso é um autêntico controle jurisdicional do feixe de competências de uma autarquia federal, medida que só pode, nessa circunstância específica, constitucionalmente ser desempenhada no âmbito da Justiça Federal.

O CADE, ou qualquer outra entidade ou órgão do Estado competente em matéria de concorrência, não participa do processo decisório que aprova o plano de recuperação.⁷ Por isso, torna-se imprescindível sua aprovação quanto aos atos previstos no plano que acarretem concentração econômica. O magistrado competente para decidir a recuperação judicial não pode ser enxergado como o Juiz Hércules de Ronald Dworkin; um juiz que tudo é capaz de julgar dentro de critérios justos e razoáveis. A proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico é, portanto, um interesse difuso tão re-

7 Embora também exista debate acerca do foro competente para apreciação de questões de sucessão trabalhista, os votos dos credores trabalhistas são computados para a aprovação do plano de recuperação. A situação é, portanto, distinta. Em relação à sucessão trabalhista, o STJ já suspendeu atos de constrição determinados pela Justiça Trabalhista que dificultariam o cumprimento do plano de recuperação aprovado. Sobre o tema, confira: STJ. Segunda Seção. Relator Min. Ari Pargendler. CC nº 61.272. Data do julg.: 25/04/07. DJU: 25/06/07, e STJ. Segunda Seção. Relator Min. Ari Pargendler. Agravo Regimental no CC nº 73.076. Data do julg.: 28/02/07. DJU: 22/03/07.

levante quanto a recuperação da sociedade empresária que se encontra em dificuldades.

A exigência de manifestação do CADE também não é capaz de causar incontornáveis transtornos à regular tramitação da recuperação judicial. As decisões do CADE têm, em razão do que preconiza o art. 54, §§6º e 7º, da Lei nº 8.884/94, sido proferidas em um prazo médio de 49 dias.⁸ Portanto, a submissão do ato de concentração previsto no plano de recuperação ao CADE não afetará a celeridade exigida pelo processo de recuperação. A tendência que se tem verificado, inclusive, é de aprovação sem restrições da maioria dos atos de concentração que são apresentados à apreciação do CADE. De janeiro de 2004 a abril de 2008, por exemplo, foram reprovados apenas 0,05% dos atos de concentração submetidos ao CADE.⁹

Sob outro enfoque, a preocupação do Juiz de Direito ao conceder uma recuperação judicial ou homologar um plano em sede de recuperação extrajudicial é voltada primordialmente para a reorganização de quem exerce atividade de empresa. O Juiz Federal por seu turno, apreciará a matéria relativa à concorrência, típica matéria de interesse nacional. A competência do primeiro para dirimir conflitos relacionados à recuperação de uma sociedade empresária não pode afastar a do outro de apreciar a legalidade e constitucionalidade de um ato de concentração não submetido à apreciação do CADE ou por ele rejeitado.

Há um argumento adicional em favor da necessidade de manifestação do CADE que tem relação direta com o caráter cosmopolita do Direito Empresarial. Em algumas ocasiões, o plano de recuperação que prevê um ato de concentração é aprovado por um Juiz de

8 Esta média diz respeito ao ano de 2008 e foi fornecida pelo CADE. Disponível em <http://graficos/NumerosAC.asp>. Acesso em 12 de maio de 2008.

9 92,94% foram aprovados sem restrição e 7,01% foram aprovados com restrição. Dados fornecidos pelo CADE. Disponível em <http://graficos/NumerosAC.asp>. Acesso em 12 de maio de 2008.

tribunal estrangeiro. Isso aconteceu, por exemplo, no precedente apreciado pelo CADE envolvendo a *NRG Energy INC.* e a *Matlinpatterson Global Opportunities Partners LP*.¹⁰ O ato de aquisição de ações da *NRG* pela *Matlinpatterson* havia sido autorizado por um juiz norte-americano no plano de recuperação da *NRG*. Com a fusão, a *Matlinpatterson*, grande credora da *NRG*, substituiria seu crédito por uma participação no capital da sociedade em recuperação, o que reduziria substancialmente o valor total devido pela *NRG* a seus credores e facilitaria o desfecho da recuperação. Admitir que o juízo da recuperação é o único competente para decidir sobre atos de concentração permitiria, como nesse caso, que uma decisão oriunda de um tribunal estrangeiro afetasse a concorrência no Brasil sem que qualquer órgão ou entidade de nosso país pudesse discordar da decisão tomada. Isso violaria os princípios basilares da soberania. E, sobre o tema, JOÃO DA FONSECA adverte que “*a soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico*”.¹¹

A preservação da concorrência feita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, especialmente, pelo CADE não tem como única função assegurar os interesses dos concorrentes. Naturalmente, a repressão ao abuso do poder econômico acaba protegendo aqueles que estão competindo, mas sua missão também será a de proteger os direitos do consumidor. Segundo a análise de ERNST FÜHRICH, “*atualmente, o direito da concorrência não busca proteger tão-somente os interesses daqueles que concorrem, mas também o direito dos consumidores*”.¹² Os consumidores não são, como regra geral e

10 O processo administrativo tramitou no CADE sob o nº 08012.009708/2003-50. O CADE aprovou a operação de fusão requerida pelas partes por ela não provocar dano ao mercado nacional. Disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t4320081120166961.pdf>. Acesso em 3 de abril de 2008.

11 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 2ª edição. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 88.

12 No original: “*Wettbewerbsrecht will nicht nur die Interessen der Wettbewerber schützen, son-*

salvo se figurarem como credores, ouvidos no processo falimentar ou de recuperação judicial. Não nos parece razoável, portanto, aceitar que um único Juiz de Direito com competência na matéria de insolvência empresarial pudesse, sem qualquer manifestação dos órgãos federais técnicos com competência na matéria e sem qualquer intervenção dos consumidores, aprovar um ato de concentração.

O CADE, e, no caso de questionamento quanto à sua atuação, a Justiça Federal, devem ter a sua competência em matéria de concorrência preservada. Saber se um ato de concentração materializa uma restrição irrazoável à competição, consoante já delineado no *Sherman Act* de 1890 e no *Standard Oil Case* de 1911 apreciado pela Suprema Corte norte-americana, demanda uma avaliação extremamente técnica do CADE.¹³ A inexistência de previsão expressa constante da Lei nº 11.101/05 no sentido da imprescindibilidade da atuação do CADE para a aprovação de atos de concentração previstos em planos de recuperação não significa que haja uma dispensa em relação a esta atuação. Assim como menciona a cisão, incorporação, fusão e transformação como meios de reorganização do empresário em crise, a Lei de Falências também prevê como meio de recuperação judicial a emissão de valores mobiliários (inciso XV do art. 50). Isso não significa, da mesma forma que ocorre com os atos de concentração, que a CVM não precisará autorizar a emissão de valores mobiliários quando a sua anuência for legalmente indispensável. A recuperação de um empresário ou de uma sociedade empresária é algo louvável, mas não pode ser feita em total descompasso com as demais normas do ordenamento jurídico que reforçam a efetividade dos mais distintos valores constitucionais.

dem ist heute auch Verbraucherschutzrecht". FÜHRICH, Ernst P. *Wirtschaftsprivatrecht*. 2. völlig überarbeitete Auflage. München: Franz Vahlen, 1997, p. 389.

13 Para maiores detalhes sobre o *Sherman Act*, cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen, 2003, p. 259. Sobre o *Standard Oil Case*, consulte . Acesso em 6 de abril de 2008.

3. Da Eficácia ótima dos princípios em conflito

Quando um plano de recuperação contém um ato de concentração econômica, sua implementação provocará uma autêntica colisão entre bens constitucionalmente tutelados. De um lado, há o interesse na recuperação do empresário ou da sociedade empresária em conjunto com a busca da preservação dos empregos e da tranquilidade no mercado. De outro lado, está presente uma preocupação com a repressão ao abuso do poder econômico e com todos os valores e pessoas que esta repressão busca proteger. Todos esses interesses em conflito precisam ser adequadamente dimensionados diante de cada caso concreto. E, para o desempenho desta missão, a Constituição de 1998 não previu uma única autoridade estatal.

Dependendo da área de atuação da sociedade empresária em recuperação, a submissão ao CADE do ato de concentração pode, até mesmo, mostrar-se necessária para que outros princípios constitucionais, além do sempre lembrado princípio da livre concorrência, sejam respeitados. No caso do serviço de telecomunicações, por exemplo, o ato de concentração pode afetar, inclusive, a livre circulação de informações, a liberdade de expressão e, até mesmo, a própria democracia. Essa consequência foi percebida por CAIO MÁRIO DA SILVA NETO, que, assim, expôs as suas idéias:

as divergências de pontos de vista e a capacidade de manifestação pública dessas divergências são tão fundamentais para o regime democrático quanto a própria consulta periódica às urnas. Nesse contexto, parece inegável que a defesa da concorrência no setor de comunicação tem implicações ainda mais amplas que em setores como o de cerveja, de chocolates ou de supermercados. (...) a concorrência possui uma função instrumental de promover valores básicos da sociedade em que vivemos. (...) Parece haver certo consenso de que diversidade nos meios de comunicação é fundamental para o regime democrático e para a garantia da autonomia individual.¹⁴

14 PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Análise de Concentração Econômica no Setor de Co-

Daí a relevância da aprovação do CADE dos atos de concentração previstos em planos de recuperação e que se enquadrem nos limites que exigem a sua atuação. A visão do juízo da recuperação é dirigida para a recuperação da sociedade que está em uma situação de dificuldade. Isso é importante, mas não é o único valor a ser observado pelo aplicador do Direito. A eficácia ótima (*optimale Wirksamkeit*) dos princípios em conflito deve ser um fim a ser alcançado quando da aplicação de um comando normativo pelo hermenauta. O método da concordância prática que veio a ser proposto por KONRAD HESSE impõe a obtenção de uma eficácia ótima dos princípios em conflito. Um princípio não pode afastar irremediavelmente a densidade normativa de um outro que oriente a atuação do intérprete em sentido oposto. Nesse contexto, as previsões da Lei nº 8.884/94 que obrigam a anuência do CADE quanto à prática de determinados atos de concentração econômica estão amparadas por um enorme feixe de valores constitucionais. A obrigatoriedade de consulta existe, portanto, para a preservação do princípio da livre concorrência, para a tutela do consumidor, para evitar o abuso do poder econômico, para evitar o aumento arbitrário de lucros, para viabilizar a sobrevivência de micro e pequenas sociedades empresárias e por inúmeras outras razões. Por seu turno, o ato oriundo do Juiz de Direito que aprova um ato de concentração previsto em um plano de recuperação é motivado por uma preocupação relacionada mais diretamente com a reorganização da sociedade empresária em crise e esta análise não pode excluir aquela que precisa ser feita pela autarquia federal e que voltará sua atenção para a efetiva tutela de outros valores também previstos no diploma constitucional.

Além de tudo o que acima foi dito, a avaliação técnica feita pelo CADE com base nas manifestações da SEAE/MF¹⁵ e da SDE¹⁶

municação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública. In: *Revista de Direito da Concorrência*. Edição especial. Retrospectiva/2003, p. 57-87. São Paulo: Thomson — Iob, 2003, p. 58-59 e 61.

15 Consoante lição de ELIZER MARTINS, “a Secretaria de Acompanhamento Econômico —

acerca da validade de um ato de concentração econômica também será importante para se avaliar precisamente a licitude da operação. É que uma violação ao direito de concorrência também pode justificar a punição por outros ilícitos.¹⁷ É preciso que exista, portanto, uma análise técnica e ampla das operações de concentração, pois uma concentração ilícita pode ser reconhecida, inclusive, como uma conduta criminosa¹⁸.

4. O paradigma do caso VARIG

No famoso precedente da aquisição pela *VRG Linhas Aéreas S.A.* da *Unidade Produtiva da Varig*, o CADE aprovou, com lastro em pareceres da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, o ato de concentração econômica pretendido sem quaisquer restrições.¹⁹

Ressalte-se que o ato de alienação da *Unidade Produtiva da Varig* foi espontaneamente apresentado aos órgãos do Sistema Brasi-

SEAE, órgão específico e singular do Ministério da Fazenda, criado por meio da Medida Provisória 813, de 1.1.1995. A SEAE é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anti-concorrenciais". MARTINS, Eliezer Pereira; CARDOZO, José Eduardo (Org.); QUEIROZ, João Eduardo Lopes (Org.); SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Polícia Administrativa Econômica. In: Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 361.

16 "Não menos relevante é o papel da SDE, órgão específico e singular do Ministério da Justiça, a quem incumbe exercer as competências estabelecidas nas Leis nº 8.078/90, de 11.9.1990, 8.884, de 11.6.1994, 9.008, de 21.3.1995, e 9.021, de 30.3.1995". Ibidem, p. 362.

17 Neste mesmo sentido, ELIEZER MARTINS defende, com amparo no que dispõe o at. 19 da Lei nº 8.884/94, que "o abuso na repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei". Ibidem, p. 359.

18 A Lei nº 8.137/90 tipifica diversos crimes contra a ordem econômica; ilícitos penais relacionados com a violação da concorrência.

19 O processo administrativo tramitou no CADE sob o nº 08012.007916/2006-67. Disponível em <http://www.cade.gov.br/ASP/Intranet/temp/t4320081003559297.pdf>. Acesso em 3 de abril de 2008.

leiro de Defesa da Concorrência. Essa providência parece ser uma medida extremamente salutar e que não inviabiliza, de forma alguma, como não impediu no caso concreto, a execução de um plano de recuperação. Portanto, mesmo que aprovado em assembléia-geral de credores e o Juiz de Direito competente tenha concedido a recuperação judicial com amparo no plano de recuperação, a sua eficácia, sua aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico deve depender da aprovação do ato de concentração pelo CADE.

No caso específico da *VARIG*, a atuação do CADE foi extremamente relevante, pois, além de apreciar o tema sob a ótica do direito da concorrência, a autarquia federal teve de se debruçar sobre a participação do capital estrangeiro na operação. O Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) fixa, no seu art. 181, §4º, um limite de 20% para a participação estrangeira no capital social de uma sociedade transportadora. O devedor e seus credores não podem, por mútuo acordo, e mesmo diante da aprovação de um Juiz de Direito com competência na matéria, decidir acerca dessa matéria. Trata-se de uma norma criada com o propósito específico de salvaguardar interesses nacionais, e não meramente regionais ou locais. Isso justifica, por si só, a atuação de uma entidade federal ou, se houver necessidade, do Poder Judiciário da União.

5. Do prazo para submissão ao CADE do ato de concentração econômica

Sobre o prazo para submissão dos atos de concentração econômica à apreciação do CADE, o § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 assim dispõe:

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

O dispositivo prescreve que o ato de concentração deve ser submetido para exame à SDE no prazo máximo de quinze dias úteis da sua celebração. A SDE enviará uma via ao CADE e outra à SEAE. E quando o ato de concentração estiver previsto em um plano de recuperação, qual deverá ser o termo *a quo* para a contagem desse prazo? O dia de aprovação do plano, quando ela for necessária, pela assembléia-geral de credores (AGC)? O dia em que a recuperação judicial for concedida pelo Juiz da causa? Ou será que teria aplicação um outro momento qualquer?

O dia de aprovação do plano na AGC não é aquele em que a concentração econômica realmente ocorre. A aprovação do plano na assembléia é um sinal verde para a sua futura execução, mas essa eficácia do plano dependerá, no mínimo, de uma decisão judicial superveniente que conceda a recuperação. Por seu turno, o dia em que o Juiz concede a recuperação judicial também não representa a data em que a fusão, incorporação, cisão ou transformação efetivamente se concretiza. A concentração econômica se verifica quando o ajuste contratual que a materializa, normalmente celebrado após a concessão da recuperação judicial, é assinado pelas partes interessadas. A partir daí é que o prazo de quinze dias deve começar a fluir.

Diante dessas considerações, o mais correto parece ser aplicar como data inicial para a contagem do prazo de 15 dias o dia em que, após a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, forem assinados os ajustes de concentração. Antes da lavratura dos pactos, há mera intenção de concentração, que pode, inclusive, nem mesmo vir a acontecer efetivamente. Podemos usar, inclusive, por analogia a Súmula nº 3 do CADE que sobre o tema prescreve que: “*Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão*”. A data da celebração do contrato de concessão é a data a ser considerada quando a concentração tem como propósito a participação em licitação pública. É assim porque os efeitos econômicos da concentração apenas se concretizarão após a assi-

natura do contrato de concessão. O semelhante acontece na recuperação. Em regra, o ato de concentração previsto no plano de recuperação apenas produzirá efeitos durante a fase de execução que se inicia após a concessão da recuperação judicial. Se o ajuste que materializa a concentração for celebrado após a concessão da recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, a data inicial para o cômputo dos quinze dias deve ser o dia da assinatura do pacto. Caso ele já tenha sido firmado antes da concessão judicial da recuperação, os quinze dias para a remessa do ato à apreciação estatal devem começar a fluir a partir da data da concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial (quinze dias a partir da publicação do ato judicial que concede ou que homologa a recuperação judicial).

Com raciocínio semelhante, o e. TRF da 1ª Região decidiu que o prazo de quinze dias para submissão do ato de concentração aos órgãos de defesa da concorrência apenas deve começar a fluir a partir do momento em que ele estiver apto a produzir efeitos. Vejamos o teor da ementa:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO ANTE A PERDA DE SEU OBJETO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. COMUNICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. LEI N. 8.884/94, ART. 54, § 4º. TEMPESTIVIDADE. MULTA. ANULAÇÃO.

1. O ato de concentração que originou a multa foi aprovado sem restrições pelo CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CADE, após regular comunicação realizada pela empresa interessada.

2. Fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade aprovar sem restrições o aludido ato e, no entanto, impor multa de 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs, por suposto atraso na comunicação do ato, em razão de previsão expressa no negócio de condição suspensiva e a inexistência da produção de reflexos prejudiciais à livre concorrência.

3. O prazo de quinze dias úteis estabelecido no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94 para comunicação do ato de concentração ao CADE somente é exigido quando o negócio está pronto e acabado, o que não é o caso dos autos, uma vez que o contrato previa como condição suspensiva a prévia aprovação pela ANEEL, BNDES e elaboração de celebração do Contrato de Cobrança, Depósito e Outras avenças, razão pela qual é descabida a multa aplicada.

4. Restam prejudicados os agravos regimentais interpostos em face de decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e o pedido do depósito integral do valor da multa ante o julgamento levado a efeito.

5. Apelação provida.

(TRF — PRIMEIRA REGIÃO. DESEMBARGADOR FEDERAL LEO-MAR BARROS AMORIM DE SOUSA Classe: AMS — APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA — 200134000086330 Processo: 200134000086330 UF: DF Órgão Julgador: OITAVA TURMA Data da decisão: 26/7/2007 Documento: TRF100266821. e-DJF1 DATA: 29/2/2008 PAGINA: 520).

Antes, portanto, de o ajuste de concentração se aperfeiçoar e de ele ser aprovado pelo Juiz de Direito com competência em matéria de recuperação, o prazo de 15 dias não deve ter início.

6. Conclusões

1) A atuação do CADE, da SDE/MJ e da SEAE/MF é imprescindível para a preservação de um ambiente competitivo salutar. Não existem razões jurídicas capazes de justificar a dispensa da prévia aprovação por essas instituições de atos de concentração previstos em planos de recuperação judicial ou extrajudicial.

2) A eficácia do ato de concentração previsto no plano de recuperação aprovado deve ficar condicionada à autorização do CADE quanto à operação ajustada. Inexistindo manifestação do CADE e dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE/MJ e

SEAE/MF), o ato de concentração que foi aceito pelos credores da recuperação deve ser considerado ineficaz, ainda que ele tenha sido aprovado pelo Juiz de Direito competente na matéria. O suprimento da ausência de manifestação do CADE depende, por sua vez, de decisão oriunda da Justiça Federal.

3) A preservação da sociedade empresária em crise é algo relevante, mas não é o único interesse que o Estado brasileiro deve proteger. Além disso, outros valores e princípios constitucionais precisam ser respeitados. Nesse contexto, a atuação do CADE será indispensável para, dentre outras funções, a tutela do princípio da livre concorrência, a proteção dos consumidores, a eliminação do abuso do poder econômico, a preservação da soberania nacional.

4) O prazo de 15 dias previsto no art. 54, §4º, da Lei nº 8.884/94 para exame do ato de concentração apenas começa a correr após o momento em que a operação se aperfeiçoa e está, em tese, apta a produzir efeitos. A concentração econômica se concretiza quando o ajuste contratual que a materializa, normalmente celebrado após a concessão da recuperação judicial, é assinado pelas partes interessadas. A partir daí é que o prazo de quinze dias deve ordinariamente começar a fluir. Apenas se o ajuste tiver sido celebrado antes do início da fase de execução da recuperação judicial ou extrajudicial (que se inicia, respectivamente, com a sua concessão ou homologação pelo Juiz de Direito da causa), é que os quinze dias deverão ser computados a partir da data de concessão da recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, e não da assinatura do ato ajuste que possibilitou a concentração.

**NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS**

**FRANCHISING E ANTITRUSTE: O CONTRATO DE
FRANQUIA À LUZ DAS REGRAS DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NA UNIÃO
EUROPÉIA**

**FRANCHISING UND KARTELLRECHT: DER
FRANCHISEVERTRAG IM LICHT DER NORMEN ZUM SCHUTZ
DES WETTBEWERBS IN BRASILIEN UND IN DER
EUROPÄISCHEN UNION**

Enzo Baiocchi

Resumo: O artigo traz um estudo sobre a questão da aplicação das regras de Direito da Concorrência aos contratos de franchising no Brasil e na União Européia. Objetivo maior é a análise da conformidade de certas cláusulas contratuais em face da legislação antitruste. Após uma breve introdução teórica, são apresentadas as linhas gerais do contrato de franchising, bem como uma reflexão sobre a importância econômica dessa espécie contratual como estímulo à concorrência no mercado. Em seguida, é estudado o conflito entre interesses privados e interesses de ordem pública relacionados ao franchising. O estudo do tema contempla, ainda, uma abordagem comparativa entre a realidade jurídica brasileira e a experiência normativa da Comissão Européia e do leading-case “Pronuptia” do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Ao final, segue a conclusão.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito Antitruste. Contrato de franchising. Limitações à liberdade contratual. Cláusulas res-

tritivas da concorrência. Validade e nulidade. Abordagem comparativa entre as regras de defesa da concorrência no Brasil e na União Européia.

Resümee: Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine Studie über die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften auf den Franchisevertrag in Brasilien und in der Europäischen Union. Ziel der Untersuchung ist es, die Übereinstimmung bestimmter Vertragsklauseln mit den Gesetzen zum Schutz des Wettbewerbs zu analysieren. Nach einer kurzen Einleitung werden die allgemeinen Vertragsgrundlagen sowie die wirtschaftsrechtliche Relevanz dieses Vertragstyps für die Marktwirtschaft dargestellt. Weiterhin wird die private und öffentliche Interessenabwägung im Hinblick auf den Franchisevertrag berücksichtigt. Der Beitrag befasst sich mit einer rechtsvergleichenden Untersuchung zwischen der brasilianischen Rechtslage und dem europäischen Kartellrecht. Berücksichtigt werden außerdem die „Pronuptia“-Entscheidung des EuGH vom 1986 und die Verordnungen der Europäischen Kommission. Am Ende folgt eine Zusammenfassung.

Schlüsselwörter: Unternehmensrecht. Kartellrecht. Franchisevertrag. Vertragsfreiheitsbeschränkungen. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Zulässigkeit und Nichtigkeit der Vertragsklausel. Rechtsvergleichung zwischen dem brasilianischen und dem europäischen Kartellrecht.

1. Introdução

Franchising, como método de negócio, não é recente no ambiente econômico e empresarial brasileiro. A sua rápida expansão a partir da década de 80 — intensificada ao longo dos anos 90 — evidenciou a necessidade de se dar maior clareza às regras do jogo, o que culminou com a promulgação, em 1994, da Lei de Franchising (Lei nº 8.955, de 15/12/1994). A tutela legal do franchising confirma sua importância jurídica e o reconhecimento da sua função econômi-

co-social como circulador de riquezas¹. Ainda hoje, é uma modalidade contratual em franca expansão no Brasil e os números do setor apenas comprovam essa realidade².

A par dessas vantagens, o sistema de franchising pode também apresentar algumas distorções com efeito direto sobre o mercado e a concorrência³. Nas próximas linhas nos interessa perquirir até que ponto a liberdade contratual das partes não vai ao encontro de interesses maiores ditados pela ordem pública. Há um claro consenso na doutrina de que certas cláusulas de franchising têm incontestável vocação de restrição da concorrência. Já à época da promulgação da Lei de Franchising advertiu Nuno T. P. CARVALHO que sua entrada em vigor “pode ter causado a falsa impressão de que esses tipos de contrato estão imunes às imposições antitruste”⁴. A mesma preocupa-

1 Sobre a função econômico-social do contrato como fator determinante para sua tutela jurídica, v. GOMES, Orlando. *Contratos*, 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 22 e ss.

2 Segundo a Associação Brasileira de Franchising — ABF, o país ocupa o 3^o lugar geral em números de franquias no mundo (atrás apenas de Estados Unidos e Japão), e também o 3^o lugar no ranking de países que mais atraem franquias internacionais (empatado com Canadá e Japão), de acordo com dados divulgados por ocasião da 48^a Convenção da *International Franchise Association*, em Orlando (EUA). Os números oficiais do setor, no Brasil, são expressivos. Em 2007, houve um faturamento recorde de R\$ 46 bi., o maior crescimento dos últimos sete anos (em 2001 o faturamento foi de R\$ 25 bi.). Atribui-se a esse desempenho surpreendente a estabilidade econômica por que passa o País, o controle da inflação e o aquecimento da economia, decorrente do aumento do consumo por conta do aumento do poder aquisitivo da população. O bom momento por que passa a economia nacional vem encorajando novos investimentos por parte do empresariado nacional. Prova disso é o aumento significativo (18,2%) de empresas que ingressaram ou adotaram, em 2007, o sistema de franchising como estratégia de desenvolvimento (totalizando 1.197 redes e 65.500 unidades franqueadas em 2007). Segundo a ABF, o ano de 2008 poderá ter um crescimento em torno de 8% a 9% no faturamento. Esses números apenas reforçam a importância dessa modalidade contratual não apenas para a economia nacional (mercado interno, exportações, impostos), mas também sua relevância social, setor que, em 2007, criou 30 mil novos postos de trabalho, totalizando atualmente 594 mil empregos diretos (fonte: ABF — www.portaldofranchising.com.br; acessado em 10/04/2008).

3 Sobre uma primeira avaliação criteriosa das vantagens e desvantagens do sistema de franchising, v. COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil: da Consagração ao Repúdio?* Revista de Direito Mercantil, São Paulo: RT, 1975, n^o 18, p. 53 e ss.

4 *Os contratos de franquia e o direito antitruste*, Revista da ABPI, n^o 14, 1995, p. 36.

ção manifestou Waldirio BULGARELLI: “vê-se pois que o franchising atua muito mais como forma de dominação do mercado e inclusive de controle dos distribuidores do que como simples técnica nova de venda, aliás, como até quase ingenuamente se tem visto no Brasil”⁵. Se por um lado, se verifica um acentuado risco à concorrência oriundo da relação contratual que se estabelece, mas, por outro, existe uma função econômico-social a ser reconhecida e tutelada, cabe então achar um ponto de equilíbrio dos interesses públicos e privados envolvidos. Aqui, por isso, merece destaque a análise da conformidade dessas cláusulas à luz da legislação antitruste no Brasil e na União Européia⁶.

Ponto de partida será reconhecer, na função do Direito Antitruste, um instrumento normativo de que se vale o Estado para implementar políticas públicas, especialmente políticas econômicas voltadas a organizar e direcionar a concorrência numa economia de mercado e o desenvolvimento econômico do país como um todo, com base em fins específicos⁷. Analisaremos, por fim, até que ponto a ampla experiência normativa e jurisprudencial européia no campo do Direito Antitruste poderá ser útil à realidade jurídica e econômica brasileira. São esses os principais questionamentos a serem tratados neste trabalho.

2. Linhas gerais sobre o contrato de franchising

Certamente não é fácil o exercício de encontrar uma definição suficientemente abrangente, que contemple todas as modalidades e peculiaridades do contrato de franchising. De fato, não há consenso

5 *Contratos Mercantis*, 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 529.

6 No que diz respeito à citação de qualquer norma ou jurisprudência da União Européia, manteremos o padrão lingüístico português europeu inalterado, de acordo com a publicação oficial no *Jornal Oficial da União Européia* em Portugal, tal como foi consultado no original.

7 Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 2^a ed. 2^a tir. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 193 e ss.

na doutrina quanto ao conceito definitivo de franchising, a não ser pelo esmero de sintetizar em poucas linhas todas as suas nuances jurídicas e tecnológicas⁸. Tampouco parece ser uniforme a predileção pelo uso do termo em inglês, ou aquilo que foi considerado uma “tentativa de aporuguesamento”⁹ com sua tradução para *franquia* ou *franquia empresarial*, como quis o legislador, porém, “muito inexpressiva para ser aceita”¹⁰. Apenas a título de referência para o nosso estudo, ficamos com a definição legal dada pelo art. 2º da Lei de Franchising, embora reconheçamos as suas deficiências e compartilhemos das justas críticas feitas pela doutrina, principalmente no que diz respeito a certos elementos essenciais do franchising¹¹.

A doutrina classifica o franchising como um contrato necessariamente mercantil, típico, consensual, bilateral, oneroso, comutativo, continuativo, híbrido, de adesão e *intuitu personae*¹². A Lei de Franchising não estipula o conteúdo do contrato — e bem assim o fez — deixou-o à livre iniciativa das partes e à criatividade do mercado. No seu art. 3º, a lei elenca apenas os elementos essenciais que deverão

8 Sobre os mais variados conceitos na doutrina v., dentre tantos, MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 577 e ss.; W. BULGARELLI, op. cit., p. 530 ss.; O. GOMES, op. cit., p. 528 e s.; CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25 e ss.; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125 e ss.

9 Cf. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 12.

10 Cf. O. GOMES, op. cit., p. 528. Não obstante a preferência pelo termo no seu original em inglês, aceitou-se, no Brasil, a sua variante no vernáculo como a equivalente nacional à figura contratual do *franchising* no Direito americano, nesse sentido v. MARTINS, Fran. op. cit., p. 577-579; W. BULGARELLI, op. cit., p. 530. Reputamos o uso do termo tanto no original em inglês como em português como equivalentes, dada a tipicidade conferida a este último pela Lei nº 8.955/94.

11 Sobre uma análise crítica da definição dada pela Lei, sobretudo com relação à limitação do objeto do contrato a “direito de uso de marca ou patente” e “direito de distribuição”, v. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1069.

12 Sobre a natureza jurídica do franchising e sua classificação, remetemos ao estudo detalhado de J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 38 e ss.

constar obrigatoriamente da *Circular de Oferta de Franquia*. Existem três modalidades principais de contratos: *franchising de produção ou industrial* (o franqueado produz ou fabrica o produto para posterior venda, usando a marca e o know-how do franqueador), *franchising de distribuição ou de produtos* (o franqueado vende produtos fabricados ou adquiridos de terceiros pelo franqueador, que os distribui à rede, usando os sinais distintivos e o know-how do franqueador), e *franchising de serviços* (o franqueado presta determinado serviço, usando os sinais distintivos e o know-how do franqueador). Nos contratos de franchising geralmente ocorre a transferência de um know-how técnico, comercial ou operacional, ou a combinação deles¹³. À parte da discussão terminológica, que aqui não adentraremos, particular interesse merece a perfeita diferenciação entre cada tipo de franchising por ocasião da análise da conformidade de suas cláusulas frente às normas antitruste¹⁴⁻¹⁵.

O rigor detalhista com que a Lei de Franchising passou a regular certas cláusulas e condições contratuais (subentenda-se *Circular de Oferta de Franquia*), mereceu de parte da doutrina a crítica de que “passou-se de um regime jurídico de ampla liberdade (...), para um sistema de rígida disciplina jurídica, acompanhando a tendência intervencionista estatal nos contratos”¹⁶. Por outro lado, já se reconheceu a *Circular de Oferta de Franquia* como sendo o “elemento mais conspícuo” da lei, comparando-a à função exercida pelos editais das licitações públicas, como instrumento capaz de estabelecer relações transparentes e isonômicas entre franqueador e franqueados¹⁷. Seja como for, o fato é que ela introduz, pela primeira vez no ordenamen-

13 Sobre um estudo detalhado do know-how, v. D. B. BARBOSA, op. cit., p. 649 e ss. Ainda sobre a classificação, v. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 41.

14 Cf. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 37.

15 V. pontos 4 e 5.c) *infra*.

16 W. BULGARELLI, op. cit., p. 532.

17 D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1072.

to jurídico brasileiro, a noção de “sistema de franquias empresariais” o que vem a caracterizar toda operação contratual envolvida¹⁸.

A lógica econômica do sistema de franchising e suas vantagens para as partes contratantes foi bem definida e sintetizada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no *leading-case* “Pronuptia”¹⁹, de 28/01/1986: “[r]ather than a method of distribution, it is a way for an undertaking to derive financial benefit from its expertise without investing its own capital. Moreover, the system gives traders who do not have the necessary experience access to methods which they could not have learned without considerable effort and allows them to benefit from the reputation of the franchisor’s business name.” A mesma posição foi adotada pela Comissão Europeia no *Regulamento de Isenção por Categoria* (“*EU-Gruppenfreistellungsverordnung*”), cujas regras aplicam-se diretamente aos contratos de franchising²⁰.

3. Franchising e os interesses de ordem pública: entre livre iniciativa e livre concorrência

A liberdade geral de contratar, de estabelecer livremente direitos e obrigações bilaterais a que o ordenamento jurídico confere de-

18 V. definição do art. 2º da Lei nº 8.955/94; nesse sentido, v. W. BULGARELLI, op. cit., p. 532.

19 TJCE, Proc. nº 161/84, de 28/01/1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (publicado no Repertório de Jurisprudência, p. 353), v. fundamentos da sentença nº 15.

20 *Regulamento (CE) nº 2790/1999 da Comissão, de 22/12/1999, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 336/21), em 29/12/1999, e em vigor até 31/05/2010. No item 6 das considerações gerais do Regulamento lê-se o seguinte: “Os acordos verticais da categoria [dos quais o franchising é apenas um exemplo] definida no presente regulamento podem melhorar a eficiência econômica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, possibilitando uma melhor coordenação entre as empresas participantes; em particular estes acordos podem conduzir a uma redução dos custos de transação e distribuição das partes e a uma otimização das suas vendas e níveis de investimento.”

terminados efeitos entre as partes, nunca foi ilimitada. No direito contratual moderno, os princípios privatísticos da tradicional teoria geral dos contratos encontram seus limites impostos pela ordem jurídica, notadamente constitucional, com primazia do interesse da coletividade e demais interesses de ordem pública, que limitam a autonomia da vontade das partes²¹. Às limitações de caráter genérico, tais como a obediência ao preceito geral dos “bons costumes”²² e de ordem pública, somam-se outras tipicamente de Direito Público, sobretudo de natureza constitucional, e que exercem influência direta na formação e interpretação dos contratos, sejam eles de natureza civil ou mercantil, como é caso do franchising²³. Nesse sentido reconhece BULGARELLI que a própria autonomia da vontade, como princípio informador da gênese de qualquer relação contratual, encontra-se “abalada pela intervenção do Estado”²⁴.

De um modo geral, costuma-se reconhecer que as limitações à liberdade de contratar encontram sua inspiração em razão de utilidade social²⁵. Isso ocorre toda vez que interesses privados sejam contrários às bases da ordem social estabelecida e aceita por determinada sociedade, ou que violem os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Nesses casos, diz-se que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes²⁶.

21 V. O. GOMES, *op. cit.*, p. 25 e ss.

22 Dentre tantos, citamos apenas, arts. 122 (negócio jurídico) e 187 (ato ilícito) do Código Civil de 2002.

23 V. O. GOMES, *op. cit.*, p. 27 e ss. A respeito da discussão na doutrina sobre a distinção clássica entre obrigações civis e comerciais, e entre contratos de natureza civil ou mercantil e sua importância econômica, mencionamos apenas o estudo de W. BULGARELLI (*op. cit.*, p. 35 e ss.) com extensa citação da doutrina nacional sobre o tema.

24 W. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 63. O autor cita como exemplos tipos contratuais modernos, em que o poder público não só obriga a contratar (assim chamados de “contratos coativos”, a que é exemplo o seguro obrigatório), mas que além disso, em outros, regula o próprio conteúdo contratual.

25 Cf. Henri de Page, *apud* Orlando GOMES, *op. cit.*, p. 27.

26 O. GOMES, *op. cit.*, p. 27 s.

Cláusulas do contrato de franchising que violem tais leis são nulas de pleno direito. Com relação às leis de ordem pública, sejam elas de natureza constitucional ou infra-constitucional, interessa ao nosso estudo principalmente aquelas atinentes à repressão às infrações de ordem econômica e de defesa da concorrência.

Nesse contexto, importantes são as conclusões de Orlando GOMES²⁷ quando trata da significação da política legislativa de limitação da liberdade contratual, vista sob a ótica das repercussões do seu exercício na vida econômica e social. Segundo ainda o autor, a experiência demonstrou, “muitas vezes cruelmente”, o acerto da célebre frase de LACORDAIRE que sintetiza o resultado negativo do exercício da liberdade contratual: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”²⁸. Sem dúvida, a legislação anti-truste ocupa uma posição de destaque no âmbito da política de controle e limitação da vontade das partes, sobretudo quando se tem em mente o seu papel de instrumento normativo implementador de políticas públicas.

A par das limitações gerais à liberdade contratual, como vimos acima, existem também limitações com base em interesses de ordem pública. No que diz respeito aos aspectos constitucionais do franchising, cabe dizer que este, tanto quanto qualquer outro contrato mercantil que tem por escopo promover a circulação econômica²⁹, contempla uma série de interesses individuais e coletivos que são diretamente tutelados pela Constituição Federal de 1988. Mencionaremos, de passagem, alguns desses interesses, sem a pretensão de explorá-los em toda sua extensão, pois o limite de linhas do trabalho não nos permitiria abordar todos os aspectos constitucionais inerentes à questão dos contratos, nem tampouco delinear com maior esmero a não menos importante interface entre os direitos da propriedade intelectual

27 Op. cit., p. 34 s.

28 Op. cit., p. 35.

29 W. BULGARELLI, op. cit., p. 36.

tual e as normas antitruste³⁰. Uma gama de interesses públicos, tutelados diretamente pela Constituição Federal de 1988, limitam, direta ou indiretamente, a livre iniciativa e o princípio e autonomia da vontade das partes num contrato de franchising.

A Constituição Federal elenca no seu art. 1º, inc. IV, o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais adiante, no *caput* do art. 170, afirma estar a ordem econômica igualmente fundada na livre iniciativa, cujo fim é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade (inc. III), da livre concorrência (inc. IV), e da defesa do consumidor (inc. V). Segundo as lições de Eros Roberto GRAU, “uma das faces da *livre iniciativa* se expõe, ninguém o contesta, *como liberdade econômica*, ou *liberdade de iniciativa econômica*, cujo titular é a empresa”³¹. Encerra, porém, um conceito mais amplo de desdobramento da liberdade, que ultrapassa uma mera afirmação do capitalismo, eis que essa pode ser entendida como “sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado”³². Sendo assim, a exploração econômica, por meio do contrato de franchising, do bem jurídico propriedade industrial (propriedade-função social dos bens de produção³³) deve atender a fins específicos ditados pela Constituição Federal (art. 5º, XXIX; art. 170, III) e que, como agente gerador e circulador de riquezas dentro da ordem econômica, o exercício dessa propriedade fica subordinado “aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a

30 Para um estudo mais aprofundado sobre as bases constitucionais da propriedade intelectual, v. D. B. BAROBSA, op. cit., p. 87 e ss. Sobre a interface entre ela e o Direito Antitruste, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law: text, cases, and materials*, 2ª ed., Oxford: Oxford Univ. Press, 2004, p. 687 e ss.

31 *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 203 (grifado no original).

32 *Idem*, p. 201-202.

33 Cf. E. R. GRAU, op. cit., p. 236 e ss.

realização do fim de assegurar a todos existência digna³⁴. Além disso, os efeitos do contrato de franchising estão diretamente relacionados ao interesse coletivo de tutela dos direitos do consumidor³⁵ (art. 5º, XXXII; art. 170, V), ao princípio geral da livre concorrência (art. 170, IV), e repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4º).

Em uma economia de mercado, baseada na livre concorrência, é dever do Estado zelar para que esta não seja restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. O princípio da livre concorrência, consagrado no inc. IV, do art. 170 da Constituição Federal, é o princípio máximo informador não só da ordem econômica³⁶, mas do Direito da Concorrência como um todo. As vantagens objetivas de um mercado, onde participam agentes econômicos concorrentes entre si, não se limitam apenas na política de preços e práticas comerciais favoráveis ao consumidor, nem numa maior e melhor oferta de produtos e serviços, mas, principalmente, no desenvolvimento tecnológico e, num contexto sócio-econômico mais amplo, no progresso de toda a nação (art. 3º, II). Este princípio, como nota Eros Roberto GRAU³⁷, encontra-se parcialmente reafirmado no inc. IV do art. 170 e prospera no sentido de atualizar, revigorar o capitalismo brasileiro. Sendo assim, é fácil compreender a importância sócio-econômica que exerce o contrato de franchising. O princípio da livre concorrência, ancorado em nossa Constituição Federal e amplamente trabalhado nas leis ordinárias sobre a ordem econômica, tem como

34 *Idem*, p. 247.

35 Aqui compartilhamos o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação estritamente comercial entre franqueador e franqueado, mas, tão-somente, entre estes e o consumidor final, vale dizer, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços oferecidos pela rede de franchising como destinatário final. Neste sentido, v. AMARAL, Luiz H. *Revisão da lei de franquia: novos desafios*, Revista da ABPI, nº 39, 1999, p. 44.

36 Sobre a acepção do conceito de “ordem econômica”, tal como descrito no art. 170 da Constituição Federal, como “conjunto das relações econômicas”, isto é, para indicar o modo de ser da economia brasileira, e não no seu sentido normativo, v. E. R. GRAU, *op. cit.*, p. 67 s.

37 *Op. cit.*, p. 219.

maior objetivo manter o funcionamento sadio das relações de concorrência numa economia de mercado. E como ponderou Eros Roberto GRAU: “[d]aí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios”³⁸.

4. O contrato de franchising e as regras de defesa da concorrência

O contrato de franchising estabelece condições uniformes a que aderem os franqueados e, por força da cláusula geral de exclusividade inerente à própria natureza do sistema de franchising, acaba por garantir ao franqueador um verdadeiro monopólio da atividade³⁹. Como toda transação comercial que tem por efeito alterações estruturais no mercado, o contrato de franchising, com suas cláusulas de exclusividade e restritivas de mercado, deve ser atentamente analisado à luz das regras de Direito da Concorrência. Frente a um sem-número de obrigações contratuais, o que ocorre na verdade é uma limitação no campo de ação do franqueado. Daí considerar-se a autonomia do franqueado como relativa⁴⁰. A questão da dominação de mercado se mostra — como observou José CRETELLA NETO — ainda mais preocupante para o Direito da Concorrência no caso dos contratos internacionais de franchising, “em especial quando concebido dentro da realidade jurídica e econômica de um determinado país, com vistas a conquistar mercado em outro”⁴¹. Ademais, analisando-se todos os desdobramentos possíveis da relação contratual que se forma entre franqueador e franqueados, pode-se até mesmo supor “que

38 Op. cit., p. 22.

39 Cf. W. BULGARELLI, op. cit., p. 529.

40 Cf. F. MARTINS, op. cit., p. 581. Neste contexto, o autor cita a observação contundente de Harry KURSH: “[a] good franchise will never permit a franchisee complete freedom”.

41 Op. cit., p. 197.

o sistema de franquia agrava ao contrário de eliminar o risco de lesão à lei antitruste⁴². O cerne de toda problemática que envolve o tema franchising e Direito Antitruste foi bem definido por Martin MENDEL-SOHN: “[t]he more successful a franchise operation the more market power it will achieve and so the greater the likelihood that it will be subject to constraints applied by competition law⁴³”.

A concorrência que se verifica no nível dos franqueados, isto é, dos franqueados entre si, é chamada de concorrência *intra-brand* (intramarca)⁴⁴. Essa constatação será importante mais adiante na definição de mercado relevante e da posição dominante do franqueador, especialmente na relação franqueador/franqueados. De um modo geral, a ambivalência do sistema de franchising em face ao Direito da Concorrência revela-se da seguinte forma: é certo que reduzem a concorrência interna de produtos (*intra-brand-Wettbewerb*) por meio da homogeneização das unidades de distribuição/venda de uma mesma rede de franchising, mas, simultaneamente, fortalecem a concorrência externa (*inter-brand-Wettbewerb*) dos sistemas entre si⁴⁵. Se é certo reconhecer que a dinâmica econômica do franchising propicia indiretamente a concentração de mercado, vale lembrar, porém, que as vantagens econômicas, sobretudo no plano de estímulo à concorrência, são também de interesse do Estado.⁴⁶ Com a ajuda da análise econômica do direito e da “Teoria dos *Property Rights*”, pode-se en-

42 D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1078.

43 *Franchising law*, 2^a ed. Richmond: Richmond Law & Tax, 2004, p. 281.

44 A importância da diferença entre concorrência intermarcas e concorrência intramarcas no segmento de sorvetes, e a relação desta última com o franchising, já foi realçada pelo CADE no Proc. nº 0148/1994 (Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo; Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. — IAG), *apud* D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1077 s.

45 Cf. MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge*, Munique: Beck, 1992, vol. 2, p. 9.

46 Remetemos, mais uma vez, ao capítulo de Paula FORGIONI (*Os fundamentos do antitruste*, p. 193 e ss.) sobre as normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas.

tender melhor a correlação que existe, de um lado, entre a restrição à concorrência por direitos exclusivos do tipo monopólio (de que é exemplo a propriedade intelectual/industrial), e de outro, os esforços do ordenamento jurídico, sobretudo por parte do Direito da Concorrência, a fim de assegurar o devido funcionamento da concorrência⁴⁷⁻⁴⁸. Nesse sentido sustenta Wolfgang FIKENTSCHER⁴⁹ que, sem pequenos monopólios legalmente instituídos e limitados, nenhum sistema empresarial poderá existir, e sendo assim, “property rights” e “market theory” são dois caminhos que levam a um mesmo destino.

No caso específico do franchising, a análise sobre os efeitos restritivos da concorrência se fará tão necessário quanto maior for a expansão territorial e econômica da rede de filiados (*franchising network*⁵⁰), pois isso implicará diretamente numa maior possibilidade de concentração de poder de mercado e num eventual questionamento sobre uma potencial conduta anticoncorrencial. O contrato de franchising, entendido como um acordo em que franqueados fazem parte de uma rede uniforme de negócios (“*uniform business network*”), pode ter um impacto positivo na concorrência do mercado. Isto por-

47 Cf. LEHMANN, Michael. *Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte — Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs*. GRUR International, 1983, p. 361.

48 Sobre a “Teoria dos *Property Rights*”, como parte da análise econômica do direito, e sua aplicação aos direitos de propriedade intelectual, v. LEHMANN, Michael. *Bürgerliches Recht und Handelsrecht — eine juristische und ökonomische Analyse*, Stuttgart: Pöschel, 1983, p. 31 e ss.; POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 7^a ed., New York: Aspen Publishers, 2007, p. 31 e ss.; SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4^a ed., Berlin: Springer, 2005, p. 617 e ss. Sobre as bases econômicas e a justificação, sob o ponto de vista da análise econômica, dos direitos de propriedade intelectual, v. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2003, p. 403 e ss. Sobre a análise econômica do monopólio (*The Theory of Monopoly*) e das leis antitruste, v. R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, p. 279 e ss., e p. 295 e ss.

49 *Weltwirtschaftsrecht, europäisches Wirtschaftsrecht*, vol. I, München: Beck, 1983, p. 41.

50 Sobre o conceito e história de rede de franchising e marketing de rede, v. BARROSO, Luiz Felizardo. *O franchising e o marketing de rede*, Revista da ABPI, 1996, n^o 24, p. 33-34.

que, ele não só propicia a entrada de novos concorrentes no mercado, mas também induz a um aumento da concorrência “*inter-brand*”. Isto é, por um lado ele possibilita que um franqueador aumente consideravelmente a sua reputação e sua rede sem o emprego de investimentos vultuosos, e, por outro, proporciona a entrada do franqueado num mercado já testado e consolidado pelo franqueador⁵¹.

O contrato de franchising, inevitavelmente, sempre trará em seu bojo cláusulas e condições diversas, que restringem a liberdade de atividade econômica e empresarial do franqueado. Por força do disposto no art. 3º da Lei de Franchising certas informações devem ser obrigatoriamente escritas, e em linguagem clara e acessível, no texto *da Circular de Oferta de Franquia*, como por exemplo, certas preferências quanto à divisão territorial (inciso X), aquisições subordinadas (inciso XI), ou obrigação de não-concorrência (inciso XIV, b). Mas aqui cabe uma observação. A obrigatoriedade legal da inclusão de tais ajustes como cláusulas necessárias do contrato não permite concluir nem que o legislador esteja convalidando de antemão sua eficácia jurídica, muito menos que essas cláusulas estejam fora do alcance das normas antitruste. Caso contrário, estaríamos diante — usando as palavras de Nuno T. P. CARVALHO — de “certificados de imunização” de tais acordos frente à legislação antitruste, o que não é bem o caso, apesar da “falsa impressão” induzida pelo texto da Lei de Franchising⁵². Como ensina Orlando GOMES, o contrato (ou uma de suas cláusulas) pode ter sua ineficácia declarada quando, embora permitido, isto é, estipulado na conformidade dos preceitos legais específicos, os efeitos que produziria são contrários à lei. Isso porque, concluiu Orlando GOMES: “o meio é lícito; ilícito o fim”⁵³. A ilicitude do contrato de franchising consiste num *agere contra legem*, por violação de norma imperativa, a da defesa da concorrência.

51 Cf. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

52 Op. cit., p. 36.

53 Op. cit., p. 170.

Um contrato de franchising pode contemplar, portanto, uma série de cláusulas com nítida vocação anticoncorrencial. Nestes casos, é imprescindível analisar estas, bem como outros acertos contratuais, sob a ótica da proteção da livre concorrência. O risco de abuso de poder econômico está diretamente associado à noção de mercado relevante e será tão maior quanto for a atuação de determinado agente econômico num determinado setor da economia e numa determinada área geográfica. O contrato de franchising, por sua natureza e características, está intrinsecamente relacionado a esses dois importantes fatores de conceituação do mercado relevante: dimensão de produtos e/ou serviços e dimensão territorial.

5. A realidade brasileira

a) A legislação antitruste aplicável aos contratos de franchising

A conformidade e a validade dos contratos de franchising de acordo com as normas antitrustes brasileiras dependerá da análise minuciosa da legislação de defesa da concorrência, principalmente a aplicação do art. 4º, inc. I-a, e II da Lei nº 8.137/90⁵⁴, e da Lei nº 8.884/94⁵⁵.

A Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste Brasileira) tem como característica a generalidade, protegendo a concorrência como um todo, ou seja, regulando o comportamento dos agentes econômicos com base em medidas preventivas (art. 54) e repressivas (arts. 20 e 21), como forma de proteção à ordem econômica⁵⁶. O art. 20 consagra, no plano da legislação infraconstitucional, o preceito do art. 170 da Constituição Federal, e tem por objeto a tutela da livre concorrência e, concomitantemente, a da livre iniciativa. Desse modo, a disciplina da concorrên-

54 Lei nº 8.137, de 27/12/1990, publ. no D.O.U. de 28/12/1990.

55 Lei nº 8.884, de 11/06/1994, publ. no D.O.U. de 13/6/1994.

56 Cf. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 225 s.

cia se coloca como correlata à livre iniciativa⁵⁷. A licitude ou ilicitude das cláusulas de um contrato de franchising dependerá da violação ou não do estatuído no art. 20. Dessa forma, nos termos do art. 20, constituem infração da ordem econômica as cláusulas de um contrato de franchising, ou qualquer outra forma de ajuste entre franqueador e seus franqueados que, independentemente de culpa, tenha por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: i) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; ii) domínio de mercado relevante; iii) aumento arbitrário dos lucros; ou iv) abuso de posição dominante. Seguem, no § 2º, do mesmo artigo, a definição legal de posição dominante no mercado relevante, e no § 3º, a sua presunção, a partir do momento que a empresa ou grupo de empresas controle 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Por sua vez, a flexibilização das regras rígidas da concorrência ocorre por meio de autorizações disciplinadas no art. 54⁵⁸. Sendo assim, acordos que possam limitar, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. O mecanismo encontrado pela legislação brasileira — que se assemelha ao sistema americano do “*rule of reason*” e ao europeu de isenção por categoria (art. 81-3 TCE) — possibilita viabilizar práticas que, embora restritivas da concorrência, encerram eficiências compensatórias; assim chamadas de “válvulas de escape”⁵⁹. Segundo ainda Paula

57 Cf. P. A. FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste*, p. 271. A autora em passagem anterior (op. cit., p. 64), onde tratou do tema sobre a concorrência e o liberismo econômico no contexto histórico da revolução industrial, como segundo período da disciplina do comportamento dos agentes econômicos nos mercados, destacou que: “[l]ivre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprover ao agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência”.

58 Sobre um estudo detalhado do sistema brasileiro de isenções em bloco, bem como as condições para a concessão da autorização pelo CADE, v. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 222 e ss.

59 Cf. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 202, e tb. p. 203 e ss. (a autora atribui o uso da expressão “válvula de escape” a J.J.G.Canotilho, *Direito constitucional*, 1993, p. 169).

A. FORGIONI: “em princípio, *a Lei Antitruste regula a concorrência de forma geral entre os agentes econômicos*. Ela será *geral* quando comparada a diplomas que lhe fazem escapar determinados setores ou práticas do regramento antitruste, submetendo-os à lógica diversa da concorrencial plena (*leis específicas*)”⁶⁰. Confrontando os princípios enunciados no art. 170 da Constituição Federal e as isenções previstas na Lei Antruste, lembra a autora os ensinamentos de Norberto Bobbio no sentido de que não há antinomias (senão aparentes) no sistema jurídico, e conclui que, “*em virtude de texto legal*, é posta uma *isenção em bloco*, que permite prática restritiva da concorrência. *Eis nossas isenções: leis específicas autorizadoras de restrições concorrenciais, que prevalecem sobre a regra geral* (Lei 8.884, de 1994). Vê-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste. Como demonstrado, não é necessária disposição expressa nesse sentido; a legalidade e constitucionalidade das leis específicas autorizadoras de práticas anticompetitivas decorrem diretamente da Constituição Federal. Enfim, *a viabilidade de uma isenção em bloco, no Brasil, brota da interpretação sistemática do nosso direito*⁶¹.

b) Abuso de posição dominante pelo franqueador

Embora raro de se verificar na prática, entendemos que o franqueador pode, em tese, exercer controle de parcela substancial do mercado relevante, seja ele geográfico, material ou instrumental⁶². No

60 *Os fundamentos do antitruste*, p. 226 (grifado no original). Um caso de lei específica sobre isenção em bloco para determinado setor da economia é a Lei nº 6.729/79 (conhecida como *Lei Ferrari*), sobre a “concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre”.

61 *Idem*, p. 228 (grifado no original). A autora adota esse mesmo raciocínio em seu estudo sobre os contratos de distribuição, v. *Contrato de distribuição*, p. 160.

62 Sobre a diferenciação entre os diversos tipos de mercados e a vocação elástica do conceito, v. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 230 e ss. Sobre a forma como o CADE

entanto, parece mais razoável supor — sobretudo se levarmos em consideração que o objeto do contrato de franchising é a exploração econômica de direitos de propriedade industrial — que a atividade empresarial desenvolvida se enquadre na isenção geral do § 1º, já que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” não constitui infração à ordem econômica. Isso só não ocorrerá, se o franqueador controlar mais de 20% do mercado relevante. Assim entendido, os contratos de franchising, via de regra, não necessitam de autorização prévia do CADE, com base no art. 54, Lei nº 8.884/94⁶³.

A aferição dessa circunstância supera, a nosso ver, a simples constatação de haver ou não relação de concorrência entre o franqueador e seus franqueados⁶⁴. Compartilhamos o entendimento de que o franqueador pode, sim, exercer abuso de posição dominante em face de seus franqueados. Determinadas cláusulas impostas aos franqueados são apenas um indício nesse sentido. Neste ponto, cabe a observação de Denis Borges BARBOSA no sentido de que “[s]e não há concorrência entre eles [entre franqueador e franqueados], é porque a franquia, considerada como *forma confederal*, eliminou tal concorrência”⁶⁵.

A questão foi bem colocada por Paula A. FORGIONI ao discorrer sobre a definição do mercado relevante considerando a rela-

aplica os critérios de delimitação do mercado relevante, v. Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 01/08/2001 (*Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*).

63 Nesse sentido, v. AMARAL, Luiz Henrique O. do; et. al. *Brazil*, in: Mendelsohn, Martin(Org.), *International encyclopaedia of franchising*. Richmond: Richmond Law & Tax, 2004, p. 28.

64 Cf. ficou consignado na *Ata da Reunião Conjunta das Comissões de Direito da Concorrência e de Franquia e Transferência de Tecnologia*, de 18/08/2001, realizada por ocasião do XXI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual (Vitória/ES): “a relação entre franqueador/franqueado, em si, não é de concorrência”.

65 Op. cit., p. 1078 (grifado no original).

ção entre o fornecedor e seus distribuidores: “[q]uando se trata dos acordos verticais, a grande polêmica é verificar se, além do mercado entremarcas⁶⁶, existe um mercado intramarca que possa ser reconhecido separadamente. Essa operação, no mais das vezes, coloca o fornecedor em posição dominante sobre o mercado intramarca, viabilizando a prática de eventual abuso. É muito importante ter em mente, de início, que *o talho do mercado relevante intramarca pode ser influenciado pelo poder que o fornecedor detém no mercado entremarcas*”⁶⁷. O mesmo ocorre no caso dos acordos verticais envolvendo franchising. Opinamos também no sentido de que esse “*talho do mercado relevante intramarca*” poderá ser efetuado se o vínculo entre franqueador e seus franqueados “encerrar profunda *sujeição* dos últimos ao primeiro”⁶⁸. Para fins de delimitação da concorrência intramarca, a posição dominante do franqueador afere-se, portanto, em termos absolutos, isto é, no universo da própria rede de franchising⁶⁹.

Para efeitos de subsunção dos atos do franqueador ao art. 20 da Lei Antitruste — e é ainda Paula A. FORGIONI⁷⁰ que conclui — e quanto à caracterização da infração à ordem econômica: i) esta somente ocorrerá se houver prejuízo à concorrência; ii) tal prejuízo pode verificar-se no mercado entremarcas; iii) ou no mercado intramarcas, o que pode ocorrer: iii.1) quando o agente econômico detém posição dominante no mercado entremarcas, iii.2) quando as particularidades do caso concreto autorizem o isolamento do mercado intramarca como independente (mercado relevante autônomo).

66 Nota 21 no original citado: “Lembramos que a concorrência entremarcas é aquela enfrentada pelo produtor, enquanto a intramarca refere-se à que impera entre os distribuidores de um mesmo produto.”

67 *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 396 (grifado no original).

68 *Idem*, p. 396 (grifado no original).

69 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 38.

70 *Contrato de distribuição*, p. 407; v. tb. p. 408 e ss.

c) Cláusulas restritivas da concorrência

Talvez a cláusula que mais afete a questão antitruste nos casos de franchising seja aquela relativa às condições subordinadas, em inglês conhecidas como “tying” ou “tie-in”, e entre nós, como venda casada. São típicas no contrato de franchising de produção e de distribuição. Significa que o franqueado é obrigado a adquirir os insumos indispensáveis à operação da franquia diretamente do franqueador ou de terceiro por ele designado.

Como destacou Nuno T. P. CARVALHO⁷¹ em estudo específico sobre a matéria, o problema da subordinação de um modo geral, e no sistema de franchising em particular, comporta a existência cumulativa de três elementos, sem os quais não há de se falar em ilicitude em face das leis antitrustes. Em primeiro lugar, deve haver uma nítida separação entre a compra do produto ou serviço realmente desejado pelo franqueado (chamado de produto ou serviço *subordinante*, que pode ser a marca, o nome comercial, ou o *trade dress*), e o produto ou serviço adicional, cuja aquisição o franqueador impõe ao franqueado (chamado de produto ou serviço *subordinado*, que é a obrigatoriedade imposta ao franqueado de adquirir somente do franqueador ou de fornecedores por ele indicados) como condição para que este se afilie à rede. O segundo elemento, diz respeito à posição dominante do franqueador no mercado relevante do produto ou serviço *subordinante*, que, como vimos, deve ser aferida no universo da própria franquia (concorrência intramarca). Se isso ocorrer, o comprador (no caso a pessoa interessada em integrar a relação contratual como franqueado) não tem como escolher quanto à aquisição do produto *subordinante*, ou seja, o sinal distintivo objeto do contrato. Haverá, ainda, ilicitude se existir a probabilidade do franqueador assumir também uma posição dominante no mercado relevante do produto ou serviço *subordinado*; é o terceiro e último elemento.

71 Op. cit., p. 37.

Nos contratos de franchising de produção e de serviços, é clara a separação entre o produto *subordinante* (marca ou know-how licenciados) e o produto *subordinado* (insumos indispensáveis à operação da franquia). Exemplo clássico de subordinação nos contratos de franchising é a obrigatoriedade imposta por redes de lanchonete *fast-food* a seus franqueados, com relação à compra de certos insumos (p.ex., copos, guardanapos, pães, hambúrgueres etc.) que, apesar de não ostentarem a marca da rede, devem ser adquiridos exclusivamente dos fornecedores indicados pelo franqueador⁷². No caso específico do franchising de distribuição, essa separação não chega a ser tão nítida. Exemplo disso são as redes de franchising no segmento de cosméticos e perfumaria. Geralmente, produto e marca assumem aquilo que podemos chamar de “duas faces de uma mesma moeda”, ou seja, são inseparáveis. Nos casos, portanto, em que a separação entre produto *subordinante* e *subordinado* não for nítida, ou que por razões de eficiência econômica não se justifique tal separação, não haverá ilicitude da subordinação⁷³.

De tudo visto, destaca Nuno T. P. CARVALHO⁷⁴ que se as condições subordinadas forem consideradas restritivas da concorrência, poderão constituir, caso a caso, um ilícito civil, administrativo ou penal, de acordo com os seguintes dispositivos legais: alínea “i”, do artigo 11, da Lei Delegada nº 4/62⁷⁵; inciso I, do artigo 39, do Código

72 O exemplo é de N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 38 (hipoteticamente sobre a rede *McDonald's*).

73 Cf. N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 37. O autor cita como exemplo de eficiência econômica a venda de sapatos como um único produto, o par de sapatos, e não os pés direito e esquerdo separadamente; o que poderá parecer, para quem desejar adquirir somente um deles, uma relação de subordinação. O que não é verdade.

74 Op. cit., p. 36.

75 Art. 11: “Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência — UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (...) i) subordinar a venda de um produto, compra simultânea de outros produtos ou a compra de uma quantidade imposta”; Lei Delegada nº 4, de 26/09/1962, publ. D.O. de 27/09/1962, (Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distri-

de Defesa do Consumidor⁷⁶; inciso II, do artigo 5º, da Lei nº 8.137/90⁷⁷; inciso XXIII, do artigo 21, da Lei nº 8.884/94⁷⁸. O problema todo reside no fato de que é muito tênue o limiar que separa a liberdade contratual de se dispor de tal cláusula e uma ofensa potencial ao princípio da livre concorrência. Caracterizada a condição de subordinação pela conjunção desses três elementos que a compõem, somente não haverá ilicitude se se verificar eficiências que a justifiquem⁷⁹. A admissão de uma ou outra justificativa de eficiência econômica deverá atender ao critério de praticabilidade, ou seja, a subordinação será ilícita se houver meios “praticáveis” e ao alcance do franqueador para atingir os mesmos fins, porém com menos ineficiência econômica e com meios menos desfavoráveis ao franqueado⁸⁰.

Mas o problema das condições subordinadas, apesar de ser observado com mais frequência na prática, não é o único a merecer atenção redobrada das autoridades antitruste. Outras cláusulas oriun-

buição de produtos necessários ao consumo do povo); redação do art. 11 alterada pela Lei nº 7.784/89, e a do *caput* pela Lei nº 8.881/94.

76 Lei nº 8.078, de 11/09/1990, art. 39: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: D) condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

77 Art 5º: “Constitui crime da mesma natureza: (...) II) subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço”.

78 Art. 21: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XXIII) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

79 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 39. Entre as razões comumente apresentadas para justificar a subordinação em contratos de franquia, o autor menciona as quatro a seguir: a) garantir a padronização da apresentação visual e da qualidade dos produtos, serviços e estabelecimentos dentro da rede de franqueados; b) exercício de um controle rigoroso de qualidade; c) obtenção de descontos na aquisição de produtos, serviços e insumos de terceiros devido às compras em maior quantidade; e d) obtenção de rendimentos adicionais para o franqueador derivados das vendas diretas dos produtos subordinados ou de comissões quando esses produtos subordinados sejam vendidos por terceiros.

80 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 39 s.

das de um contrato de franchising podem oferecer igual ou maior risco à concorrência. Haverá uma probabilidade de restrição da concorrência no caso de cláusulas, por exemplo, i) que garantam ou estipulem certas exclusividades (acordos de exclusividade de comercialização ou de aquisição), ii) que estabeleçam restrições territoriais e de base de clientes, iii) que estipulem obrigação de não-concorrência, iv) que ocasionem discriminação de preços, ou que encerrem obrigações no sentido de fixação de preços mínimos de revenda ou de tabelamento de preços.

Sendo assim, toda cláusula de um contrato de franchising considerada restritiva da concorrência com base nos arts. 20 e 21, da Lei Antitruste, e cuja autorização não tenha sido previamente aprovada pelo CADE (art. 54), será nula de pleno direito. Neste ponto cabe um importante reparo. Não são apenas as cláusulas (informações ou ajustes escritos⁸¹) do contrato de franchising que são colimadas pelas normas antitruste. Isso porque, tais normas, notadamente os incisos do art. 20, da Lei Antitruste, aplicam-se com o mesmo rigor a todas as práticas e ajustes possíveis e imagináveis no sistema de franchising, ainda que como tais não possam ser considerados estritamente jurídicos, no sentido de ato jurídico por produzir efeitos juridicamente vinculantes. Cabe, aqui, a observação pontual de Paula A. FORGIONI no sentido de que “ainda que se trate de ato nulo de pleno direito, inválido ou ineficaz, ou mesmo que não tenha chegado a existir no mundo jurídico, poderá subsumir-se à Lei Antitruste brasileira, caso determine a incidência de qualquer dos incisos do art. 20, da Lei 8.884, de 1994”⁸². Para tanto, não importa a forma como se reveste tais ajustes,

81 No que diz respeito ao requisito essencial da forma, exige a Lei nº 8.955/94 que essa seja escrita (além de uma “linguagem clara e acessível”, cf. art. 3º, *caput*) não apenas com relação às cláusulas necessárias a serem definidas na *Circular de Oferta de Franquia*, mas também ao assim chamado “contrato-padrão” (art. 3º, inc. XV). Já no sentido da obrigatoriedade da forma escrita para os contratos de franchising com base em “condições uniformes a que aderem os licenciados”, ainda antes da promulgação da Lei nº 8.955/94, v. O. GOMES, op. cit., p. 529.

82 *Os fundamentos do antitruste*, p. 160.

sejam por “simples trocas de informações, cartas de intenção, ou mesmo acordos de cavalheiros”⁸³, o certo é que a conduta infringirá a ordem econômica, na medida em que se adequar aos tipos (“*Tatbestand*”) previstos nos arts. 20 e 21. É o caso, por exemplo, da recomendação de preços por parte do franqueador a seus franqueados. É válida a mera recomendação de preços médios ou até máximos (uma espécie de “*price guidelines*”), a fim de manter uma padronização mínima da rede e de valorização da marca, desde que não impeça ou dificulte a concorrência de preços. No entanto, caso se verifique, na prática, uma obrigatoriedade na sua aplicação (imposição de preço de revenda, “*price fixing*”), ocorrerá uma nítida restrição da concorrência, caracterizando, por conseguinte, uma infração à ordem econômica, nos termos do inc. XI, do art. 21, da Lei Antitruste.

Neste ponto, não há como deixar de reconhecer a semelhança dos efeitos sobre a concorrência que podem exercer certas cláusulas oriundas dos contratos de franchising (principalmente o franchising de distribuição), de um lado, e dos contratos de distribuição (concessão comercial), do outro. De fato, são figuras contratuais distintas⁸⁴. Porém, forçoso é reconhecer que ambas possuem funções econômicas bastante semelhantes. Ambas visam facilitar o escoamento de bens mediante a distribuição ou venda de produtos e a prestação de serviços, sendo que no franchising isso se dá de forma mais abrangente, por meio de uma licença de uso de sinais distintivos e de know-how, além da devida assistência técnica ao franqueado⁸⁵⁻⁸⁶.

83 P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 160 s. A autora sublinha ainda a circunstância de que a ilicitude anticoncorrencial da prática independe da sua tipificação formal no ordenamento jurídico, e cita, como exemplos, os consórcios entre empresas, os grupos de sociedades e os acordos de acionistas, todos previstos na Lei nº 6.404/1976.

84 Quanto à distinção feita pela doutrina, citamos apenas os estudos de F. K. COMPARATO, op. cit., p. 53-54; W. BULGARELLI, op. cit., p. 532-535.

85 Nesse sentido v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 105-106.

86 Alguns dos conflitos inerentes às partes do contrato de distribuição, cujo reflexo pode ser sentido no campo das leis antitruste, foi sintetizado por P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 118-136.

Visto por esse ângulo, as cláusulas dessas duas figuras contratuais podem vir a ter impacto semelhante sobre a concorrência. E visto a carência de decisões no CADE sobre a análise da conformidade das cláusulas de um contrato de franchising com base na legislação antitruste nacional, entendemos que pode ser útil um estudo paralelo das decisões, presentes e futuras, envolvendo os contratos de distribuição⁸⁷.

6. A experiência na União Européia

a) Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia

A conformidade das cláusulas de um contrato de franchising em face da legislação antitruste deve atender à análise do âmbito de aplicação dos artigos 81 (ex-art. 85) e 82 (ex-art. 86) do Tratado da Comunidade Européia (TCE)⁸⁸. Essas duas normas são as fontes primárias do Direito da Concorrência na União Européia.

Cabe ressaltar, inicialmente, que nem sempre todo negócio jurídico, cujo efeito deva ser sentido além das fronteiras de um Estado-membro, pode vir a ser obrigatoriamente objeto do Direito Europeu da Concorrência⁸⁹. E, por outro lado, como veremos mais adiante, uma rede nacional de franchising, operando nos limites territoriais de um único Estado-membro, pode, ainda assim, ser considerada restri-

87 Para um estudo detalhado sobre a conformidade das cláusulas do contrato de distribuição (concessão comercial) à luz da legislação antitruste, v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 169 e ss. (sobre a questão dos preços de revenda); p. 200 e ss. (sobre a divisão territorial e de mercado); p. 249 e ss. (sobre acordos de exclusividade); e p. 281 e ss. (sobre vendas casadas).

88 *Tratado que Institui a Comunidade Européia*, de 25/03/1957 (versão em língua portuguesa disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>; acessado em 10/04/2008).

89 Cf. GERSTNER, Stephan. *Franchising und Kartellrecht*, in: Giesler, Jan Patrick; Nauschütt, Jürgen (Org.), *Franchiserecht*, 2^a ed., Köln: Luchterhand, 2007, p. 174.

tiva da concorrência e prejudicial ao comércio entre os Estados-membros. Exige-se, portanto, uma análise criteriosa dos pressupostos de aplicação de ambos os artigos: no caso do art. 81 TCE, se existem acordos restritivos da concorrência, e no do art. 82 TCE, se se verifica uma das condições de abuso de posição dominante. Além disso, levando ainda em conta as posições distintas que franqueador e franqueado ocupam na cadeia de produção e distribuição, cabe analisar a aplicação do *Regulamento (n.º 2790/1999) de Isenção por Categoria* (“*EU-Gruppenfreistellungsverordnung*”)⁹⁰.

O art. 81 TCE é a norma central na apreciação da validade, sob o ponto de vista concorrencial, do contrato de franchising. É ela que dispõe quais são as condutas consideradas incompatíveis e lesivas à concorrência no mercado comum, e prevê, ainda, a nulidade de qualquer cláusula ou acordo que satisfaça a proibição do artigo. Isso só não ocorrerá se determinados acordos possam ser contemplados com o benefício de uma das regras de exceção por categoria, elencadas no n.º 3 desse mesmo artigo (“*block exemption*” ou “*Gruppenfreistellung*”). Segundo a Comissão Europeia, com base no n.º 3 do art. 81 TCE e no *Regulamento de Isenção por Categoria*, o n.º 1 do art. 81 TCE não se aplica aos acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, em um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (a que a Comissão denomina “acordos verticais”). A isenção por categoria do art. 81-3 só é aplicável na medida em que estes acordos contenham restrições da

90 “*Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22/12/1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*”, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 336/21), em 29/12/1999. Visando simplificar as regras aplicáveis aos acordos de fornecimento e de distribuição, este regulamento substituiu, de forma única, alguns outros regulamentos de isenção por categoria (Reg. n.º 1983/83 e Reg. n.º 1984/83), bem como o *Regulamento n.º 4087/88, de 30/11/1988, relativo à isenção de certas categorias de acordos de franquia*. Até a publicação do Reg. n.º 2790/1999, a verificação da adequação das cláusulas de contrato de franchising em face ao art. 81 TCE era feita com base nesse regulamento.

concorrência abrangidas pelo art. 81-1 (a que a Comissão denomina “restrições verticais”)⁹¹.

O art. 81 TCE foi concebido com base em conceitos econômicos e, sendo assim, a definição de mercado relevante é de vital importância para determinar a compatibilidade de acordos com base nesse artigo⁹². Para a aplicação do nº 1, do art. 81, exige-se a aferição dos seguintes elementos: (i) acordos, decisões ou práticas concertadas; (ii) possibilidade de afetar o comércio entre os Estados-membros; e (iii) objetivo ou efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no Mercado Comum. Este artigo contempla, portanto, os seguintes princípios básicos: em primeiro lugar, a proibição de quaisquer acordos ou ajustes que prejudiquem o livre comércio entre Estados-membros ou que tenham por objeto ou efeito a obstrução, restrição ou distorção da concorrência no Mercado Comum (e elenca uma lista exemplificativa de atos que podem constituir tais proibições); em segundo, a nulidade de pleno direito como efeito da proibição; e em terceiro, elenco de isenções às proibições descritas no nº 1, do mesmo artigo.

Como vimos antes, um contrato de franchising pode ter um impacto negativo na concorrência e na liberdade de comércio. Mas isso não significa necessariamente a aplicação automática do art. 81-1 TCE. A partir do momento em que se constata uma possível restrição da concorrência ou prejuízo no comércio entre os Estados-membros, há de se analisar também se o contrato de franchising não pode ser considerado de pequena importância (“*agreement of minor importance*”), uma vez que não restringe sensivelmente a concorrência, nos termos do art. 81-1 TCE, e que, por conseguinte, ficaria fora do alcance da norma⁹³. Cabe ressaltar, porém, que a regra “*de minimis*”

91 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 2-1; sobre as explicações do âmbito de sua aplicação, v. nº 24 e nº 201 da “Comunicação”.

92 Cf. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 106.

93 V. item 1, da “Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº 1 do artigo 81 do Tratado que

não se aplica a acordos entre empresas não-concorrentes, que direta ou indiretamente contenham as restrições de concorrência previstas nas isenções por categoria para acordos verticais; e esse é o caso da maioria dos contratos de franchising⁹⁴.

Como veremos mais adiante, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias considerou no *leading-case* “Pronuptia” (1986) que certas cláusulas de um contrato de franchising são restritivas da concorrência e capazes de prejudicar o comércio entre os Estados-membros, nos termos do art. 81-1 TCE, e isso ocorrerá ainda que o contrato tenha sido celebrado entre empresas com sede em um mesmo Estado-membro, mas cujo efeito se faça sentir em outro, como por exemplo, cláusulas que tenham por fim impedir a atuação de franqueados em outros Estados-membros.

A aplicação do art. 81 TCE, seja as proibições do n° 1 ou as isenções por categoria do n° 3, em nada afasta a aplicação do art. 82 TCE. Em se verificando abuso de posição dominante no mercado específico por parte do franqueador ou do franqueado, ou de ambos,

institui a Comunidade Europeia (de minimis)”, publ. Jornal Oficial das Comunidades Européias, em 22/12/2001 (2001/C 368/07). De acordo com os itens de 7 a 9, a Comissão considera que acordos entre empresas que afetam o comércio entre os Estados-membros não restringem sensivelmente a concorrência na acepção do art. 81-1 quando a quota no mercado (“*market share*”) de cada uma das partes no acordo não ultrapassar um determinado percentual em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, a ser calculado da seguinte forma: quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes = “*market share*” de 10%), e quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não-concorrentes = “*market share*” de 15%). Nos casos em que for difícil determinar se se trata de um acordo entre concorrentes ou de um acordo entre não concorrentes, aplica-se o limiar de 10%. Os limiares de “*market share*” são reduzidos para 5%, tanto para os acordos entre concorrentes como entre não-concorrentes, sempre que a concorrência for restringida num mercado relevante pelo efeito cumulativo de acordos de venda de bens ou de serviços concluídos por diferentes fornecedores ou distribuidores. Para efeitos de aplicação desse dispositivo, entenda-se por “quota de mercado” o percentual referente às vendas efetuadas por uma empresa num determinado mercado em relação ao total das vendas feitas nesse mercado.

94 V. art. 4 do Reg. n° 2790/1999, v tb. PRATT, John H. *Franchising Law and Practice*, London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 4013, n° de margem 4-036.

aplicar-se-á também a regra do art. 82. O abuso, para que haja incidência do artigo, pode se verificar, por exemplo, na estipulação abusiva de preços, na limitação de vendas que causem prejuízo ao consumidor final e na estipulação de condições diferentes para o mesmo trabalho⁹⁵. Do elenco de práticas que exploram de forma abusiva uma posição dominante no mercado, nos termos do art. 82-2, a de maior interesse para o franchising é a que visa “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”. Isso porque, como já estudamos antes, todo contrato de franchising contém cláusulas que, de uma forma ou de outra, limitam a produção e a distribuição dos bens e serviços objetos do contrato, seja por meio da cláusula de não-concorrência, seja pela obrigatoriedade imposta ao franqueado de adquirir os produtos do contrato de franchising diretamente do franqueador ou de um fornecedor exclusivo previamente indicado por ele (condições subordinadas ou “*tie-in*”).

Porém, o que se observa na prática é que nos setores da economia onde é mais comum o sistema de franchising, dificilmente ocorrerá abuso de poder dominante. No caso do franqueado, isto é ainda mais improvável, tendo em vista que são, na grande maioria dos casos, pequenos e médios empresários com atuação limitada a certos limites territoriais⁹⁶. No caso do franqueador, a Comissão reconhece que haverá posição dominante toda vez que este detiver uma participação acima de 30% no mercado relevante⁹⁷. De fato, a quota ou participação de mercado é o indício mais veemente de um provável abuso de posição dominante. Porém, não deve ser tomado em termos absolutos. Deve-se proceder também a uma ampla e prudente ponderação dos interesses individuais envolvidos, pois é certo que uma série de limitações e restrições são tidas como necessárias para garantir e viabilizar o funcionamento do sistema de franchising como um todo⁹⁸.

95 Cf. S. GERSTNER, op. cit., p. 174.

96 S. GERSTNER, op. cit., p. 191.

97 Cf. art. 3 do Reg. nº 2790/1999; v. S. GERSTNER, op. cit., p. 192.

98 Nesse sentido, S. GERSTNER, op. cit., p.194.

Embora a incidência ou não do art. 81 não afaste a aplicação do art. 82, na prática observa-se que, em se verificando uma das isenções por categoria do art. 81-3, dificilmente ocorrerá um dos casos de abuso de posição dominante elencados no art. 82. Stephan GERSTNER⁹⁹ apresenta três justificações: i) com base nos critérios da Comissão e do Tribunal de Justiça restam raros os casos de abuso de posição dominante por parte do franqueador; ii) ainda que se verifique uma participação no mercado relevante por parte do franqueador de mais de 30%, o contrato já não mais será considerado isento com base no art. 3-1 do Reg. nº 2790/1999; iii) por fim, na ponderação dos interesses das partes interessadas, pesará sempre o interesse maior da proteção do know-how. Sendo assim, considera-se menos provável que o art. 82 tenha um impacto significativo sobre os contratos de franchising¹⁰⁰.

b) O *leading-case* “Pronuptia”

O primeiro caso — e ainda hoje, após mais de 20 anos, o único — em que se analisou a adequação das cláusulas de um contrato de franchising em face às regras antitruste europeias foi o *leading-case* “Pronuptia”¹⁰¹, em 28/01/1986. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apreciando a questão prejudicial proposta dois

99 Op. cit., p. 209.

100 Nesse sentido, v. J. H. PRATT, p. 4008, nº de margem 4-020; S. GERSTNER, op. cit., p. 174.

101 TJCE, Proc. nº 161/84, de 28/01/1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. Sobre um análise extensa da decisão em doutrina estrangeira, v. EPP, Wolfgang. *Franchising und Kartellrecht*, Colônia: Heymann, 1994, p. 224 e ss.; KORAH, Valentine. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, Oxford: ESC Publ. Ltd., 1989, p. 19 e ss.; BUNTE, Hermann-Josef, *Franchising und EG-Kartellrecht*, NJW, 1986, p. 1406 e ss.; J. H. PRATT, op. cit., p. 4014 e ss.; entre nós, CRETELLA NETO, op. cit., p. 199 e 203 e ss. Ainda antes de “Pronuptia”, porém em sede administrativa, a Comissão Europeia já havia analisado em 1977 o caso “Campari” (publicado no Jornal Oficial nº L70/69, em 1978), voltado exclusivamente para certos aspectos do franchising de produção, e de pouca relevância para o tema da conformidade das cláusulas de franchising com as normas concorrenciais.

anos antes pelo *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) sobre a interpretação e a aplicação do então art. 85-1 (atual art. 81-1) TCE e do Regulamento nº 67/67¹⁰² aos contratos de franchising, pronunciou-se no sentido favorável a essa aplicação, mas com a ressalva de que determinadas limitações ou restrições à aquisição de mercadorias não estão sujeitas à proibição desse artigo, desde que essas sejam indispensáveis à proteção do know-how, do nome e da identidade da rede de franchising.

Com a sentença no caso “Pronuptia”, o Tribunal reconheceu duas categorias de cláusulas essenciais ao bom funcionamento de um contrato de franchising, que têm por objeto a exploração econômica de conhecimentos técnicos (fornecimento do know-how e assistência comercial e técnica), mas que, por si só, não constituem formas de restrição da concorrência, de acordo com o art. 81-1 TCE¹⁰³: o primeiro grupo de cláusulas diz respeito às disposições indispensáveis à proteção do know-how e das técnicas e métodos do negócio do franqueador, para que essas não beneficiem direta ou indiretamente possíveis concorrentes; o segundo grupo de cláusulas trata de todo e qualquer tipo de disposição que seja indispensável ao controle e proteção da identidade e dos nomes dos signos distintivos que representam a rede de franchising. Com base então nessas duas categorias de cláusulas gerais, entendeu o Tribunal que não constitui restrição da concorrência, no sentido das proibições do art. 81-1 TCE, as seguintes cláusulas contratuais entre franqueador e franqueados¹⁰⁴: i) disposições indispensáveis a fim de impedir que o know-how transferido reverta em favor de concorrentes do franqueador; ii) proibição de abrir negócio idêntico ou similar no mesmo mercado ou território

102 *Regulamento nº 67/67/CEE da Comissão, de 22/03/1967, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade* (publicado no Jornal Oficial nº 57, de 25/03/1967, p. 849-852; revogado em 30/06/1983).

103 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 16 e ss.; v. S. GERSTNER, op. cit., p. 183 s.; JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

104 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 16 e ss.

onde atua o franqueador (cláusula de não-concorrência) durante a vigência do contrato ou após determinado tempo de sua extinção; iii) proibição de transferir o negócio ou direitos e obrigações do contrato sem a anuência prévia do franqueador; iv) obrigação de aplicar e utilizar os métodos de negócio e o know-how transmitidos pelo franqueador; v) obrigação de vender os produtos fornecidos pelo franqueador exclusivamente nas lojas padronizadas da rede, a fim de manter um padrão único de apresentação (“*uniform shop layout*”); vi) obrigação de adquirir e vender exclusivamente os produtos fornecidos diretamente pelo franqueador ou por fornecedores por ele indicados; vii) obrigação de requerer previamente o consentimento do franqueador para qualquer tipo de publicidade, no que diz respeito à sua natureza (“*uniform advertising layout*”).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal que determinadas cláusulas restritivas e de exclusividade são inerentes à própria natureza do contrato de franchising e, desde que essas não restrinjam a liberdade das partes contratantes além do necessário ao bom funcionamento do sistema de franchising, não se aplicam as proibições do art. 81-1 TCE¹⁰⁵.

Sendo assim, a compatibilidade das cláusulas do contrato de franchising dependeria das disposições previstas no art. 81-1 TCE e do contexto econômico, em que essas se inserem¹⁰⁶. Desde sua decisão no caso “*Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*”¹⁰⁷, o Tribunal vem reconhecendo reiteradamente que certos acordos, que não tenham por finalidade restringir a concorrência, devem ser avaliados no contexto de mercado em que estão inseridos e que deve ser adotada uma abordagem econômica para avaliar os seus efeitos, sobretudo no que diz respeito à conformidade de certas cláu-

105 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 9.

106 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 27 (1).

107 TJCE, Proc. nº 56/65, de 30/06/1966, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*.

sulas restritivas em face do art. 81-1 TCE¹⁰⁸. Contudo, na sentença do caso “Pronuptia” o Tribunal não adotou completamente a sua tradicional abordagem econômica e considerou como restritivas da concorrência¹⁰⁹: i) cláusulas voltadas à divisão territorial de mercados entre franqueador e franqueados, ou entre franqueados entre si, ainda que sejam estipuladas entre empresas com sede no mesmo Estado-membro, as quais podem prejudicar o comércio entre os Estados-membros, na medida em que impedem os franqueados de se estabelecerem em outro Estado-membro¹¹⁰; ii) cláusulas que impeçam ou dificultem a concorrência de preços. A mera recomendação de preços (“*price guidelines*”) por parte do franqueador a seus franqueados não fere as regras da concorrência, desde que não se verifique na prática uma obrigatoriedade na sua aplicação.

Embora no caso concreto da sentença “Pronuptia” se tratasse de contrato de franchising de distribuição, tem-se admitido que os princípios gerais consolidados na sentença do Tribunal aplicam-se,

108 Nesse sentido, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 202. No âmbito da política da concorrência praticada pela Comissão Europeia “a análise econômica desempenha um importante papel na aplicação do direito comunitário da concorrência às restrições verticais”, v. já nesse sentido o nº 180 do “*Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*”, publicado em 22/01/1997, Com. (96) 721 (“*Green Paper on Vertical Restraints*” ou “*Grünbuch zur Vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*”). A mesma posição foi mantida na *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais — Seguimento do Livro Verde sobre as restrições verticais*, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* nº C 365, em de 26/11/1998 (COM/98/0544 final): “o objectivo do actual exercício de revisão é o de criar um novo equilíbrio entre uma abordagem mais econômica e um nível razoável de segurança jurídica” (seção IV, nº 5).

109 Nesse sentido, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

110 Cf. TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 26. Neste ponto, o TJCE reitera entendimento anterior no caso “*Michelin*” (TJCE, Proc. nº 322/81, de 09/11/1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*), sobre a aplicação do então art. 86 (atual art. 82) TCE, v. fundamentos da sentença nº 15: “*when the holder of a dominant position obstructs access to the market by competitors, it makes no difference whether such conduct is confined to a single Member State as long as it is capable of affecting patterns of trade and competition on the common market*”.

por analogia, aos contratos de franchising de serviços e de fabricação¹¹¹. Por ser ainda anterior ao Regulamento nº 4087/88¹¹² que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising, e que posteriormente foi substituído pelo Regulamento nº 2790/1999 (*Regulamento de Isenção por Categoria*), os princípios gerais do caso “Pronuptia” continuam valendo. No entanto, entende a doutrina que a sentença representa uma espécie de “registro do momento” (“*Momentaufnahme*”), e que uma aplicação sistemática a casos mais recentes requer uma certa cautela, tendo em vista o dinamismo fático e jurídico e as constantes transformações por que passou o sistema de franchising nos últimos anos¹¹³. Por conta disso, a fim de se verificar a aplicação das isenções do art. 81-3, ou mesmo das proibições do art. 81-1, aos contratos de franchising, deve-se levar em consideração toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre esses artigos, bem como as decisões, comunicados oficiais e regulamentos da Comissão Europeia¹¹⁴.

c) A posição da Comissão Europeia

Como vimos, o caso “Pronuptia” foi o único julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em que foi analisada a fundo a adequação dos contratos de franchising às normas europeias da concorrência. De fato, sua importância como *leading-case* e, como acabamos de ressaltar, a contemporaneidade de seus princípios, influenciou decisivamente a política da concorrência dentro da União Europeia para os contratos de franchising¹¹⁵. Com base nos

111 Em sentido mais restrito, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4015, nº de margem 4-040.

112 Regulamento nº 4087/88 da Comissão, de 30 de novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos de franquias, Jornal Oficial nº L 359, de 28/12/1988.

113 Cf. S. GERSTNER, op. cit., p. 182.

114 Cf. J. H. PRATT, op. cit., p. 4009, nº de margem 4-023.

115 Comissão Europeia, *Política de Concorrência na Europa: as regras da concorrência aplicá-*

princípios da sentença “Pronuptia” e também na sua própria experiência¹¹⁶, a Comissão adotou inicialmente o Regulamento nº 4087/88 que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising, substituído depois pelo *Regulamento de Isenção por Categoria* (Reg. nº 2790/1999). Logo em seguida, a Comissão publicou as chamadas “*Orientações relativas às restrições verticais*” (“*Guidelines on vertical restraints*” ou “*Vertikal-Leitlinien*”)¹¹⁷, que são de vital importância para se entender como as isenções por categoria do Reg. nº 2790/1999 se aplicam aos contratos de franchising¹¹⁸⁻¹¹⁹.

Com o *Regulamento de Isenção por Categoria*, a Comissão reconheceu que certos acordos verticais podem contribuir para o au-

veis aos acordos de fornecimento e de distribuição, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2002, p. 16 e ss., bem como p. 23 s. (disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications>, acessado em 10/04/2008).

116 Seguindo os princípios da sentença “Pronuptia” quanto à conformidade de cláusulas de contratos de franchising com o Direito Comunitário da Concorrência, a Comissão analisou posteriormente os seguintes casos: “*Yves Rocher*” (17/12/1986, 87/14/EEC, publ. *Jornal Oficial* nº L8/49, 1987), “*Computerland*” (13/07/1987, 87/407/EEC, publ. *J.O.* nº L222/12, 1987), “*Service Master*” (20/08/1988, 88/604/EEC, publ. *J.O.* nº L332/38, em 1988) e “*Charles Jourdan*” (02/12/1988, 89/94/EEC, publ. *J.O.* nº L35/31, em 1989).

117 *Comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais*, publicado no *Jornal Oficial* sob nº C 291 (2000/C 291/01), em 13/10/2000.

118 A parte que trata dos contratos de franchising compreende os pontos 42-45 e 199-201 das “*Orientações relativas às restrições verticais*” (2000/C 291/01).

119 O nº 199 das chamadas “Orientações” definiu o contrato de franchising da seguinte forma: “Acordos de franquia: [o]s acordos de franquia contêm o licenciamento de direitos de propriedade intelectual relativos em especial a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer [know-how] para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador presta normalmente ao franqueado durante o prazo do acordo assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objecto da franquia. Ao franqueador que concede a licença é em geral paga uma franquia ou royalty pelo franqueado para a utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem proporcionar ao franqueador a possibilidade de criar com investimentos limitados uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Para além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia, normalmente incluem uma combinação de diferentes restrições verticais, ou seja, distribuição selectiva e/ou obrigação de não concorrência e/ou distribuição exclusiva ou as suas formas mais atenuadas”.

mento da eficiência econômica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, compensando por sua vez eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes desses acordos, mas que para isso acontecer, depende do grau de poder de mercado das empresas em causa¹²⁰. Ao contrário dos antigos regulamentos nº 1983/83, nº 1984/83 e nº 4087/88, que elencavam tanto os casos de restrições permitidas como proibidas, o atual *Regulamento de Isenção por Categoria* concentra-se apenas nas restrições proibidas, ou seja, casos em que, em hipótese alguma, haverá isenção; do que se pode concluir que excetuando-se estes, todos os outros são permitidos. De grande importância para a aplicação do *Regulamento de Isenção por Categoria* aos contratos de franchising são os seus artigos 4º e 5º, uma vez que enumeram determinadas limitações da concorrência que estão fora do grupo de isenção por categoria do nº 1, do art. 2º precedente e, por conseguinte, do âmbito de aplicação do art. 81-3 TCE. A doutrina costuma denominar de “*black list of hardcore restrictions*” (“*Kernbeschränkungen*”) aquelas elencadas no art. 4º (i.e., a isenção do art. 2º não se aplica ao acordo como um todo, perdendo este o benefício do *Regulamento* e a qualidade de “isento” aos olhos do art. 81-3 TCE), e de “*grey list*” (“*bedingte Verbote*”) as do art. 5º (i.e., a isenção não é aplicável somente a algumas obrigações do acordo, sem que este perca sua validade)¹²¹.

As “*Orientações*”, por sua vez, esmiúçam quais são os tipos de cláusulas de um contrato de franchising que inicialmente contêm as

120 Regulamento nº 2790/1999, itens 6 e 7 das considerações iniciais. O art. 2º elenca quais são as formas de acordos que podem se beneficiar de tais isenções. Em seguida, o art. 3º estabelece que a isenção prevista no art. 2º é aplicável desde que: i) a quota de mercado do fornecedor não exceda 30% do mercado relevante no qual venda os bens ou serviços contratuais, e ii) em caso de obrigações de fornecimento exclusivo, a quota de mercado do comprador não ultrapasse 30% do mercado relevante em que este adquire os bens ou serviços contratuais. Mais adiante, o art. 9º descreve minuciosamente as formas para se calcular a quota de mercado.

121 Sobre um estudo detalhado dos artigos do *Regulamento de Isenção por Categoria* aplicáveis aos contratos de franchising, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4027 e ss.; S. GERSTNER, op. cit., p. 194 e ss.

restrições da concorrência abrangidas pelo art. 81-1 TCE, mas que consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador, são igualmente cobertas pelo *Regulamento de Isenção por Categoria*. Aliás, umas das “*Orientações*” é no sentido de que este só é aplicável aos acordos abrangidos no âmbito de aplicação do art. 81-1 TCE¹²². Além disso, as “*Orientações*” não prejudicam a aplicação da “*Comunicação de minimis*” ou de qualquer outra comunicação com relação aos contratos de franchising¹²³. A finalidade da “*Comunicação de minimis*” é mais no sentido de orientar, sem efeito vinculativo, os tribunais e as autoridades dos Estados-membros sobre a aplicação do art. 81 TCE¹²⁴. De fato, reconhece a Comissão que pode ocorrer a aplicação do art. 81-1 TCE, embora as partes suponham, de boa-fé, que o acordo esteja abrangido pelos termos da “*Comunicação*”; nesse caso, somente não será aplicada a multa.

A posição oficial da Comissão é clara no sentido de admitir a conformidade *a priori* das cláusulas de um contrato de franchising com as normas comunitárias da concorrência. Por outro lado, a partir de uma análise das diretrizes expostas nas “*Orientações*”, reconhece a Comissão que haverá riscos à concorrência com relação a contratos de franchising e outros acordos verticais sempre que a concorrência entremarcas (“*inter-brand competition*”) for insuficiente; o que, no contexto do franchising, equivale a dizer que franqueador e seus franqueados detêm poder de mercado significativo no mercado relevante em que atuam¹²⁵. De um modo geral, as regras da concorrência, bem como as isenções por categoria, aplicáveis aos contratos de franchising podem ser assim sintetizadas¹²⁶:

122 Cf. nº 8 das “*Orientações*”.

123 *Idem*.

124 V. item 4 da “*Comunicação*”.

125 Cf. J. H. PRATT, op. cit., p. 4025, nº de margem 4-102.

126 Cf. Comissão Européia, *Política de Concorrência na Europa*, op. cit., p. 23 s.; v. tb. “*Orientações relativas às restrições verticais*”, art. 44.

Cláusula de não-concorrência na venda de produtos concorrentes: uma obrigação de não vender bens ou serviços semelhantes não é abrangida pelo âmbito de aplicação do art. 81-1 TCE, se a obrigação for necessária para manter a identidade e reputação comuns da rede franqueada, além de permitir que o franqueador mantenha a uniformidade dos estabelecimentos e impedir que os concorrentes se beneficiem da sua designação comercial. Nestes casos, a obrigação de não-concorrência pode manter-se durante toda a vigência do contrato¹²⁷;

Quanto maior a importância do know-how transferido, mais provável será que as restrições verticais satisfaçam as condições de isenção previstas no art. 81-3¹²⁸;

As seguintes obrigações são geralmente consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador, sendo geralmente consideradas não abrangidas pelo âmbito do art. 81-1 TCE e igualmente cobertas pelo *Regulamento de Isenção por Categoria*¹²⁹:

- a) uma obrigação por parte do franqueado de não desenvolver, direta ou indiretamente, quaisquer atividades semelhantes (cláusula de não-concorrência por exercício de atividades comerciais concorrentes)¹³⁰;
- b) uma obrigação por parte do franqueado de não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente, de tal modo que esse fato conferisse ao franqueado o poder de influenciar o comportamento econômico da empresa concorrente;
- c) uma obrigação por parte do franqueado de não divulgar a terceiros o know-how transmitido pelo franqueador, enquanto este não tiver sido tornado público;
- d) uma obrigação por parte do franqueado de comunicar ao franqueador qualquer experiência adquirida na exploração do franchising e conceder-lhe, assim como a outros franqueados, uma licença não exclusiva para o know-how resultante dessa experiência;

127 “Orientações”, n.º 200-2 e 201.

128 “Orientações”, n.º 200-1.

129 “Orientações”, n.º 44; v. tb. Reg. n.º 2790/1999, art. 2-3 c/c “Orientações” n.º 30 e 43).

130 V. tb. “Orientações”, n.º 157, e 200-2.

- e) uma obrigação por parte do franqueado de informar o franqueador de infrações aos direitos de propriedade intelectual licenciados, desencadear procedimentos legais contra os infratores ou apoiar o franqueador em quaisquer procedimentos legais contra os infratores;
- f) uma obrigação por parte do franqueado de não utilizar o know-how licenciado pelo franqueador para outros efeitos que não a exploração do franchising;
- g) uma obrigação por parte do franqueado de não ceder os direitos e obrigações resultantes do acordo de franchising sem o acordo do franqueador.

Cláusula de padronização da qualidade a nível de distribuidores: por meio de um “sistema qualitativo de distribuição seletiva”, um fornecedor selecionado atendendo a critérios de qualidade, compromete-se a vender os bens ou serviços estipulados no contrato apenas a distribuidores previamente autorizados pela rede. Obrigações desse tipo têm por objetivo manter um padrão único de qualidade e evitar possíveis danos à imagem da rede de franchising, o que pode acontecer com franchising que opera com marcas famosas e produtos de luxo e de alta qualidade¹³¹. Esse tipo de obrigação poderá excepcionalmente satisfazer as condições previstas no art. 81-3 TCE, se for indispensável para proteger investimentos substanciais e específicos de uma relação, realizados pelos representantes autorizados. As restrições à venda por parte dos franqueadores (cláusula de localização e distribuição seletiva) proporcionam um incentivo aos franqueados para que estes invistam no seu próprio estabelecimento de franchising e, se não forem necessárias para esse fim, pelo menos ajudam a manter a identidade comum, compensando assim a eliminação da concorrência entremarcas¹³². De um modo geral, cabe ressaltar, porém, que quaisquer acordos que estabeleçam um “sistema quantitativo de distribuição seletiva” não se beneficiam da isenção por categoria e são atingidos pela proibição do art. 81-1 TCE¹³³.

131 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 4, alínea “b”, 3º item (a definição de “sistema de distribuição seletiva” está prevista na alínea “d”, do art. 1º); v. decisão do TJCE no caso “L’Oréal”, Proc. nº 31/80, de 11/12/1980; sobre a distinção entre sistemas qualitativo ou quantitativo na distribuição seletiva, v. S. GERSTNER, op. cit., p. 186 s.

132 V. “Orientações”, nº 116-8, 195 e 201.

Quanto às restrições verticais relativas à compra, venda e revenda de bens e serviços no âmbito de um acordo de franchising, tais como distribuição selectiva, obrigação de não concorrência ou distribuição exclusiva, o *Regulamento de Isenção por Categoria* é aplicável até um limiar de quota de mercado de 30% para o franqueador ou o fornecedor por este designado¹³⁴.

A posição oficial da Comissão vem se confirmando no grande número de aprovação de contratos de franchising ao longo dos últimos anos, com exceção, porém, — e aqui a Comissão adota o mesmo entendimento do TJCE no *leading-case* “Pronuptia” — de cláusulas voltadas à divisão territorial de mercados entre franqueador e franqueados, ou entre franqueados entre si, e cláusulas que impeçam ou dificultem a concorrência de preços¹³⁵.

Do quanto foi visto acima conclui-se, portanto, que uma simples rede nacional de franchising, operando nos limites territoriais de um único Estado-membro, pode, ainda assim, infringir os preceitos do art. 81-1 TCE, não obstante o fato dessa norma pressupor um acordo que prejudique o comércio entre os Estados-membros. Justamente por essa razão que as regras comunitárias da concorrência, e em particular as isenções por categoria (“*block exemptions*”) aplicáveis aos contratos de franchising, devem levar em consideração um grande número de redes de franchising¹³⁶. Ademais, além das obrigações examinadas acima, considerar-se-á nula qualquer cláusula que de alguma forma seja “susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”, nos termos do art. 81, nº 1 e 2 TCE.

133 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 4, alíneas “c” e “d”, e art. 5, alínea “c”.

134 “*Orientações*”, nº 200, v. tb. nº 95; v. art. 3-1 do Reg. nº 2790/1999.

135 Nesse sentido, v. A. JONES; B. SUFRIN, op. cit., p. 653.

136 Cf. J. H. PRAIT, op. cit., p. 4005, nº de margem 4-013.

No entanto, é certo reconhecer que com base na cláusula “*de minimis*”¹³⁷ a maioria dos contratos de franchising, em princípio, não restringe sensivelmente a concorrência na acepção do art. 81-1 TCE, e por isso, não necessita de prévia autorização da Comissão¹³⁸. Avanço significativo na política de aplicação mais eficaz das regras comunitárias de concorrência pôde ser sentido com a entrada em vigor do Regulamento nº 1/2003¹³⁹. Com ele a Comissão estabeleceu um novo “regime de exceção diretamente aplicável”. Com base no art. 1º, deste Regulamento, não é mais necessária a decisão prévia da Comissão (declaração formal de isenção), para o efeito de aplicação tanto das proibições do nº 1 do art. 81, como das isenções do nº 3 desse mesmo artigo, bem como também no caso da proibição de exploração abusiva de uma posição dominante referida no artigo 82 TCE. O Regulamento divide ainda a responsabilidade de execução (“*enforcement*”) das regras de concorrência — até então sob sua única e exclusiva responsabilidade — com as autoridades antitruste nacionais e os tribunais dos Estados-membros, os quais passaram a ter competência para aplicar os artigos 81 e 82 TCE. Diante disso, vê-se que a mudança introduzida pelo Reg. nº 1/2003 é mais no campo de aplicação das regras comunitárias da concorrência e em nada muda a essência das isenções por categoria, e muito menos altera a política da concorrência europeia para os contratos de franchising¹⁴⁰.

137 “Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº 1 do artigo 81 do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*)”, publ. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 22/12/2001 (2001/C 368/07), v. itens de 7 a 9. No entanto, de acordo p.ex. com o item 11-1, considerar-se-ão restrições da concorrência (e não se aplicam os pontos 7, 8 e 9) os acordos de franchising que tenham por objeto: a) a fixação de preços de venda de produtos a terceiros; b) a limitação da produção ou das vendas; c) a repartição de mercados ou de clientes.

138 Nesse sentido, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4007, nº de margem 4-018, e p. 4010, nº de margem 4-025.

139 Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 1/1), em 04/01/2003, e com vigência a partir de 01/05/2004.

140 Nesse sentido, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4047, nº de margem 4-166/167.

7. Conclusões

A Lei Antitruste Brasileira, como vimos, é uma lei de caráter geral, que de um lado reprime os abusos de poder econômico e as práticas anticoncorrenciais, e de outro estabelece as chamadas “válvulas de escape”. Como observou Paula A. FORGIONI, a isenção de que trata a Lei Antitruste pode recair sobre uma gama de relações econômicas, onde vale a seguinte técnica jurídica: “há uma *lei geral* que cuida da concorrência e uma *lei específica* que retira de seu campo de incidência certo setor da economia”¹⁴¹. Sendo assim, não há como não ver na Lei de Franchising a natureza de *lei específica autorizadora de restrições concorrenciais* em face da norma geral da Lei Antitruste¹⁴².

O que queremos dizer é que o sistema de franchising é anti-competitivo por natureza. O contrato de franchising contém uma série de cláusulas com nítida vocação anticoncorrencial, que, por outro lado, encerram eficiências econômicas que justificam a sua isenção. Não obstante isso, comungamos a mesma preocupação de Nuno T. P. CARVALHO¹⁴³, de que a obrigatoriedade de inclusão de certas cláusulas na *Circular de Oferta de Franquia* não deve ser entendida como uma espécie de “certificado de imunização” contra a aplicação da legislação antitruste. Porém, não reputamos necessária a aprovação de uma isenção por categoria especialmente voltada para os contratos de franchising¹⁴⁴⁻¹⁴⁵. Entendemos que esse papel, como observamos acima, já cabe à Lei de Franchising¹⁴⁶.

141 *Os fundamentos do antitruste*, p. 161 (grifado no original).

142 V. ponto 5.a), e nota 61 *supra*.

143 Op. cit., p. 36.

144 Cf. N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 40. Note-se que, na União Européia, o Reg. nº 4087/88 que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising (um sub-produto da decisão “*Pronuptia*”), foi extinto e seus princípios gerais incorporados no *Regulamento de Isenção por Categoria* (Reg. nº 2790/1999).

145 O mesmo raciocínio, porém, não se aplica aos contratos de transferência de tecnologia. Aqui, temos de concordar que o sistema carece, não só de uma *lei específica* para este tipo de

Após quase uma década e meia da promulgação da Lei de Franchising, o temor de inundação do CADE com um sem número de pedidos voluntários de autorização, com base no art. 54 da Lei Antitruste, (felizmente) não se confirmou. Não achamos que isso possa ser visto como um indício de que, sob o ponto de vista concorrencial, não haja distorção no sistema de franchising. O sistema está longe de ser perfeito. Em face dessa realidade, achamos que nossa autoridade antitruste deveria dar maior atenção a certas cláusulas que, embora incluídas na *Circular de Oferta de Franquia*, acabam se transformando na forma mais vil de restrição da concorrência, visto que estão revestidas de uma aparente legalidade. Entretanto, não resta dúvida que sobre tais acordos penderá — como bem formulou Nuno T. P. CARVALHO — “a espada de Dâmocles da nulidade, por violação das normas antitruste”¹⁴⁷.

A interface entre o Direito Civil — bem como também os Direitos de Propriedade Intelectual — e o Direito Antitruste é tema de grande interesse prático e acadêmico, sobretudo sob o ponto de vista de direito comparado. Atualmente, não há como estudar a disciplina jurídica do antitruste sem antes conhecer a doutrina e a jurisprudência européia e norte-americana. Por outro lado, como bem ponderou Karin GRAU-KUNTZ em recente estudo sobre Direito de Autor e Direito da Concorrência, “[o] Brasil não é União Européia. A realidade brasileira leva as ordens jurídica e econômica brasileiras a perseguirem fins outros, muitas vezes diferentes daqueles perseguidos pela União Européia ou por outros Estados europeus ou da América do

contrato, mas também, e principalmente, de um mecanismo de isenção por categoria tal como ocorre no Direito Comunitário da Concorrência. Nesse sentido, v. ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241 e ss., e p. 308-309.

146 Tal como ocorre com a *Lei Ferrari* e o regime de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (v. nota 60 *supra*). Nesse sentido, v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 160 s.; v. tb. D. B. BARBOSA, *op. cit.*, p. 1077, nota nº 1485.

147 *Op. cit.*, p. 40.

Norte. (...) O que aqui se pretende afirmar é que, no que diz respeito ao Brasil, as soluções para a composição de interesses entre o direito privado sobre bens imateriais e o direito antitruste, direito cuja função é ordenar a concorrência de forma a direcionar o desenvolvimento econômico em uma ou outra direção, devem ser feitas sob medida para a realidade brasileira. Experiências e soluções estrangeiras podem, mas não servem necessariamente à realidade e aos objetivos político-econômicos brasileiros”¹⁴⁸.

A experiência jurídica européia em matéria de franchising e concorrência não deve, porém, ser desprezada. Serviu-nos para demonstrar que é possível uma distorção no sistema de franchising. Digno de nota é, ainda, o Reg. nº 1/2003 da Comissão Européia que introduziu um novo “regime de exceção diretamente aplicável”. Talvez um dos problemas que mais preocupa grande parte dos juristas seja justamente aquele voltado à aplicação e à efetividade das normas jurídicas (“*enforcement*”). E nesse campo, mais uma vez, sobressai a experiência do Direito Comunitário. Sem dúvida que o Reg. nº 1/2003 foi um avanço considerável nesse sentido. O grande número de regulamentos e atos normativos da Comissão, além da sua vasta jurisprudência administrativa, e também a do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, demonstra a maturidade da União Européia nessa matéria. Atendendo sempre à realidade jurídica e econômica brasileira, quiçá um pouco dessa experiência não possa ser útil ao nosso legislador pátrio e à nossa própria autoridade antitruste.

148 *Direito de autor e concorrência*, Manuscrito, 2008, p. 12-13 (trabalho aceito para publicação na coletânea de textos sobre questões de direitos autorais, organizada por Allan Rocha de Souza, a ser editada pela Faculdade de Direito de Campos e distribuída pela Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, em 2008).

**PROPRIEDADE
INTELECTUAL**

**A TUTELA JURÍDICA DO DESENHO INDUSTRIAL
EM DIVERSAS JURISDIÇÕES, A PROTEÇÃO DE
PARTES DE OBJETOS E A DECISÃO DA SDE
SOBRE ESSA MATÉRIA¹**

**THE LEGAL PROTECTION OF THE INDUSTRIAL DESIGN IN
SEVERAL JURISDICTIONS, THE PROTECTION OF OBJECTS AND
THE DECISION OF SDE ABOUT THIS MATTER**

Gabriel Di Blasi

Resumo: A proteção de desenhos industriais no mundo não é uniforme. Não há um consenso sobre a natureza e o escopo de proteção mais apropriado para esse tipo de propriedade. Isso se deve ao caráter misto do desenho industrial em que arte e tecnologia, relacionadas à funcionalidade, se encontram. Uma das principais questões em debate tanto nacional quanto internacionalmente diz respeito à proteção das partes de objetos e características funcionais do desenho.

Palavras-chave: Desenho Industrial. Spare Parts. Harmonização.

1 Esse artigo, com algumas atualizações, foi originalmente apresentado pelo autor no Simpósio Internacional de Desenho Industrial, organizado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial Argentino na cidade de Buenos Aires em março de 2007.

Abstract: The design protection is not uniform around the world. There are significant differences regarding the industrial design scope of protection. The difficulty is that there are many interpretations of where art and technology meet and the nature and scope of protection that is appropriate for this type of property. One of the main debates regarding designs involves the protection of spare parts and of the functional performance of the design.

Keywords: Design. Spare Parts. Harmonization

Sumário: I. Considerações gerais. II. Proteção de partes de objetos no Brasil.

I. Considerações Gerais

O desenho industrial é um tipo de criação intelectual que envolve tanto características funcionais quanto estéticas em um mesmo objeto. De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual — OMPI, os desenhos industriais são o ponto de encontro entre arte e tecnologia, uma vez que os desenhistas se empenham em criar produtos cujas formas e aparência satisfaçam as preferências estéticas dos consumidores, bem como suas expectativas com relação à performance funcional do produto².

Nos últimos anos, com a globalização e a crescente importância dos desenhos industriais, a ausência de padrões coerentes para sua proteção tornou-se clara e problemática.

A dificuldade reside no fato de que existem muitas interpretações sobre o ponto em que arte e tecnologia, relacionadas à funcionalidade, se encontram e qual a natureza e o escopo de proteção mais apropriado para esse tipo de propriedade. Portanto, existem

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*, Genebra, 1992, p 3. Disponível em www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc. Acesso em 19 de julho de 2007.

inúmeras diferenças nas definições ou, em alguns casos, definições insuficientes. Não só existem diferenças significativas nas leis nacionais para a proteção de desenhos industriais, mas também, em muitos casos, há falta de especificidade da lei, como o prazo e o escopo de proteção do desenho industrial. Por exemplo, embora o TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) preveja a proteção para todos os desenhos industriais novos e originais, o referido Acordo não apresenta definições ou normas para os desenhos que podem ser protegidos.

Além disso, a crescente tendência para a proteção de desenhos oriundos das novas tecnologias, tais como, as imagens de computador (interfaces gráficas — GUI, ícones e fontes) e características funcionais de um objeto como desenho industrial, confirma a importância dessa espécie de proteção da propriedade intelectual. Simultaneamente, mostra a necessidade de harmonização das leis nos diferentes países, de forma que exista uma coerência na proteção de outras tecnologias pelas diferentes tutelas do direito da propriedade intelectual em relação ao desenho industrial.

Assim, o objetivo deste artigo é considerar as questões atuais e as tendências na regulamentação da proteção de desenho industrial no mundo, pois é um assunto que vem sendo discutido amplamente tanto no contexto nacional quanto internacional. Tais discussões têm concluído que existe uma necessidade crescente de se harmonizar a proteção dos desenhos e a respectiva legislação, especialmente a fim de reduzir as incertezas quanto às exigências para depósito, período de vigência, custos e escopo de proteção.

1) A proteção dos desenhos industriais

A primeira questão que se coloca é “O que pode ser protegido como desenho industrial?” O desenho industrial, em tese, se refere apenas à aparência de um produto, caracterizada por suas cores, linhas, materiais etc. Entretanto, a Diretiva da União Européia sobre

desenhos industriais define “desenho ou modelo” como “aparência da totalidade ou de uma parte de um produto, resultante das características, nomeadamente de linhas, contornos, cores, forma, textura e/ou materiais do próprio produto e/ou da sua ornamentação”³. A partir dessa disposição, não apenas a aparência de um produto será protegida, mas também o produto em si, desde que ele esteja de acordo com a definição de desenho, seja novo e tenha caráter individual.

No Reino Unido, o desenho industrial é definido como “as características de forma, configuração, modelo ou ornamentação aplicadas a um artigo por qualquer processo industrial”⁴. Assim, a proteção dos desenhos exclui o método ou princípio de construção e as características funcionais do artigo. A mesma tendência está presente na Austrália, onde o desenho industrial significa a aparência total do produto resultando de uma ou mais características visuais do mesmo⁵.

Nos EUA, a proteção de desenhos industriais está disponível para qualquer desenho de um artigo de manufatura novo, original (não-óbvio) e ornamental. Em outros países, tais como a África do Sul e o Reino Unido, “original” significa meramente que ele é um trabalho autoral não copiado, enquanto que a Diretiva da União Européia estabelece que o desenho deva ser novo e ter caráter singular. É importante notar que o conceito de “original” é diferente do “caráter singular”⁶. A Diretiva da União Européia considera que um desenho tem caráter singular se a impressão global produzida em um usuário

3 Artigo 1,a da Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos.

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*, Genebra, 1992, p 5. Disponível em www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc. Acesso em 19 de julho de 2007.

5 Capítulo 1, parte 2 do Designs Acts 2003.

6 FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, FICPI Submission to WIPO, 2002, p. 1.

conhecedor do assunto difere da impressão global produzida em tal usuário por qualquer desenho que tenha sido disponibilizado ao público antes da data de depósito do pedido⁷.

No Japão, é a forma, padrão, cor ou qualquer combinação dessas características, em um artigo ou parte de um artigo, que tenha uma aparência estética, uso industrial, seja novo e não-óbvio que deve ser considerada. No Brasil, um desenho industrial é “a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”⁸.

A legislação brasileira ainda restringe a proteção ao resultado visual externo, o que levanta a questão se os desenhos são limitados a características visuais. Uma decisão alemã sustenta que apenas resultados visuais externos podem ser protegidos. Entretanto, no Reino Unido, existe uma decisão garantindo proteção por desenho industrial ao interior de um ovo de Páscoa. Seguindo esse raciocínio, nos EUA, existe o entendimento de que caso se pretenda que a característica interna do desenho seja percebida, ela pode ser protegida.

Quanto à novidade, este é um requisito comum e essencial nas leis nacionais e regionais. Dependendo da lei nacional, a novidade pode ser considerada absoluta ou relativa. A maior parte dos países exige a novidade absoluta. E dessa forma deve prevalecer a regra. Quanto à publicação anterior ao depósito, ela prejudicará o requisito da novidade, exceto quanto às publicações feitas pelo próprio depositante. Nesse caso, alguns países — como os EUA, o Canadá e a União Européia — têm um período de graça de um ano anterior à data de depósito em seu território. No Brasil, esse prazo é de 180 dias.

7 Artigo 5.1 da Directiva 98/71/EC.

8 Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial).

É importante notar que algumas legislações de propriedade industrial fazem referência à possibilidade de se reconhecer o desenho industrial não apenas para produtos manufaturados, mas também para trabalhos artesanais, que são geralmente protegidos pelo direito autoral. Este escopo de proteção, onde disponível, está baseado no fato de um desenho industrial ser considerado uma expressão artística, que responde parcialmente a uma preocupação estética do designer⁹. A Diretiva Europeia sobre desenhos industriais inclui a proteção para o artesanato. Entretanto, a tendência na maioria das jurisdições é de limitar a proteção do desenho industrial a produtos manufaturados por qualquer processo industrial, sendo a proteção por direito autoral mais indicada para a proteção de artesanato.

No Canadá, o artesanato é protegido tanto por desenho industrial quanto pela legislação autoral. Nos EUA, ele pode ser protegido por desenho industrial e no Brasil apenas por direito autoral. Uma terceira perspectiva é encontrada na Indonésia onde a definição de desenho industrial não só inclui a proteção de artesanato como também determina que um desenho industrial é "...a criação quanto à forma, configuração ou a composição de linhas ou cores, ou linhas e cores, ou a combinação assim obtida, em uma forma bi ou tridimensional que cause uma impressão estética e possa ser percebida em um modelo bi ou tridimensional e usado para produzir um produto, bem ou um artigo industrial e um artesanato"¹⁰.

Como se pode perceber, há elementos comuns que caracterizam o desenho industrial e que devem ser levados em conta para a harmonização. Visibilidade e característica estética são comumente consideradas um pré-requisito para o reconhecimento de um dese-

9 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*, Genebra, 1992, p 3. Disponível em www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc. Acesso em 19 de julho de 2007.

10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial design protection in Indonesia: a comparative study of the law on Industrial Design Protection between Japan and Indonésia*, Tokyo, 2004, p.21.

nho industrial quando incorporado a um produto. Porém, mesmo que as leis nacionais considerem relevante o requisito estético para determinar um desenho industrial, esse critério não é objetivo, uma vez que depende da subjetividade do examinador. Portanto, deve-se considerar a característica visual geral resultante da combinação de linhas, cores, formas etc. que confira ao produto um resultado novo e original. Contudo, é importante observar que eliminar o elemento estético permitiria a proteção para desenhos funcionais e não-funcionais.

2) Requisitos para depósito e publicação

Os requisitos para o depósito variam de país para país. Em geral, desenhos ou fotografias são exigidos. Nos EUA, por exemplo, o depositante deverá apresentar, ainda, o desenho em uma única reivindicação escrita.

Talvez a questão mais fundamental para a harmonização seja a diferença entre estilos e formatos de desenhos aceitáveis e a especificação determinada pelas respectivas leis nacionais e regionais. Essa diversidade pode ser causa de incertezas entre aqueles que devem usar o regime de registro de desenho, o de desenhos não-registráveis ou o sistema de patentes a fim de se definir o escopo de proteção do desenho.

Dado o padrão seguido pela maioria e considerando o fim de harmonização, a solução preferível seria que os depositantes apresentassem apenas uma clara representação do desenho, mostrando suas características relevantes e uma reivindicação ou declaração de novidade, na qual o depositante especifica o que deseja proteger.

Quanto à publicação, no Canadá, na África do Sul e nos EUA, o desenho depositado não é publicado e é mantido em sigilo até a concessão do registro. No Brasil, o depositante poderá requerer o sigilo do pedido por um período de 180 dias. Entretanto, isso atrasará

o processamento e concessão do desenho. No Japão, o depositante poderá requerer que o desenho seja mantido em sigilo por um período de até três anos contados a partir da concessão do desenho. Este é um tipo de desenho chamado “desenho em sigilo”¹¹. Já na Europa, no momento do depósito, o depositante poderá requerer que a publicação do desenho seja postergada por um período de até 30 meses contados da data de depósito ou da prioridade¹².

Assim, a tendência é que o sigilo dos depósitos seja mantido até a concessão do registro dos respectivos desenhos.

3) Características funcionais e partes de objetos (“spare parts”)

Normalmente, a aparência de um produto ou a característica funcional da forma afeta sua performance técnica, uma vez que suas funções não serão desenvolvidas sem tais características sendo, portanto, necessárias ao produto. Muito embora a proteção por desenho industrial seja indicada apenas para a aparência do produto — e não para suas funcionalidades — a originalidade das características funcionais deveria ser levada em conta pelas leis nacionais.

Segundo a lei da África do Sul, existe uma previsão especial para desenhos funcionais que é semelhante a de modelo de utilidade com a finalidade específica de proteger um novo aperfeiçoamento funcional em um determinado objeto. Todavia, essa previsão especial exige a presença de um elemento estético. Enquanto a proteção do desenho é feita com base em desenhos e fotos, a proteção do modelo de utilidade é determinada pelas respectivas reivindicações. Outra distinção na lei sul-africana diz respeito ao “desenho estético” que

11 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial design protection in Indonesia: a comparative study of the law on Industrial Design Protection between Japan and Indonésia*, Tokyo, 2004, p.47.

12 Disponível em: <http://oami.europa.eu/efdsgn/en/default.htm>. Acesso em: 7 de maio de 2007.

usa a definição clássica de desenho industrial. Também na Austrália, não se exclui da proteção os desenhos que apresentem características funcionais. De acordo com o Design Act 2003, uma característica visual pode, mas não necessita, servir a um objetivo funcional¹³. Já na legislação sobre desenhos dos EUA, apenas a aparência de um produto, mas não as características estruturais ou utilitárias, será objeto de proteção. A lei japonesa não protege o desenho “composto de formas, que sejam indispensáveis para assegurar as funções de um artigo”¹⁴. Na União Européia, o artigo 7 da Diretiva 98/71/EC restringe a proteção de produtos que tenham características funcionais, uma vez que “as características da aparência de um produto determinadas exclusivamente pela sua função técnica não são protegidas pelo registro de desenhos e modelos”. Ainda, o artigo 8 (1) do Regulamento 6/2002, em relação aos desenhos industriais não registrados, repete os termos do artigo 7 da Diretiva.

No Brasil, de acordo com o inciso II do artigo 100 da Lei nº 9.279/96, a forma de um objeto, que é determinada essencialmente por características técnicas ou funcionais, não é protegível.

Relacionado ao tópico das características funcionais, as partes de objetos são componentes individuais de um produto complexo, composto de múltiplos componentes “susceptíveis de serem dele retirados para desmontar e nele recolocados para montar novamente”¹⁵.

A Diretiva Européia prevê proteção para partes de objetos desde que a parte componente seja visível durante o uso do artigo e possa ser substituída quando o produto complexo for reparado. Partes componentes não-visíveis, bem como as partes que têm seus de-

13 Capítulo 1, Parte 2, Seção 7 (2).

14 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial design protection in Indonesia: a comparative study of the law on Industrial Design Protection between Japan and Indonésia*, Tokyo, 2004, p.44.

15 Artigo 1º da Directiva 98/71/EC.

senhos ditados por aspectos funcionais e são caracterizadas como “must-fit”, não poderão ser protegidas. Similarmente, no Japão, partes funcionais de um objeto são excluídas da proteção. Quanto ao Brasil, como será tratado no item II a seguir, essas partes de objetos podem ser registradas e protegidas, desde que sejam fabricadas e vendidas separadamente e desde que a parte do objeto possa ser identificada separada do corpo do objeto principal. A forma da parte deverá ser completamente definida ou acabada.

Nos EUA, as partes podem ser protegidas desde que sejam consideradas não-funcionais.

Apesar de haver restrições de algumas legislações nacionais, mas considerando que o desenho industrial está relacionado diretamente à aparência do produto ou objeto, que na maioria das vezes é obtida através das características funcionais do mesmo, esses aspectos visuais ditados pela função técnica não deveriam ser considerados obstáculos para a proteção do referido desenho. Portanto, o mesmo raciocínio deveria ser estendido para proteção das partes dos objetos.

4) Regimes de proteção e exame substantivo

Basicamente, existem três regimes de proteção ao desenho industrial: direito autoral; sistema sui generis de registro de desenhos; e sistema sui generis de direitos não-registrados¹⁶. Adicionalmente, algumas leis nacionais protegem o desenho industrial por patente, como o sistema de patentes norte-americano. Cada regime tem um impacto na natureza da proteção do desenho em muitos aspectos, tais como exame, prazo de proteção, efeitos no contencioso judicial etc.

16 UNCTAD, ICTSD, Resource Book on TRIPs and Development, Cambridge University Press, 2005, p. 334.

Por um lado, Japão e Canadá adotam um regime de registro com exame substantivo. Por outro, na Itália, na Argentina e no Brasil, existe o regime de registro sem exame substantivo, o que é permitido pelo Acordo de Haia.

Em contraste com tais regimes está o sistema de desenhos não registrados, que tem como princípio um sistema de responsabilidades, tal como a legislação de repressão da concorrência desleal. É considerado um sistema de proteção muito próximo ao do direito autoral. O Reino Unido conta com esse regime, que é adotado para desenhos industriais em três dimensões, sejam eles funcionais ou não-funcionais.

Com relação ao exame do desenho industrial, existem algumas leis nacionais, como as leis dos EUA, do Japão e do Canadá, que exigem um exame substantivo, baseado em uma busca de anterioridades. Essas leis podem ser consideradas um desafio à harmonização, uma vez que, por exemplo, o Acordo de Haia aceita o sistema de registro sem exame substantivo.

No Japão, o exame substantivo é conduzido somente após a conclusão do exame formal. Esse exame é considerado importante porque assegura que o desenho preencheu todos os requisitos administrativos.

No Brasil, o sistema de registro é aplicável, mas o exame substantivo é opcional e pós-registro. Assim, caso o desenho seja objeto de disputa judicial, o exame substantivo, para a aferição dos requisitos previstos no capítulo III da Lei nº 9.279/96, dependendo da demanda judicial, é obrigatório antes da realização da audiência¹⁷.

Na Austrália, o exame do desenho pode ser requerido por qualquer pessoa ou de ofício pela autoridade que concedeu o registro. Trata-se, porém, de um exame pós-registro, ainda que durante a tramitação do exame sejam consideradas as possíveis razões para a revogação do registro do desenho.

17 DI BLASI, Gabriel, *A Propriedade Industrial* Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005. p. 393.

Existem diferentes posições filosóficas que são refletidas em diferentes regimes de proteção. Ainda há claros obstáculos para que se chegue a um consenso quanto ao regime adequado a ser aplicável, particularmente com relação àqueles regimes que exigem o exame substantivo em comparação com aqueles que não o exigem. Entretanto, a tendência indica a adoção de um sistema de registro sem exame.

5) Prazo

O prazo de proteção de um desenho industrial depende do sistema de proteção, podendo variar de dez anos a 25 anos. Por exemplo, no Japão, a proteção de um desenho é de quinze anos contados da data do registro. Na Austrália, o prazo máximo é de dez anos a partir da data do primeiro depósito em que o desenho tenha sido divulgado. Na União Européia, a proteção inicial é por um período de 5 anos, a partir da data de depósito do desenho, renovável a cada cinco anos, limitado ao prazo máximo de 25 anos de proteção. No Brasil, de acordo com o artigo 108 da lei nº 9.279/96, o prazo é de dez anos renováveis por períodos de cinco anos, limitados a um prazo de 25 anos de proteção. Já nos EUA, a patente de desenho tem um prazo de quatorze anos contados da data da concessão.

A tendência indica que a harmonização do prazo de proteção para o desenho industrial seja de no máximo 25 anos, renováveis a cada cinco anos¹⁸.

6) Variações do Desenho industrial

A proteção de variações de desenhos é prevista nas legislações nacionais. Por exemplo, no Reino Unido, as variações são per-

18 FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, FICPI Submission to WIPO, 2002, p. 3.

mitidas desde que elas sejam aplicadas em artigos normalmente vendidos ou usados em conjunto. A legislação do Canadá permite variações e os EUA aceitam “variantes óbvias”. Isto é, o desenho que tenha o mesmo conceito com pequenas variações nas formas modificadas. O Acordo de Haia permite ilimitados depósitos múltiplos na mesma classe. No Brasil, é possível o registro de até vinte variantes do mesmo desenho, desde que eles tenham o mesmo objetivo e apresentem as mesmas características preponderantes.

A tendência é usar o princípio adotado pelo Acordo de Haia, que dispõe de múltiplos depósitos em uma mesma classe de artigos, conforme a Classificação de Locarno.

7) Proteção cumulativa

Com relação à dupla proteção cumulativa, o desenho industrial tem um caráter misto de obra-de-arte, uma vez que ele pode ser considerado uma expressão da criatividade do desenhista, cumulada com a aplicação industrial. Isso significa que o desenho pode ser protegido por, no mínimo, dois regimes diferentes. É possível que se proteja o desenho industrial tanto pelo direito autoral, uma vez que ele é considerado uma obra-de-arte, quanto pelo regime *sui generis* de proteção para os desenhos industriais devido a sua aplicabilidade industrial. Além disso, a proteção por marcas também é possível¹⁹.

A lei norte-americana não permite a proteção do desenho industrial como obra artística (direito autoral). A proteção autoral seria possível se as características externas do produto pudessem ser separadas do produto em si (noção de separabilidade e independência). Por exemplo, o desenho de um artista utilizado em estamperia para tecidos.

19 FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, Working Document — CET1201, 2002, p.8.

Em outros países, por exemplo, na Suíça, a proteção cumulativa dupla é aceita se o desenho possuir um elevado caráter artístico. Caso contrário, se a característica não estiver presente, apenas o regime de proteção *sui generis* será permitido.²⁰

Já no Reino Unido há três tipos de proteção (direito autoral, registro e desenhos não-registráveis).

Em relação ao uso da proteção de marcas para o desenho industrial, é possível quando o requerente usa o desenho como um sinal distintivo. A marca não protegerá o desenho como tal, mas identificará e distinguirá produtos e serviços no mercado com aquele desenho. O escopo dos direitos concedidos pelo registro de marca e o registro de desenho industrial são bastante distintos entre si, uma vez que o desenho garante ao seu titular o direito de impedir terceiros não-autorizados de explorar qualquer produto que incorpore o desenho, enquanto a marca impede terceiros de utilizar o desenho (como marca) em conexão com determinados bens ou serviços. Nos EUA, é também possível a proteção por *trade-dress*.

A escolha da estratégia de proteção dependerá do depositante. A tendência é que essa proteção cumulativa não crie obstáculos para a harmonização, uma vez que são tipos distintos e independentes de proteção. O principal problema causado pela proteção cumulativa é a busca nos respectivos sistemas, que consome mais tempo e depende de uma estratégia cuidadosa.

8) Escopo de proteção

O escopo de proteção conferido pelo desenho varia de acordo com a legislação do país. Por exemplo, a Diretiva europeia inclui

20 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*, Genebra, 1992, p. 12 e 13. Disponível em www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc. Acesso em 19 de julho de 2007.

qualquer desenho que “não produza no usuário informado uma impressão global diferente”²¹.

No Japão, o desenho industrial confere direitos ao desenho e aos desenhos semelhantes. A violação ocorre se terceiros não-autorizados exploram o produto com desenho registrado ou desenhos semelhantes. O escopo de proteção é determinado pelos desenhos e pelos esclarecimentos anexados ao pedido.

Basicamente, o escopo de proteção para os desenhos industriais conferido na Austrália é ditado pela declaração de novidade e distintividade, que irá identificar as características visuais novas e distintas do desenho. Contudo, se o desenho não apresentar a referida declaração, a proteção deve-se basear na aparência como um todo²².

Ainda, a lei australiana confere os seguintes direitos exclusivos ao titular: (a) fazer ou oferecer o produto que contenha o desenho protegido; (b) importar tal produto na Austrália, com fins comerciais; (c) vender, alugar ou dispor, ou oferecer para a venda, aluguel ou de qualquer outra forma dispor de tal produto; (d) usar o produto com fins comerciais; (e) manter o produto com o propósito de realizar qualquer um dos atos relacionados em (c) ou (d); e (f) autorizar outra pessoa a praticar qualquer um dos atos mencionados nos parágrafos (a), (b), (c), (d), ou (e).²³

No Brasil, o escopo de proteção está relacionado aos desenhos definidos no respectivo registro de desenho industrial, conforme o artigo 109. Ainda, os direitos conferidos são iguais aos direitos de patentes previstos no artigo 42 da Lei nº 9.279/96.

A harmonização em relação ao escopo de proteção deveria ter como princípio um padrão objetivo, tal como a Classificação de Lo-

21 Article 9.1 da Directiva 98/71/EC.

22 Design Act 2003, item 19.

23 Design Act 2003, Parte 2.10.1.

carno e os requisitos do Acordo de Haia. Além disso, a proteção deveria referir-se a apenas um desenho ou sua adaptação para uma determinada classe de artigos de acordo com a Classificação de Locarno.

9) Novas tecnologias

A tendência recente é no sentido de estender a proteção do desenho industrial para as novas tecnologias, tais como web designs (ícones, fontes tipográficas e interfaces gráficas).

A legislação brasileira sobre desenhos industriais não prevê restrições com relação à proteção de web designs. Quanto aos ícones e fontes, esses podem ser protegidos por desenho industrial como um padrão ornamental de linhas e cores que pode ser aplicado a qualquer produto, incluindo websites, telas de telefones celulares e media player, digitais portáteis com disco rígido, tal como o “IPOD”²⁴. A vantagem dessa proteção é que não existe restrição para o uso do ícone em qualquer produto, uma vez que ele é considerado uma configuração. Em alguns casos, esses desenhos também podem ser protegidos por marca. Quanto às interfaces gráficas, elas podem ser protegidas pelo registro de desenho como um padrão ornamental de linhas e cores, embora este desenho possa ser uma aplicação temporária em um website, na tela de um telefone celular ou “IPOD”. O foco da proteção se baseia no padrão ornamental das linhas e cores da interface gráfica. A proteção por desenho industrial é adequada uma vez que a interface gráfica atende o requisito da aplicação industrial e preenche os requisitos legais.

Na Europa, a proteção dos símbolos gráficos e fontes tipográficas são permitidas, mas estão excluídos os programas de computador dessa proteção. Segundo a legislação Européia, as interfaces grá-

²⁴ Trademark of Apple Computer Inc.

ficas são partes de um programa de computador e, em princípio, não seriam consideradas desenho industrial. Porém, considerando os aspectos legal e econômico, essa disposição não faz sentido, mesmo porque a tendência é que todas essas tecnologias possam ser protegidas por desenho industrial²⁵.

10) Conclusão

Existem muitas diferenças no tratamento nacional do desenho industrial. A ausência de padrões consistentes para desenhos industriais torna-se cada vez mais problemática para aqueles depositantes que necessitam de um sistema sem incertezas com relação ao escopo de proteção, requisitos, prazo de proteção e ao exame. Essa necessidade é reforçada pelo crescente número de tecnologias que podem ser protegidas pelo regime de proteção dos desenhos industriais, tais como imagens de computador e características funcionais de produtos.

A fim de se obter a harmonização entre as leis nacionais de desenho industrial será necessário que se façam mudanças nas referidas leis. Algumas das seguintes propostas de harmonização vêm sendo discutidas tanto nacional quanto internacionalmente.

a) O prazo total do desenho seria de 25 anos, renováveis a cada cinco anos.

b) No pedido deveria ser apresentada uma representação do desenho, mostrando o desenho e suas características relevantes.

c) Uma reivindicação ou declaração de novidade, onde fossem especificadas as novas características a serem protegidas, deveria ser um requisito para o depósito.

25 KUR, Annette, Industrial design protection in Europe — Directive and Community Design. Disponível em http://www.atrip.org/upload/files/activities/tokyo2003/s05-Kur_art.doc. Acesso em 19 de julho de 2007.

d) A regra deveria ser a novidade absoluta, sendo que qualquer publicação anterior prejudicaria esse requisito. Entretanto, deveria ser admitido um período de graça de um ano com relação às publicações dos depositantes.

e) O escopo da proteção haveria de ser determinado pela Classificação de Locarno.

f) O exame deveria envolver apenas requisitos formais, de forma que o regime de registro fosse criado sem o exame substantivo. Esta é uma opção de proteção mais rápida e menos custosa.

II. A Proteção de Partes de Objetos no Brasil

A proteção de partes de objetos no Brasil é hoje um dos assuntos mais importantes relacionados à proteção dos desenhos industriais.

Segundo o artigo 95 da Lei nº 9.279/96, desenho industrial é a forma plástica ornamental de um objeto (tridimensional) ou o conjunto ornamental de linhas e cores (bidimensional) que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo para fabricação industrial.

O depósito de um desenho industrial deve referir-se a apenas um objeto. De acordo com a legislação brasileira, para o desenho industrial ser registrável, deve obedecer às características de novidade, utilização ou aplicação industrial e originalidade. Portanto, o desenho é registrável quando ele constitui ou modifica as qualidades estéticas ou artísticas de um objeto, ou seu caráter ornamental (não-funcional), de maneira a produzir uma nova forma, quanto a características tridimensionais ou à combinação de linhas e cores com relação às características bidimensionais.

Segundo a Lei nº 9.279/96, o registro será rejeitado se o desenho:

a) for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração²⁶;

b) for a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais²⁷;

c) tiver caráter puramente artístico²⁸.

Em princípio, a Lei Brasileira de Propriedade Industrial admite a proteção de partes destacáveis ou partes componentes de objetos, por não tratar expressamente da não registrabilidade de partes de objetos. Portanto, uma parte pode ser objeto de proteção uma vez atendidos os requisitos legais.

Basicamente, a principal diferença entre partes destacáveis e partes componentes é que a maioria dos casos de partes componentes está relacionada a partes do corpo principal do objeto e que não podem ser substituídas ou trocadas por uma nova, embora possa ser produzida separadamente.

A parte destacável do objeto é registrável se for fabricada e comercializada separadamente ou, ainda, quando puder ser identificada separadamente do corpo do objeto principal. Vale enfatizar que a forma da parte deve ser completa e definida ou acabada. Entretanto, se o objeto for parte de um desenho e não puder ser separado do corpo desse objeto, ou se o componente fizer parte integral na fabricação do objeto principal, a parte componente não poderá ser protegida, de forma isolada, como um desenho. Exemplos de partes destacáveis que são protegidas pelo direito de registro de desenho indus-

26 Artigo 100, I.

27 Artigo 100, II.

28 Artigo 98.

trial incluem peças de reposição de veículos, tais como o pára-choque, pára-lamas, rodas, faróis, espelhos e retrovisores de automóveis, ou a cabeça de lâminas de um aparelho de barbear. Para ser considerada parte destacável e, portanto, passível de proteção pelo registro de desenho industrial, torna-se necessário avaliar se essa parte pode ser produzida ou comercializada separadamente, ou se pode ser aplicada ou instalada manualmente pelo usuário no objeto principal, sem que seja considerada uma parte integrante do processo industrial.²⁹

Similarmente, apesar de não ser parte destacável, a parte componente também seria passível de proteção, senão por ser visível durante o uso normal do produto, por possuir características visíveis no momento de sua montagem, o que, por si só, preencheria os requisitos da novidade e do caráter singular. Rastros de pneus, por exemplo, podem ser protegidos uma vez que representam uma característica ornamental e distintiva para pneus, cujas carcaças sempre têm a mesma forma. Outro exemplo de parte componente registrável como desenho são os solados de calçados e o teclado de telefones celulares. Não obstante, se uma parte componente for considerada parte do desenho do objeto principal e fizer parte do processo de fabricação do objeto principal, não poderá ser protegida, uma vez que é parte integrante do objeto e, portanto, não poderá ser separada sem, com isso, comprometer a integralidade do objeto.

Quanto à proteção para “partes de objetos” aceitas pela Legislação Brasileira, podemos, mais uma vez, mencionar os desenhos de rastros de pneus, uma vez que esses apresentam padrões de forma acabada perfeitamente definida e podem ser produzidos separadamente e destacados linearmente em segmentos para serem aplicados, por exemplo, em coberturas sobre as carcaças para fins de recapeamento em processo de recauchutagem. O mesmo ocorre com os solados de calçados. Um outro exemplo classificado como parte desta-

29 CUNHA, Frederico Carlos, *A proteção legal do design : propriedade industrial*, Rio de Janeiro, Lucerna, 2000, p. 129-130.

cável de objeto — e já mencionado anteriormente — seria a cabeça de lâminas para aparelho de barbear.

A corrente majoritária segue o entendimento de que o registro de um desenho pode ser concedido somente para os casos em que o objeto a ser produzido for manufaturado em uma seqüência de produção sem interrupções.³⁰ Assim sendo, se existisse um registro possível apenas para um corpo isolado de garrafa, sem o fundo e sem o gargalo e um terceiro desenvolvesse uma garrafa utilizando esse mesmo corpo, porém aplicando um tipo de gargalo e fundo novos, essa garrafa poderia constituir um novo objeto de registro em nome desse terceiro. No caso de se desejar a proteção exclusiva para uma determinada parte de objeto que não possa ser destacada do conjunto que compõe o todo, o pedido terá que se referir ao objeto completo.

A jurisprudência administrativa entende que esse tema é deveras complexo, devendo ser analisado caso a caso. Nesse sentido, é oportuno mencionar um exemplo em que o registro de desenho industrial foi concedido para “Cabeça de escovação de escova de dente”³¹. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI instaurou de ofício um processo de nulidade, alegando a não concordância em produzir apenas um fragmento ou porção de escova de dentes, a não ser que essa “cabeça” fosse produzida como um objeto à parte, com forma acabada e definida, pronta para atender à finalidade de ser aplicada por encaixe em um cabo que também estivesse preparado para recebê-la. Porém, no caso em pauta, a manufatura da “cabeça” de escovação em questão não sugere um processo industrial separado do resto da escova. Como conseqüência, o INPI tornou nulo o respectivo registro.

Portanto, partes de objetos que integrem o processo industrial de fabricação para obtenção do objeto não poderão ser protegidas de

30 CUNHA, Frederico Carlos, *A proteção legal do design : propriedade industrial*, Rio de Janeiro, Lucerna, 2000, p. 130.

31 CUNHA, Frederico Carlos, *A proteção legal do design : propriedade industrial*, Rio de Janeiro, Lucerna, 2000, p. 135-138.

forma isoladas. Quanto às partes destacáveis, elas só são registráveis se fabricadas e vendidas separadamente e quando puderem ser identificadas de forma independente do corpo do objeto principal. Para ambos os casos, a forma da parte deverá ser completamente definida ou acabada para que possa ser objeto de proteção. Em casos complexos, o INPI aplicará uma análise prática para determinar se a concessão do registro de desenho industrial se justifica nos parâmetros legais. Assim, no Brasil, a proteção da parte destacável e o componente de um objeto estão disponíveis para os casos em que a parte possuir características próprias ou puder ser identificada separada do objeto principal.

Como dito anteriormente, esse tipo de proteção tem uma importância fundamental para o mercado secundário automotivo, ou seja, para o mercado de autopeças, incluindo partes, componentes e acessórios de automóveis. Nessa esteira, vale a pena ressaltar a inter-relação entre os direitos da concorrência, do consumidor e de propriedade intelectual, como forma de proteção de partes de objetos, mais especificamente das peças e acessórios para automóveis. Em recente decisão proferida pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), decorrente de uma representação apresentada pelas empresas nacionais de autopeças contra as montadoras de automóveis, a SDE reconhece a importância dos direitos de propriedade industrial do mercado secundário, não vedando, assim, qualquer restrição de tais direitos e, ainda, fortalecendo os direitos dos registros de desenho industrial das respectivas peças e acessórios conferidos às montadoras automotivas nacionais³².

32 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças — ANFAPE. Representada: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A, Ford Motor Company Brasil Ltda.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

A NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO¹

THE NATIONALITY OF LEGAL ENTITIES AND THEIR INTERNATIONALIZATION

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Resumo: São abordados os novos desafios enfrentados pela questão da Nacionalidade da Pessoa Jurídica no plano internacional, focalizando-se a convergência de interesse das diferentes disciplinas, notadamente a internacionalista e a societária. São estudados os principais critérios de atribuição de nacionalidade pelo Estado, e examina-se o direito brasileiro nesse particular, distinguindo-se o critério geral, de atribuição de nacionalidade do critério consagrador da nacionalidade brasileira às sociedades comerciais. São também lançadas as bases para estudo da vertente jurídica da multinacionalidade das sociedades. É abordada a sua evolução doutrinária, procurando-se realçar alguns desdobramentos recentes deste importante tema da atualidade,

1 O tema foi também abordado no artigo *As Empresas Transnacionais e os Novos paradigmas do Comércio Internacional* (no prelo), a ser publicado na obra em homenagem ao prof. Celso Mello. A versão mais ampla contou com a colaboração de alunos da graduação da Faculdade de Direito da UERJ em grupo de pesquisa institucional coordenado pela signatária. Na elaboração da presente versão colaborou o graduando Matheus de Moura Sena, bem como o mestrando Jorge Antonio Pedroso Junior na revisão final.

Palavras-chave: Nacionalidade. Pessoa jurídica. Critérios de atribuição de nacionalidade. Conceito de empresa brasileira. Decretos-lei 2.627/40 e 4.657/42. Código Civil de 2002. Transnacionais. Globalização.

Abstract: The main challenges brought by the exam of the Nationality of Legal Entities in the international level are surveyed, with particular interest in the convergence of approaches of the different legal branches, specially commercial (company law) and international. The basis for the study of the legal aspects of the multinationality of the companies are set forth. The evolution of the doctrine on the matter is also focused, highlighting some recent developments of this important theme.

Keywords: Nationality of legal entities. Criteria de assignment of nationality. Concept of brazilian company. Decree-law 2.627/40 and 4.657/42. Civil Code of 2002. Transnationals. Globalization.

Introdução

A análise das sociedades comerciais, no plano internacional, ilustra bem a convergência entre o público e o privado, constituindo foco de estudos do Direito Internacional Econômico e também do Direito do Comércio Internacional. A nacionalidade das pessoas jurídicas é tópico de Direito Internacional Privado, no qual se assentam as premissas de reconhecimento da personalidade pelo Estado. Na lição de Jacob Dolinger, o reconhecimento básico, originário e universal da pessoa jurídica dependerá do Estado de sua nacionalidade, ao qual continuará ligada. Sua capacidade no plano universal está vinculada à nacionalidade, consistindo esta o pilar da *lex societatis*².

2 DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 483-484.

Os requisitos para o funcionamento nos distintos locais de atuação agregar-se-ão a tais premissas, sem com elas se confundirem³.

Francisco Rezek identifica a matéria como de Direito Público, ressaltando, entretanto, por tratar-se de um direito interno e substancial, ser também do trato do Direito Internacional Privado⁴.

1. A pessoa jurídica no plano internacional

Houve controvérsias na doutrina quanto à possibilidade de atribuição de nacionalidade à pessoa jurídica, eis que, as raízes sociais e históricas do instituto da nacionalidade tendem a apontar apenas o ser humano como seu titular⁵. Afinal, a definição clássica da Nacionalidade como o vínculo jurídico-político de direito interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado leva a essa abordagem⁶.

Segundo Pontes de Miranda, é por extensão que se pode falar em nacionalidade das pessoas jurídicas, admitindo valor jurídico ao vínculo, sem embargo de sua fragilidade e fluidez⁷, por isso que fun-

3 DOLINGER, Jacob, op.cit., p. 484.

4 REZEK, José Francisco, “A Nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 263, 1978, pp. 7-8.

5 MARSHALL, John: US Supreme Court, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518 (1819), p. 636: “A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence.”

6 REZEK, José Francisco, “A Nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda”, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 263, 1978, p. 7-8; DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 485.

7 GOLDSCHMIDT, Werner, *Journal de Droit International*, 1973, p. 83, nota 32: “a luta entre nacionalidade e o domicílio perde toda sua importância no que concerne às pessoas jurídicas, uma vez que elas têm a nacionalidade do país no qual são domiciliadas”. Apud DOLINGER, Jacob, “A Sociedade Anônima Brasileira — Critério determinador de sua nacionalidade”, *Revista de Direito Mercantil*, nº. 23, p. 66.

dado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa⁸.

Da máxima consagrada na Constituição norte-americana, segundo a qual “Os cidadãos de cada Estado terão direito nos demais Estados a todos os privilégios e imunidades que estes concederem aos seus próprios cidadãos.” William L. Murfree Jr., já no final do século XIX registrava a extensão da proteção concedida a pessoas físicas às pessoas jurídicas controladas por cidadãos de outros Estados, a não ser quando fosse de alto interesse público a imposição de limitações⁹.

A questão da Pessoa Jurídica no plano internacional passou a enfrentar novos desafios a partir do século XX, sobretudo em razão do crescimento do fenômeno da transnacionalidade. Segundo Fábio Konder Comparato faz-se necessária a reelaboração de toda essa parte da ciência jurídica, segundo um método integrativo de dois critérios distintos, oriundos do direito internacional privado e do direito econômico¹⁰. De acordo com o primeiro critério, seria estudada a submissão do regime de funcionamento interno da sociedade a uma legislação estatal determinada. De acordo com o segundo, o importante é o domicílio do controlador, para o reconhecimento de regimes diversos de atuação no mercado¹¹.

A pesquisa da evolução dos critérios acerca da ligação entre sociedade comercial e Estado, empreendida por João Grandino Rodas, lança as bases para, nas palavras do autor, uma perquirição mais sistemática sobre a *magna quaestio* da vertente jurídica da multina-

8 REZEK, José Francisco, “A Nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 263, 1978, pp. 7-8.

9 MURFREE JR., William L., “Law of Foreign Corporations”, Saint Louis: *Central Law Journal*, 1893, pp. 35-40.

10 COMPARATO, Fábio Konder, Prefácio à obra de João Grandino Rodas, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

11 COMPARATO, Fábio Konder, *idem*, p. 10.

cionalidade das sociedades, não abordada na primeira fase do estudo¹².

Na evolução do tratamento legislativo do tema foi identificada uma primeira mudança de paradigma com o advento da Primeira Guerra Mundial, entre os anos de 1914 e 1918. Antes da Primeira Guerra Mundial, o principal motivo de preocupação, tônica das reuniões internacionais, era o próprio reconhecimento das sociedades comerciais pelos países outros que não o da nacionalidade, ou de sua incorporação, nos casos dos países da *common law*¹³. Posteriormente a evolução foi no sentido da obtenção de um consenso quanto a tal possibilidade.

No plano convencional, destaca-se a análise feita por Jacob Dolinger dos Tratados de Montevideu, do Código Bustamante, do Tratado de Roma, em seus arts. 52 e 58, da Convenção de Bruxelas, da Convenção de Haia, e da Convenção de Estrasburgo, além das Convenções da OEA e do BIRD¹⁴.

Na doutrina internacional estudos pioneiros que transcendiram a área societária para verificar a aplicação dos princípios de direito internacional privado já identificavam os elementos que deveriam reger as sociedades estrangeiras, seus poderes e responsabilidades. Entre estes estariam incluídos: os documentos constitutivos e estatutos sociais, a lei geral do domicílio, as limitações à aplicação da lei estrangeira pela jurisdição local pela ordem pública do foro e pelas disposições legais específicas aplicáveis às empresas estrangeiras, tal como demonstra William L. Murfree Jr.¹⁵.

12 RODAS, João Grandino, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14.

13 RODAS, João Grandino, *idem*, p. 411.

14 DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 491-497. João Grandino Rodas comenta que houve um consenso em torno da desnecessidade da convenção, pois o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias tornou-as dispensável, ao considerar os artigos referidos do Tratado de Roma diretamente aplicáveis. RODAS, João Grandino, *op. cit.*, p. 411.

15 "It follows from the foregoing considerations, that the rules regulating foreign corporations,

Haroldo Valladão procurou organizar o tema na perspectiva das sociedades comerciais: (1) o estabelecimento da lei que vai regular a personalidade da sociedade; (2) o reconhecimento extraterritorial das sociedades; e (3) o de seu funcionamento extraterritorial da sociedade mercantil, o do exercício de seu objeto social em outro Estado¹⁶.

Com base no estudo comparativo empreendido, João Grandino Rodas resumiu em conclusões que, apesar de certa inquietação acadêmica gerada pela não entrada em vigor de algumas das convenções supracitadas, as dúvidas podem ser consideradas superadas no pós-guerra¹⁷. Os critérios doutrinários referidos como bases para atribuição da nacionalidade são: o da autonomia da vontade, o da teoria da autorização, o da constituição e incorporação, o da lei da constituição, o do lugar da constituição, o da nacionalidade dos sócios e acionistas, o da sede ou domicílio social e o do centro da exploração. Entretanto, segundo o mesmo autor, o exame comparativo da jurisprudência demonstra que nunca os critérios foram utilizados em estado puro, havendo, em geral, a adoção de um critério principal, suplementado por outro¹⁸.

and which their powers and liabilities must depend, are to be deduced: (1) from the corporate charter, which, as the law of the company's being, without which it cannot exist, must accompany it everywhere, and enters into and gives vitality to all its transactions: of this it cannot divest itself, and from its provisions no foreign power can relive it; (2) from the general law of the corporate domicile, the provisions of which have in some instances been held to follow the company into the foreign jurisdiction; (3) from the principle of comity and limitations within which it recognizes and enforces the foreign law in the local jurisdiction; (4) from the public policy of the local sovereign, and, finally, from the express statutory regulations which it has imposed upon foreign companies. Hence our investigation is not so much into a branch of the law of corporations as into doctrines of private international law which are applicable to the transactions of a corporation in a foreign jurisdiction"(MURFREE JR., William L. *Law of Foreign Corporations*, Saint Louis: Central Law Journal, 1893, pp. 5-6).

16 VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, pp. 14-17.

17 RODAS, João Grandino, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 418.

18 Idem, *ibidem*.

Segundo o critério da incorporação, a nacionalidade da pessoa jurídica é fixada pelo país em que a mesma se constitui, conforme consagrado no Direito inglês e norte-americano¹⁹. Esse critério, por ser formalista, permitiu a proliferação de sociedades constituídas nos denominados “paraísos fiscais”, as quais apenas tinham o registro e formalidades mínimas exigidas por aqueles países, mas, na verdade, mantinham suas reuniões em outras localidades, originando-se a expressão “*paper company*” para ilustrar o artificialismo das reuniões em atas de reuniões realizadas fora do domicílio da sociedade.

O critério da sede é consagrado na maioria dos países da Europa continental. Não seria apenas a sede estatutária, mas sim a sede social, onde se encontram e se reúnem seus órgãos de direção²⁰. Para Schapira é o único critério que reúne os três requisitos essenciais de realismo, sinceridade e previsibilidade, ou seja: um elo efetivo, avesso a manipulações e simples e estável²¹.

É o critério fundamental encontrado na França, cuja Lei de 24 de julho de 1966, no seu art. 3º, dispõe que a “sociedade cuja sede social esteja situada em território francês é submetida à lei francesa”²².

Pierre Mayer²³ salienta que, apesar de ser este o critério mais frequentemente empregado, muitas vezes o legislador e a jurisprudência franceses afastam-no para levar em conta outros elementos, como o centro das atividades, o lugar da constituição etc. Caberia ainda, segundo o autor, fazer distinção entre a sede estatutária e a sede real. A importância da noção de “sede real” seria a existência do vín-

19 DICEY and MORRIS, *The conflict of Laws, regra n.º 70* e RESTATEMENT Second, *Conflict of Laws*, apud DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 486.

20 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 489.

21 Jean Schapira, *Droit International des Affaires*, p.57, apud DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 489.

22 DOLINGER, Jacob, “A Sociedade Anônima Brasileira — Critério determinador de sua nacionalidade”, *Revista de Direito Mercantil*, n.º 23, p. 65.

23 MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, Paris: Montchrestien, 1977, p. 704-705.

culo efetivo entre a sociedade e o Estado que lhe confere a nacionalidade.

Encontramos uma síntese bastante didática em Jadaud e Plaisant, na exposição do sistema francês para as sociedades anônimas estrangeiras, a qual vale a pena transcrever:

Notion du siège social — principe: le siège social est le lieu où s'exerce la direction de la société, c'est à dire le lieu ou se trouvent les organes sociaux de direction et d'administration — sont prises des décisions par lesquelles l'objet de la société se réalise.

Caractères du siège social — le siège social doit être réel, c'est-à-dire, non fictif: c'est le lieu que les circonstances de fait permettent de déterminer comme constituant le centre effectif des intérêts de la société — le siège social doit être sérieux, c'est à dire non frauduleux: la fixation du siège doit répondre faire la preuve d'une attache sérieuse avec l'État de localization, s'il s'agit même de bénéficier d'une loi favorable, mais non de frauder la loi normalment applicable²⁴.

Há uma clara análise da precariedade dessa distinção em Fábio Konder Comparato, o que nos aproxima da visão integrada e sintética transcrita acima. Por outro lado, podemos também demonstrar que um preciosismo conceitual vai gerando uma infinidade de variantes, que trazem mais dúvidas sobre o critério da sede, ao invés de clarificá-lo. Citemos, a título exemplificativo, quatro desdobramentos para a noção de sede: a) sede da assembléia da sociedade; b) a sede do conselho de administração; c) aquela que o tribunal decida a/b; d) aquela que a lei decida a/b²⁵.

O critério do controle surge como exceção à regra de atribuição da nacionalidade às pessoas jurídicas por vinculações políticas

24 JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Paris: Dalloz, 1976, pp. 23-30.

25 MÉLEGA, Luiz, "Nacionalidade das Sociedades por Ações", *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro*, nº 33, 1979, p. 128.

próprias, independentes das de seus membros, associados, acionistas ou dirigentes. O critério do controle teria surgido em razão da necessidade de se verificar a real participação e vínculos das pessoas envolvidas na pessoa jurídica, sempre que interesses nacionais ou de terceiros estivessem em jogo. Seriam exemplos de motivos para sua adoção os de Segurança Nacional: bens de inimigos; controle das atividades consideradas essenciais; proteção diplomática; fraude à lei; e aplicação da teoria da empresa²⁶.

Paulatinamente, os autores foram levados, nos períodos de conflito, a “perfurar o escudo protetor de personalidade jurídica das sociedades e desnudar o ‘substratum’ econômico real das empresas”²⁷. Averiguava-se a nacionalidade dos sócios (capitais) e dos dirigentes da sociedade para chegar a determinar a nacionalidade “real” da mesma. Com isso possibilitava-se o seqüestro de bens, o controle de determinadas atividades e a proteção da segurança nacional, entre outros objetivos.

O critério do controle deve ser encarado, segundo consagrados autores da doutrina francesa, com dissociação entre o estatuto jurídico, que possibilita a resolução de conflitos de leis, e a subordinação política ou fruição de direitos sob a mesma lei²⁸. Em muitos casos, na verdade, apresenta-se como um fator corretivo de um sistema principal: é o caso do sistema francês²⁹.

Como critério único para determinação da nacionalidade das sociedades e para verificação da lei aplicável às sociedades, o critério do controle apresenta certas dificuldades. Nota-se que a lei da socie-

26 MAGALHÃES, José Carlos, “Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a Empresa Multinacional”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 253, 1976, pp. 183-190.

27 TEIXEIRA, Egberto Lacerda, “A nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro” *Revista dos Tribunais*, nº 420, 1970, p. 20.

28 TEIXEIRA, Egberto Lacerda, *op. cit.*, p. 23.

29 JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Paris: Dalloz, 1976, p. 30.

dade deve ter um mínimo de permanência não proporcionada pela aplicação do controle, pois a nacionalidade da sociedade mudaria cada vez que as transferências de títulos determinassem uma modificação na nacionalidade da maioria³⁰.

Oportuno citar estudo de Dênis Barbosa, que parte da exposição do critério do controle em alguns autores clássicos do Direito Internacional Privado brasileiro e da doutrina internacionalista para realçar a atualidade de tal parâmetro. Assim, entre autores estrangeiros cite-se Parry:

“The conclusion to be drawn might thus appears to be that in the sphere of the right of protection the test of nationality is control. Or, if it be not control, is substantial interest”³¹.

A definição de Brownlie parece corroborar a noção de nacionalidade funcional:

*“First, the nationality must be derived either from the fact of incorporation, i.e., creation as a legal person, within the given system of domestic law, or from various links including the centre of administration (siège social) and the national basis of ownership and control. Secondly, the content of the nationality tends to depend on the context of the particular rule of law involved: nationality appears more a functional attribution or tracing and less as a formal and general status of the kind relating to individuals”³².*Oxford: Clarendon Press

30 LOUSSOUARN, Yvon e LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit International Privé*, Paris: Dalloz, 1970, p. 302.

31 *Nationality and Citizenship Laws*, p. 141, *apud* Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press BARBOSA, Denis Borges *A Noção Jurídica de Empresa Brasileira após as Emendas Constitucionais de 1995*. Site <http://denisbarbosa.addr.com/20.doc> acesso em 06.08.2007. Segundo Denis Barbosa tal entendimento, é ilustrado no caso *Nottebohm*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1955.

32 BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 422.

2. A nacionalidade da pessoa jurídica no direito brasileiro

O reconhecimento das pessoas jurídicas estrangeiras é disciplinado no artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagra o critério da constituição³³. Outra é a questão da autorização para funcionamento de sociedade estrangeira no Brasil, prevista no par. 1º do mesmo artigo, segundo o qual há que haver autorização do Governo brasileiro, com aprovação de seus atos constitutivos³⁴. O mesmo critério foi mantido pelo novo Código Civil³⁵.

A dicotomia existente quanto à nacionalidade da sociedade é também realçada por Jacob Dolinger, para quem o primeiro aspecto visa o conflito de leis (lei aplicável ao funcionamento da sociedade) e o outro a condição jurídica dos estrangeiros (qual a qualificação da sociedade, no que tange às atividades vedadas aos estrangeiros)³⁶. Quanto a tal aspecto, embora seja completo o inventário elaborado pelo professor, deixamos de abordá-lo no contexto deste estudo³⁷.

A partir da aludida dicotomia, quanto à nacionalidade da sociedade, interessa-nos recordar que requisitos e condições são impostos pelo direito brasileiro para atribuição à mesma da nacionalidade brasileira.

O professor Jacob Dolinger, citando a tradição de Serpa Lopes, Miranda Valverde e Cunha Peixoto, distingue a questão de natu-

33 Decreto-lei nº 4.657/42, art. 11: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.”

34 Decreto-lei nº 4.657/42, Art. 11, § 1º : “Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo Brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.”

35 A propósito ver comentário sobre o art. 1137 em PEDROSO JUNIOR, Jorge Antonio e BALELONI, Rafael Baptista”, O direito Empresarial Internacional com ênfase no Direito do Petróleo” in FERREIRA JUNIOR, Lier, e CHAPARO, Verônica, *Curso de Direito Internacional Privado*, p. 471.

36 DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 490-491.

37 DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 503-507 e 509-512.

reza internacional, do âmbito da Lei de Introdução ao Código Civil, da disciplina de sociedades anônimas, que cuida exclusivamente do critério para a conceituação da empresa brasileira, que exige a constituição e a sede social no Brasil³⁸.

O tema sempre despertou nosso interesse, sobretudo no acompanhamento da disciplina da matéria em nosso direito societário e nas inovações introduzidas pelo artigo 171 da Constituição Federal de 1988, que criava a empresa brasileira de capital nacional, posteriormente suprimida pela Emenda Constitucional nº 6³⁹.

Denis Borges Barbosa também comenta a supressão, pela Emenda Constitucional nº 6, das duas normas introduzidas na Carta de 1988:

“a) a que definia em sede constitucional, a nacionalidade das pessoas jurídicas de fins empresariais.

b) a que estabelecia uma exceção ao princípio da isonomia, fazendo desiguais as empresas brasileiras de capital nacional e de capital estrangeiros, em determinados contextos e para determinados fins, previstos no texto constitucional”⁴⁰.

Além do comentário jurídico-formal, quanto à *retrogradação do conceito jurídico de nacionalidade das pessoas jurídicas de fins econômicos, de sede constitucional para o nível de lei ordinária*, a redação original o artigo do artigo 171 da C.F. de 1988 reabre a discussão sobre o papel e importância do controle como critério válido para atribuição da assim denominada *nacionalidade funcional*.

38 DOLINGER, Jacob, “A Sociedade Anônima Brasileira — Critério determinador de sua nacionalidade”, *Revista de Direito Mercantil*, nº. 23, p. 66.

39 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, “O Conceito de empresa brasileira na Lei das S.A. e em outros Diplomas Legais.”, *Seminário Jurídico da Petrobras*, Petrópolis, 1981.

40 BARBOSA, Denis Borba *A Noção Jurídica de Empresa Brasileira após as Emendas Constitucionais de 1995*. Site <http://denisbarbosa.addr.com/20.doc> acesso em 06.08.2007.

Dentre os critérios doutrinários de atribuição da nacionalidade, adotamos uma dupla exigência: o do local da constituição, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11, conjugado ao da sede, nos termos dos arts. pertinentes do D.L. 2.627, mantidos pelo art. 300 da lei das Sociedades Anônimas. Também o Código Civil, em seu artigo 1.126, manteve a mesma orientação. Muito atual o alerta de Fábio Konder Comparato, no sentido da necessidade de reelaboração de toda essa parte da ciência jurídica, segundo um método integrativo de dois critérios distintos, pois, além da referida necessidade de convergência entre o direito internacional privado e o direito econômico⁴¹, o direito societário brasileiro não enfrentou a questão nas reformas societárias mais recentes, prevalecendo o mesmo sistema consagrado pelo legislador societário de 1940.

A postura crítica de Dênis Barbosa com relação à supressão do critério do controle operada pela Emenda Constitucional nº 6 vem corroborada em estudo comparativo sobre o regime de investimento estrangeiro, segundo o qual *virtualmente todas as leis nacionais que regulam o capital estrangeiro* definem o investimento estrangeiro com base no controle de voto, controle da administração, ou controle por qualquer outro meio, direto ou indireto⁴². Essa preocupação já era dramática em Haroldo Valladão, para quem a criação de empresas brasileiras por empresas estrangeiras constituía verdadeira fraude à lei brasileira, atentatória à nossa ordem Pública, tornando letra morta a necessidade de autorização antes aludida. Seu texto fazia eco à literatura e discussões em âmbito convencional da década de 1970 sobre os perigos da atuação transnacional das empresas⁴³.

41 COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 10.

42 No mesmo sentido cita obra que contém avaliação da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction por GEIST, Michael, "Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment", *Law & Pol'y Int'l Bus*, 1995, p. 653. CARREAU, FLORY E JULIARD, *op.cit.*, p. 583, "elle amène à se demander si (...) la Cour internationale de justice, volontairement ou involontairement, n'aboutit pas à mettre en évidence le caractère irremplaçable, que joue le critère du controle".

43 VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978,

3. Conceituação — multinacional e transnacional

Quando as sociedades comerciais extrapolam o âmbito de uma jurisdição e passam a atuar em escala global, mesclando-se critérios e pontos de conexão com diversos ordenamentos jurídicos, passamos a verificar o processo de internacionalização de empresas.

Celso Mello soube identificar a relevância das empresas transnacionais na vida internacional, considerando-as como sujeitos de direito internacional, com normas de DIP a elas dirigidas⁴⁴. Apontando a resistência ainda existente ao reconhecimento da personalidade internacional dessas empresas, propõe uma abordagem, em suas palavras, conveniente do ponto de vista político: as empresas transnacionais são sujeitos de direito, que possuem direitos e deveres na ordem jurídica internacional. Essa condição não se confunde, entretanto, com o que seria a capacidade plena de agir, que permite a prática de atos válidos no plano jurídico internacional, atos internacionais, capacidade esta que seria restrita aos Estados, sujeitos fundadores e originários da ordem internacional. Se tais empresas quiserem agir no plano internacional, terão de ser representadas por meio de seus Estados nacionais⁴⁵.

O alerta de Celso Mello quanto à capacidade destas empresas formularem uma política externa própria, por se tornarem centros de poder, era compatível com sua posição extremamente crítica à atuação das transnacionais na América Latina. Seu compromisso com a promoção do desenvolvimento e da diminuição das desigualdades sociais esteve no pano de fundo de suas reflexões⁴⁶, enquanto seu

p. 20-23.

44 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 103.

45 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 104.

46 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 109.

engajamento com a visão acadêmica motivou-o a buscar rica bibliografia sobre o tema. De sua análise podemos colher subsídios importantes sobre temas correlatos, como a internacionalização das empresas estatais e os contratos com o Estado⁴⁷.

Outro argumento desenvolvido por Celso Mello foi o da necessidade de regulamentação da atuação das transnacionais, segundo ele basicamente pelo seu enorme poder de dominação perante a economia do Estado receptor⁴⁸. Ilustrando o poderio das transnacionais, Celso Mello apontava sua inserção entre as 100 maiores economias do mundo: desse total, 47 já eram empresas transnacionais⁴⁹.

Segundo os dados apresentados no *World Investment Report 2007*, elaborado pela *United Nations Conference on Trade and Development — UNCTAD*, em 2006 existiam cerca de 78.000 corporações transnacionais, com ao menos 780.000 pessoas jurídicas afiliadas atuando em praticamente todos os países do globo. Desse montante 58.000 corporações tinham a matriz situada num país desenvolvido, enquanto cerca de 20.000 eram originadas de países em desenvolvimento ou das chamadas economias de transição⁵⁰. Verifica-se que novas fontes de investimentos estrangeiros diretos, ou seja, de corporações transnacionais, estão surgindo a partir do Brasil, da Rússia, da

47 A atualidade do pensamento de Celso Mello, em que pese posições distintas que possamos assumir em relação a alguns dos tópicos a serem abordados nestas notas, vem do respeito à diversidade, da postura crítica e desmistificadora quanto às verdades legitimadas por um discurso ideológico.

48 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 114.

49 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 66. Encontramos dados divergentes pelos que realçam que o número de empresas com sede nos países mais ricos do mundo mais do que triplicou, em 25 anos, passando de 7.000, em 1969 a 37.000 até meados da década de noventa do século XX (COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio à obra de João Grandino Rodas, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995).

50 UNCTAD, *World Investment Report 2007- Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2007, p. 12.

Índia e da China, países já denominados conjuntamente como “BRICs”, os quais vêm se tornando cada vez mais importantes na economia mundial e têm capacidade de se transformarem em fonte de poder econômico nos próximos anos⁵¹.

Provavelmente, esse dado novo trará repercussões na esfera jurídica e na das relações internacionais. Corroborando a importância desse fato, vale lembrar que na década de 1950 o investimento direto proveniente dos países desenvolvidos era a principal fonte de negócios internacionais, o que permitia às empresas transnacionais acesso a mercados e matéria prima através de subsidiárias e filiais, e criava para os países receptores de capital não somente o acesso ao capital financeiro, mas também a técnicas, administração e *know-how*⁵². O período crítico da década de sessenta deu ensejo, por um lado, a radicalizações, que mantinham uma tendência de afirmação dos interesses dos países hospedeiros, por meio de nacionalizações de propriedades estrangeiras. Em compensação, já nessa época delineavam-se novas formas de cooperação com o capital internacional, como as *joint ventures* entre empresas internacionais e empresas locais.

Os estudos sobre as transnacionais inscrevem-se no contexto mais amplo da análise dos padrões de evolução do direito internacional aplicável aos investimentos internacionais. O tema avulta em sua importância, tanto para compreensão das questões surgidas no âmbito da nova ordem mundial esculpida na década de setenta, quanto nas revisões e redirecionamentos ocorridos nas décadas seguintes. A notável expansão do direito internacional no que afeta às relações entre países hospedeiros e investidores internacionais gerou um cor-

51 MUCHLINSKI, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Londres: Oxford, 2007, p. 23.

52 SIERRALTA, Aníbal, *Aspectos Jurídico-Economicos de las Inversiones Extranjeras*, in RAMACCIOTTI, Beatris et al, *Derecho Internacional Economico*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 109.

po denso do que pode ser considerado um novo direito internacional costumeiro, o qual emerge de um rico conjunto de fontes, tratados, estatutos, doutrina e decisões arbitrais. Tal direito, como bem comenta Andreas F. Lowenfeld, não é monolítico, e nem poderia sê-lo⁵³.

Nas décadas de setenta e oitenta, no plano do direito interno dos países receptores houve um refinamento maior nas legislações quanto aos investimentos estrangeiros⁵⁴. No plano internacional esse período foi marcado, inicialmente, pelas discussões que envolviam a criação da Nova Ordem Econômica Internacional. Gradativamente os investimentos foram assumindo novas formas e os países hospedeiros reavivaram sua demanda pelos investimentos internacionais, buscando também novas modalidades de atração e fidelização do capital estrangeiro.

Novos estudos focalizam o impacto das transformações da regulação internacional dos investimentos e a ruptura de paradigmas ocorrida ao longo da década de noventa e sua repercussão para as transnacionais do novo milênio. O Direito Internacional precisa estar atento a tais evoluções recentes. Por exemplo, já no século XXI, tem feito enorme sucesso à obra de um jornalista que analisa a expressão “o Mundo é Plano”, identificando novas forças no mercado globalizado e na inserção de novos países hospedeiros em nova correlação de forças com os investidores. Esse fenômeno já apresenta novos desafios para as empresas transnacionais e para a regulação nascida na década de setenta⁵⁵.

Objetivando o mapeamento dessa evolução recente, aponta-

53 LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, New York, Oxford, 2002, p. 493.

54 SIERRALTA, Aníbal, *Aspectos Jurídico-Economicos de las Inversiones Extranjeras*, in RAMACCIOTTI, Beatris et al *Derecho Internacional Economico*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidade Catolica del Peru, 1993, p. 110.

55 FRIEDMAN, Thomas, *The world is Flat — A Brief History of the Twenty First Century*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005.

mos os desdobramentos do estudo das transnacionais no escopo mais amplo das disciplinas adiante indicadas.

No que se refere à definição das empresas transnacionais, Celso Mello indica que: a) seriam aquelas capazes de influenciar a economia de diversos países ao exercerem neles suas atividades; b) seriam as sociedades comerciais em que o poder de decisão está disperso nas suas subsidiárias; c) seriam aquelas que atuam no estrangeiro por meio de subsidiárias ou filiais. Para ser caracterizada como tal, a transnacional deve: a) ser uma grande empresa com enorme potencial financeiro; b) ter um patrimônio científico-tecnológico; c) dispor de administração internacionalizada; d) possuir unidade econômica e diversidade jurídica, através de subsidiárias ou filiais que têm diferentes nacionalidades⁵⁶.

Luiz Olavo Baptista vê, como principal característica das empresas transnacionais, *a capacidade de orientar, centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo*⁵⁷, através de um planejamento global, inclusive no que diz respeito aos programas de pesquisa e desenvolvimento e às metas financeiras, na busca pela mitigação dos custos, aumento da sua influência e expansão dos seus mercados consumidores⁵⁸. Nesse contexto, a referida empresa atua como se existisse um mercado mundial, no qual ela possa operar em várias localidades⁵⁹, de modo que os mercados nacionais são menos importantes do que o mundial, no que diz respeito à tomada de decisão das empresas⁶⁰, sendo certo que as mesmas relativizam a preocupação com os interesses locais. O controle das filiais ou subsidiárias,

56 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 104.

57 BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 25.

58 BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa op. cit.*, p. 25.

59 BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 28.

60 BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 29.

em todos os aspectos, é um pressuposto da coordenação dos seus objetivos globais⁶¹.

Do ponto de vista jurídico, é certo que cada transnacional está sujeita a diversas jurisdições nacionais, com a concessão de direitos, expectativa de lealdade e deveres de proteção diplomática diversos⁶². Isso faz com que, de acordo com o autor, essas empresas possuam um “caráter anômalo”⁶³, seja quanto à legitimidade do poder econômico e da exploração de determinado setor da economia de um determinado Estado, seja quanto à responsabilidade pelos seus atos.

De estudos econômicos empreendidos na década de setenta no Brasil colhemos algumas distinções inaugurais que vale relembrar. Para Dunning, a empresa multinacional seria uma firma matriz, que controla um grande grupo de outras empresas de diferentes nacionalidades, com acesso a uma fonte comum de recursos humanos, técnicos e financeiros, agindo segundo uma estratégia coordenada⁶⁴.

Behrman descreve a multinacional como uma só empresa estritamente controlada, com filiais situadas em mercados separados por fronteiras nacionais e sob jurisdição de diversos governos. A característica principal é a unidade, na diversidade⁶⁵. Pelo conceito de Behrman, *a multinacional inclui aquelas que operam em pelo menos seis países, enquanto suas subsidiárias contribuem com pelo menos 20% de seus ativos totais, vendas ou pessoal empregado. Nenhuma*

61 BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 26.

62 BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 30.

63 BAPTISTA, Luiz Olavo, *idem*.

64 DUNNING, J.H, *The Multinational Enterprise*, apud DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social/ Instituto de Pesquisas, 1975, p. 8.

65 BEHRMAN, J.N, *Some Patterns in the Rise on the Multinational Enterprise*, apud DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social/ Instituto de Pesquisas, 1975, p. 8.

*empresa com vendas anuais inferiores a US\$ 100 milhões é seriamente considerada como multinacional, especialmente em termos de influência política, além de crescimento e lucros acima da média*⁶⁶.

Uma terceira corrente faz uma distinção entre empresas internacionais, multinacionais e transnacionais⁶⁷. A internacional seria basicamente uma entidade nacional que possui algumas atividades em outros países, sem que as mesmas tenham alguma influência significativa na vida da empresa. A multinacional seria aquela que dispersa vários interesses, por várias nacionalidades, na produção, na comercialização e até na estrutura de propriedade, embora se possa reconhecer um centro de decisões em determinado país de origem. Genericamente, o termo multinacional se aplica a empresas cujas operações internacionais são relativamente extensas e abrangem a movimentação internacional de bens e recursos financeiros, tecnologia e *management*⁶⁸.

Nos estudos da década de setenta, as transnacionais ainda eram consideradas mais raras, embora em franca evolução, corporificando o último estágio de “anacionalidade”⁶⁹.

Em nossa abordagem optamos pela expressão transnacional

66 BEHRMAN, J.N, *Decision Criteria for Foreign Direct Investment in Latin America*, apud DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social, Instituto de Pesquisas, 1975, p. 9.

67 ROBINSON, R.D, *The Developing Countries, Development and the Multinational Corporation*, apud DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social/ Instituto de Pesquisas, 1975, pp. 8-9.

68 SCHNEIDER, Tomaz e DOELLINGER, Carlos von, *Algumas Considerações sobre o Comportamento das Empresas Multinacionais*, apud DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*. Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social/ Instituto de Pesquisas, 1975, p. 9.

69 DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *idem*.

(TNC), adotada por Celso Mello⁷⁰ e segundo ele mais apropriada, pois haveria uma nacionalidade da matriz, que atua além das fronteiras estatais. Embora esta tenha sido a terminologia consagrada pela ONU, e pela OCDE, muitos autores ainda preferem a expressão multinacional⁷¹.

Historicamente, podemos identificar o reconhecimento da personalidade jurídica às sociedades comerciais já nos séculos XVII e XVIII, com as Companhias das Índias. O poder dessas empresas era notável, pois podiam concluir tratados, manter exércitos e conquistar territórios⁷². No entanto, a concepção atual parece ter origem nos EUA. Noticia-se a adoção da expressão Multinacional na década de sessenta⁷³, posteriormente substituída pela expressão Transnacional, expressão consagrada pela ONU.

O impulso à divergência de interesses entre países hospedeiros e empresas transnacionais remonta aos debates travados na ONU em torno dos temas ligados aos regimes de propriedade mineral, que estão baseados na teoria da soberania do Estado. Durante os anos 60 e 70, os países em desenvolvimento levaram à Assembléia Geral da ONU a discussão relativa à soberania dos Estados sobre seus recursos naturais^{74/75}. A Resolução 1.803, de 1962, corporifica a reação aos

70 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 105.

71 Betyna Ribeiro faz levantamento minucioso da evolução da nomenclatura. Ver ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, Dissertação de mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre, Faculdade de Direito da UERJ, 2003, orientadora Prof^a. Ana Cristina Pereira, p. 23 a 29.

72 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 103.

73 David Lilienthal, Business Week, *apud* MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, p. 105.

74 O processo de formação da doutrina da soberania permanente e sua consolidação como norma jurídica internacional teve como elemento propulsor a nacionalização do petróleo empreendida por alguns países na década de 1950, notadamente o Irã, em 1951. O resultado obtido representa uma resolução declaratória de um acordo entre Estados sobre o princípio da soberania permanente. A consagração desse princípio foi antecedida de muitas discussões, partindo a resistência de uma minoria de Estados, exatamente os mais poderosos. Os registros

contratos de exploração clássicos, que já vinham sendo alterados pelos diferentes Estados hospedeiros, refletindo, entretanto, um momento crucial de consenso, representado por 87 votos favoráveis, dois contra e duas abstenções⁷⁶. A Resolução declara que a violação dos direitos dos povos e nações à soberania sobre seus recursos naturais é contrária ao espírito e princípios da Carta das Nações Unidas de 1945 e impede o desenvolvimento da cooperação internacional e a manutenção da paz⁷⁷.

Celso Mello avalia que “o que mais nos interessa no princípio da soberania é especificamente a soberania permanente sobre os recursos naturais, por ser ela que lida diretamente com o DI do Desenvolvimento”⁷⁸. Assim, o direito de autodeterminação dos povos e o direito à soberania permanente sobre os recursos naturais tornaram-se um dos pilares do novo Direito Internacional, espelhando, em alguns momentos críticos, os conflitos de interesses entre os países exportadores e importadores de capital.

Com efeito, a política da ONU sobre as transnacionais se origina no processo de descolonização ocorrido após a Segunda Guerra Mundial. As antigas colônias consideravam a influência econômica das metrópoles como manifestação de seu imperialismo, exercido agora através de empresas, e formaram o Grupo dos 77, que tinha maioria votante na ONU⁷⁹.

da evolução das posições dos diferentes Estados nesses fóruns internacionais é importante para entendermos o que representou a Nova Ordem Econômica Internacional e o papel do petróleo nesse contexto. RIBEIRO, Marilda, *Direito do Petróleo, As Joint ventures na Indústria do Petróleo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

75 TAVERNE, Bernard, *Policies in Petroleum, Industry and Government: an Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Policies*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 98.

76 SMITH, Ernest. E. et al, *Materials on International Petroleum Transactions*, op. cit., p. 3-66.

77 Idem, *ibidem*.

78 MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

79 ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, p. 42.

O conceito da Nova Ordem Econômica Internacional e seus fundamentos Jurídicos foi objeto da obra de Bermejo, internacionalista espanhol profundamente apreciado por Celso Mello. Dali é depreendida uma definição básica: *o conjunto de princípios, de regras e de práticas privadas ou públicas que regem e organizam as relações econômicas entre os atores que hoje determinam a sociedade internacional: Estado, organizações internacionais e grupos transnacionais*⁸⁰.

4. O controle pelo estado da atividade internacional das empresas privadas

Já se denominou “síndrome de amor e ódio” o impacto causado pelas transnacionais nos países hospedeiros. O aspecto de repulsa advém de históricas incursões sobre a soberania nacional e a excessiva dependência tecnológica⁸¹; por outro lado, a atração é gerada pelo interesse nos seus recursos econômicos, materiais e, especialmente, tecnológicos⁸².

A condenação foi veiculada no plano moral até mesmo pelo Papa Paulo VI, que alertava sobre o perigo da concentração e flexibilidade dos seus meios, à utilização de estratégias autônomas, em grande parte independentes dos poderes públicos nacionais e, portanto, sem controle do ponto de vista do bem comum⁸³.

No dizer de José Carlos de Magalhães não é fácil para nenhum

80 BERMEJO, Romualdo, *Vers um Nouvel Ordre Économique International*, apud MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p.1687.

81 BEHRMAN, J. N., *National Interest and the Multinational Enterprise — Tension among the North Atlantic Countries — Prentice — Hall*, apud BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 27.

82 BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 28.

83 Papa Paulo VI. *Carta Encíclica sobre as novas questões sociais*. 14 de maio de 1971, apud BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 26-27.

Estado, isoladamente, legislar para uma entidade fragmentada em tantos quantos são os Estados em que operam, como é o caso da empresa multinacional, ou transnacional⁸⁴.

Luiz Olavo Baptista, por sua vez, em diagnóstico do final da década de oitenta ressalta que a ausência de um ordenamento jurídico internacional apropriado leva a tensões que tornam cada vez mais difícil o relacionamento entre as empresas multinacionais e os governos dos Estados hospedeiros, bem como entre os Estados entre si⁸⁵. Tal situação decorre do fato de que cada país possui a sua política econômica ou social diferenciada, com metas e objetivos que nem sempre coincidem com os das empresas, as quais não buscam o desenvolvimento do país, mas a consecução dos seus próprios interesses⁸⁶.

A abordagem clássica da competência dos Estados quanto à concessão de nacionalidade às pessoas jurídicas, com a adoção primordial do critério do local da constituição da sociedade ou da sede era, principalmente em épocas de guerra, substituída pela consideração da nacionalidade segundo a nacionalidade do grupo majoritário que exerce o controle acionário da empresa. Nesse prisma, a nacionalidade dos acionistas ou do grupo dominante é que determina a nacionalidade e a lei aplicável à empresa multinacional⁸⁷.

Conforme salienta José Carlos de Magalhães:

“A multinacional, ou transnacional, não existe como entidade jurídica reconhecida por instrumentos jurídicos próprios. Constitui complexo de sociedades de diversas nacionalidades sujeitas a diferentes leis, mas interligadas entre si constituindo uma unidade econômica defi-

84 MAGALHÃES, José Carlos, “O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas”, *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger*, p. 190.

85 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 35.

86 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 36.

87 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., p. 191.

*nida e clara, perfeitamente identificável. É essa realidade que passa a ter efeitos extraterritoriais ao serem aplicadas às diversas unidades jurídicas que compõem o complexo empresarial*⁸⁸.

Deilton Ribeiro analisa o impacto das multinacionais na ordem econômica interna, no contexto da nova ordem internacional. Ele vislumbra a fusão de empresas nacionais, como método de defesa em relação às empresas transnacionais⁸⁹. Tais empresas buscam mercados estrangeiros com vistas à utilização de mão de obra mais barata; ao controle dos referidos mercados a fim de facilitar as exportações e manipular as fontes de fornecimento das matérias-primas; objetivam também evitar a concorrência das empresas locais; e aumentar os seus lucros através do superfaturamento das importações provenientes da matriz e do subfaturamento do que é vendido à matriz⁹⁰.

A análise das vantagens e desvantagens da instalação de multinacionais nos países hospedeiros empreendida pelos diferentes autores converge em alguns paralelismos. Dentre as vantagens é reconhecida a ajuda das mesmas para o desenvolvimento da economia do país, na medida em que exploram os seus recursos naturais e mão de obra, aumentam o nível de empregos, aumentam os percentuais de produtos exportados e introduzem no país algumas tecnologias inéditas ou com as quais o país não tinha condições de arcar⁹¹. Trata-se da operação de deslocalização de atividades econômicas dos países de origem que, além dos benefícios apontados, gera também tributos e divisas, com repercussão em toda a cadeia produtiva dos países receptores⁹².

88 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., p. 193.

89 MATTOS, Adherbal Meira, *Direito Internacional Público*, apud BRASIL, Deilton Ribeiro, "Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e sua Integração no Direito Internacional", *Revista dos Tribunais*, nº 792, 2001, p. 48.

90 BRASIL, Deilton Ribeiro, op. cit., p. 50.

91 BRASIL, Deilton Ribeiro, op. cit., p. 49.

92 CRETELLA NETO, José, *Empresa Transnacional e Direito Internacional*, Rio de Janeiro:

As desvantagens, por outro lado, dizem respeito à concentração de poder nas mãos das empresas e, conseqüentemente, dos países de origem, à dependência em relação à tecnologia monopolizada pela empresa, ao enorme domínio industrial que as mesmas exercem sobre os países subdesenvolvidos⁹³. São elencados, no balanço econômico negativo, a exploração das riquezas aturais, a poluição do meio-ambiente, a exigência de participação de capitais do país hospedeiro em detrimento de projetos nacionais. No aspecto político, a situação de poder tornaria, na percepção segmentos da opinião pública local, as transnacionais em potenciais violadoras da lei local⁹⁴.

Para ilustrar como essas empresas passaram a ser destinatárias de algumas normas de Direito Internacional, Deilton Ribeiro cita, no caso na União Européia, o direito de apelação contra os pareceres do Conselho de Ministros e da Comissão⁹⁵.

Os governos dos países hospedeiros também se preocupam com a influência e a intervenção que essas empresas exercem sobre a sua economia. Nesse sentido, exemplifica que as companhias internacionais norte-americanas instaladas na Inglaterra não tomam as suas decisões com base nos interesses da Grã-Bretanha, mas nos interesses de Washington, Detroit, Chicago, Los Angeles, etc.⁹⁶, o que coloca em dúvida a condição dos Estados hospedeiros como Nações-Estados independentes⁹⁷, na medida em que ameaça a sua soberania e capacidade de conduzir a economia nacional⁹⁸.

Forense, 2006, p. 94.

93 BRASIL, Deilton Ribeiro, "Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e sua Integração no Direito Internacional", *Revista dos Tribunais*, nº 792, 2001, p. 49.

94 CRETELLA NETO, José, op. cit., p. 94.

95 Art. 173 do Tratado de Roma de 1957.

96 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 37.

97 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 38.

98 Há autores que utilizam a expressão "guerra econômica" para se referirem a este fenômeno, definindo-se tal expressão como "o processo pelo qual Estados ou grupos de Estados desen-

Outro fator que causa preocupação é que as empresas transnacionais, através de suas filiais, irradiam os impactos da política econômica de um determinado país para outros, de uma maneira mais rápida do que ocorria anteriormente à sua proliferação⁹⁹.

Já as tensões entre governos derivam das interferências do país sede que acabam sendo geradas no país hospedeiro¹⁰⁰, que vão desde “constrangimentos sobre os movimentos de capital” até a “extensão extraterritorial das leis e regulamentos que afetam a liberdade das subsidiárias de seguir as políticas dos governos hospedeiros”¹⁰¹. Luiz Olavo Baptista pondera que, quando o governo do país sede não deseja ou não consegue exercer poder sobre o país hospedeiro, a empresa transnacional busca uma posição mais forte perante o país hospedeiro, “jogando os objetivos e vontade de um governo contra os de outros, e navegando entre esses objetivos conflitantes, para atingindo os seus próprios objetivos empresariais”¹⁰².

Em geral, o que se verifica é que, por um lado, os países hospedeiros tentam manter certo nível de controle sobre as empresas transnacionais que estão ao seu alcance e sob o seu poder, por outro, os países onde se localiza a matriz das referidas empresas tentam estender o seu poder além das fronteiras nacionais, através do controle que a matriz exerce sobre as suas subsidiárias¹⁰³.

volvem meios *legais* (força militar, ministérios, células de informações, ajudas financeiras estatais, leis, arsenais jurídicos, diplomacia, serviços especiais etc.) e *oblíquos* (mídias, organismos internacionais, ONGs, organizações humanitárias etc.), para conquistar ou conservar mercados, em benefício de empresas nacionais” (VALLE, Alexandre Del. *Guerras conta a Europa*, Rio de Janeiro: Bom texto, 2003, p. 177.

99 BAPTISTA, Luiz Olavo, op.cit., p. 42.

100 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 40.

101 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 43.

102 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 41.

103 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 39.

Dois temas que denotam a influência das transnacionais no contexto global são tratados por José Cretella Neto: a acusação de que as transnacionais têm contribuído para a destruição do regime de taxas de câmbio instituído pelos Acordos de Bretton Woods, em 1944, ao injetar capital especulativo em praças financeiras de países em desenvolvimento, ameaçando a estabilidade sistêmica avalizadas por princípios diretivos de instituições como o FMI e o Banco Mundial¹⁰⁴. Outra prática adotada pelas empresas transnacionais, os chamados “preços de transferência”, consiste em atribuição de preços artificiais no comércio internacional fechado, que permite entrada e saída artificial de divisas, redução fictícia nos custos e diminuição dos tributos a recolher¹⁰⁵. A prática do *transfer pricing* é bem descrita por como estratégia de maximização de lucros com base nas diferenças de alíquota de tributos entre os países de operação da empresa transnacional¹⁰⁶.

Outra faceta do problema, que é a extensão extraterritorial da lei dos países onde se encontra instalada a matriz. José Carlos Magalhães lembra a habitual sujeição da matriz às leis de sua nacionalidade originária. Por conta da unidade econômica da empresa procura-se obrigar também as subsidiárias no exterior, que constituem pessoas jurídicas distintas, regidas por outras leis que não a da matriz¹⁰⁷. O seguimento dessa orientação tem motivado a aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, atingindo as empresas com subsidiárias ou filiais no exterior¹⁰⁸.

104 CRETELLA NETO, José, op. cit. p. 95.

105 CRETELLA NETO, José, op. cit. p. 95.

106 FOLSOM, Ralph H. et al., *International Business Transactions — A Problem oriented Coursebook*, St. Paul, Minnesota: West, 1991, pp. 774 e segs. Para uma visão crítica das transnacionais Cf. CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi, *O Padrão de Acumulação Flexível e a Ordem Jurídica Internacional que lhe convém*, Dissertação apresentada ao Program de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito para a obtenção do título de mestre, sob orientação da profa. Marilda Rosado, Julho de 2006, p. 275 e segs.

107 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., p. 194.

108 MAGALHÃES, José Carlos, idem .

Bom exemplo são as empresas oriundas dos Estados Unidos, as quais, na verdade, são empresas genuinamente norte-americanas, que estão sujeitas à jurisdição do governo americano, inclusive no que diz respeito a operações no exterior¹⁰⁹. O mesmo ocorre com empresas cujos países de origem são europeus¹¹⁰. Vários foram os conflitos oriundos da extensão extraterritorial da legislação antitruste norte-americana, tendo em vista a violação que causam nas soberanias dos demais países¹¹¹. Do ângulo do país hospedeiro, pode este prejudicar a outro através de uma empresa transnacional, através da utilização política de um dado econômico¹¹².

Há, em geral, estímulo a investimentos em áreas estratégicas, em cujo desenvolvimento o Estado está particularmente interessado, por meio de medidas de caráter fiscal¹¹³. A propósito, a discussão sobre o acordo referente às *Trade Related Investment Measures* (TRIMs) é pertinente. Trata-se da imposição, pelos países hospedeiros, de condicionamentos aos investidores internacionais, seja através de benefícios fiscais, exigências de transferência de tecnologia ou outras, para adequação dos aportes internacionais às metas de desenvolvimentos locais¹¹⁴.

A inclusão da matéria no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) gerou polêmica, mais uma vez manifestando-se a discrepância de posições entre os países desenvolvidos e os paí-

109 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 43.

110 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 44.

111 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., pp. 44-45.

112 BAPTISTA, Luiz Olavo, op. cit., p. 39.

113 Mister se faz lembrar que diversos países determinam, através de legislações específicas, a proibição de investimentos em países considerados inimigos. A abordagem desse aspecto extrapolaria o âmbito desse estudo. MAGALHÃES, José Carlos, "O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas", *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger*, p. 195.

114 TROYANO, Flávia, *Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio*, apud CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo, *Guerra Comercial ou Integração pelo Comércio*, São Paulo: LTR, 1998, p. 562.

ses em desenvolvimento. Estes alegavam estarem tais medidas fora do alcance do GATT, enquanto aqueles defendiam que as exigências de desempenho tinham claros efeitos distorcivos sobre o comércio. Flávia Andraus Troyano, aborda o cerne da questão quando questiona se não teria sido mais proveitoso para todas as partes se também as práticas anticompetitivas, denominadas *Restrictive Business Practices* (RPBs), eventualmente praticadas pelas TNCs fossem regulamentadas, de modo a trazer mais eficácia para o Acordo¹¹⁵.

Os lucros do investimento podem ser reinvestidos no exterior ou remetidos para a matriz, para distribuição aos acionistas, tudo de acordo com a decisão na empresa. Ocorre que, nesse aspecto, há um confronto de interesses difícil de ser solucionado¹¹⁶. De um lado o Estado hospedeiro, atado ao princípio da jurisdição territorial e às limitações dele decorrentes, sem poder interferir nas decisões das empresas subsidiárias. De outro, a pretensão de controlar investimentos exportados, sob a alegação de que a riqueza nacional, exportada através do investimento, deve servir aos fins do Estado e, portanto, da comunidade nacional de onde se origina¹¹⁷.

Tanto a aplicação de leis com caráter de extraterritorialidade, quanto à repatriação de lucros por si não têm sido aceitas pacificamente¹¹⁸. A polêmica nem sempre chegou aos tribunais, mas foi sempre monitorada pela doutrina¹¹⁹.

115 TROYANO, Flávia, *Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio*, apud CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo, *Guerra Comercial ou Integração pelo Comércio*, São Paulo, LTR, 1998, pp. 563 e 573. Umberto Celli Júnior aponta que, “muito embora as disposições do Acordo Trims sejam essencialmente uma reafirmação da aplicação das regras do GATT, para usar a expressão de Cláudia Perrone-Moisés, elas limitaram, dessa vez com muito maior eficácia, a capacidade dos Estados de estipular requisitos de desempenho ou de comércio exterior aos investidores estrangeiros (i.e., fazer política industrial), razão pela qual têm sido muito questionadas sobretudo por países em desenvolvimento, como o Brasil, que defendem sua flexibilização” (CELLI Jr., Umberto. *Acordos de Investimentos e Políticas Industriais*, apud TORRES, Heleno Taveira, *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 641).

116 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., p. 195.

117 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., pp. 195-196.

Nesse sentido, cabe comentar a discrepância entre a visão econômica e a abordagem jurídica do enquadramento das empresas transnacionais. Enquanto a discussão sobre a unidade do grupo econômico pode não ser mais relevante para os economistas, a tese majoritária sobre a teoria da entidade corporativa está consubstanciada na manifestação do Instituto de Direito Internacional em 1995, que privilegia a consideração da empresa como um todo, que transcende as entidades corporativas individuais¹²⁰. Na formulação de Andréas Lowenfeld, trata-se de uma “multi-tiered enterprise”¹²¹.

Considerações finais

Procuramos retomar os novos desafios enfrentados pela questão da Pessoa Jurídica no plano internacional. A convergência de interesse das diferentes disciplinas da esfera internacional, sobretudo pelo crescimento do fenômeno da transnacionalidade nos levaram à análise da posição da doutrina estrangeira e brasileira sobre o tema.

Lembrando Fábio Konder Comparato no trecho citado, faz-se

118 MAGALHÃES, José Carlos, op. cit. p. 197.

119 Foi o caso, por exemplo, da reação francesa à tentativa de imposição às subsidiárias localizadas na França de repatriamento de lucros aos Estados Unidos. Para o Primeiro Ministro francês Debré, “as companhias americanas na França são legalmente companhias francesas, com o mesmo acesso ao mercado financeiro e créditos governamentais que possuem as demais companhias francesas. Se os Estados Unidos impõem novos regulamentos sobre elas, especialmente relativamente à repatriação dos lucros, as conseqüências serão inevitáveis”. (*French Endorse US Dollar Policy*, New York Times, 1968, “Call to Repatriate Overseas Earning Stir Legal Snarls”. KINDELBERG. *American Business Abroad*, p. 59, *apud* MAGALHÃES, José Carlos, “O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas”, *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger*, p. 198).

120 CRETELLA NETO, José, op. cit. p. 97.

121 LOWENFELD, Andréas, *International Litigation and the Quest for reasonableness*, *apud* CRETELLA NETO, José, op. cit. p. 98.

necessária a reelaboração de toda essa parte da ciência jurídica, segundo um método integrativo de dois critérios distintos, oriundos do direito internacional privado e do direito econômico. De acordo com o primeiro critério, seria estudada a submissão do regime de funcionamento interno da sociedade a uma legislação estatal determinada. De acordo com o segundo, o importante é o domicílio do controlador, para o reconhecimento de regimes diversos de atuação no mercado¹²².

A evolução dos critérios acerca da ligação entre sociedade comercial e Estado, empreendida por João Grandino Rodas, já havia lançado as bases para, nas palavras do autor, uma perquirição mais sistemática sobre a *magna quaestio* da vertente jurídica da multinacionalidade das sociedades. Procuramos dar uma contribuição à renovação da discussão em torno deste importante tema da atualidade.

Na época contemporânea, novos desdobramentos do tema confirmam sua atualidade: a internacionalização crescente das empresas estatais, em oposição ao fenômeno da privatização destas que ocorreu no final do século XX, fato já verificado em outra escala em diferentes épocas históricas.

Um exemplo interessante vem da área do petróleo e do gás, onde os atores que operam na exploração e produção, apresentam novo mapa de partilha das reservas mundiais de óleo e gás. De acordo com a PFC Energy, empresa internacional de consultoria, com a alteração na correlação de forças entre as dominantes de outrora, as “sete irmãs” principalmente anglo-saxãs, que hoje são cinco (Exxon, Shell, BP, Total e Chevron) controlam apenas 9% das jazidas. Os novos titãs do óleo são as NOCs — empresas estatais de petróleo dos países- membros da OPEP. Dez delas dispõem da maior parte das reservas (53%), detendo um poder nada desprezível. Outras empresas estatais detêm outros 16% das reservas, em Estados como a China,

122 COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 10.

Índia, Brasil e Malásia, onde a demanda indica o ritmo acelerado do crescimento econômico da maioria desses países.

Por outro lado, 77% dos hidrocarbonetos do mundo pertencem a tais empresas. Considerando-se que, em termos geográficos, as empresas dos países consumidores estão geralmente no norte e no leste do planeta — e as jazidas, no sul, o diálogo entre as empresas transnacionais e os governos dos países exportadores é inevitável, mas apresenta novos desafios a nossa era¹²³.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, Dissertação de mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre, Faculdade de Direito da UERJ, 2003, orientadora Prof^a. Ana Cristina Pereira.

ARAÚJO, Nádia e GAMA, Lauro, “Os Acordos Bilaterais de Investimento com Participação do Brasil e o Direito Interno — Análise de Questões Jurídicas”, CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo, *Guerra Comercial ou Integração pelo Comércio*, São Paulo: LTR, 1998, pp.460 e segs.

BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BRASIL, Deilton Ribeiro, “Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e sua Integração no Direito Internacional”, *Revista dos Tribunais*, nº 792, outubro de 2001, p. 48.

BROWNLIE, Ian, *Legal Status of Natural Resources*, Recueil des Cours. Academie de Droit International de La Haye, Leiden: NL, v. 162, pp 247-318, 1979.

123 SÉRÉNI, Jean-Pierre, “A nova era do petróleo estatal”, *Le monde Diplomatique*, ed. mar., 2007, site: <http://dipl.uol.com.br/2007-03,a1528>, acessado em 07.08.2007

CELLI Jr., Umberto. “Acordos de Investimentos e Políticas Industriais”, TORRES, Heleno Taveira. *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder Prefácio à obra de João Grandino Rodas, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETILLA NETO, José, *Empresa Transnacional e Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOELLINGER, Carlos von e CAVALCANTI, Leonardo C., *Empresas Multinacionais na Indústria Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto de Planejamento Econômico e Social/ Instituto de Pesquisas, 1975.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FRIEDMAN, Thomas, *The world is Flat — A Brief History of the Twenty First Century*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005.

HUCK, Hermes Marcelo, *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*, São Paulo, Saraiva: 1994.

JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Paris: Dalloz, 1976.

LAMAS, Natália Mizrahi. *A Cláusula Compromissória Estatutária como Regra De Governança Corporativa: Uma Análise de seu Alcance Subjetivo*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito; Agência Nacional do Petróleo, 2004. Monografia (Bacharel em Direito). Orientadora professora Doutora Carmen Tiburcio

LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, New York: Oxford, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos, “O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas”, *Direito e Comércio Interna-*

cional: Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger, p. 190.

MEDEIROS, Suzana Domingues *Arbitragem Internacional Investidor-Estado: Um Caminho Inevitável para o Brasil? (no prelo)*

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 243, São Paulo: Atlas, 2006.

MUCHLINSKI, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Londres: Oxford, 2007.

NAISBITT, John, *Paradoxo Global*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1994.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo (org.), *Direito Internacional do Comércio*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003

PEREIRA, Antonio Celso Alves, “Normas Cogentes do Direito Internacional Público Contemporâneo”, in PEREIRA, Antonio Celso Alves e MELLO, Celso D. de Albuquerque (coord.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda *Direito do Petróleo, As Joint ventures na Indústria do Petróleo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

RODAS, João Grandino, *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995.

SAMPAIO, Carlos Jorge, *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAMPAIO, Daniel Lima, *Acordos Bilaterais de Proteção e Promoção aos Investimentos Estrangeiros e a Arbitragem Investidor-Estado na Indústria do Petróleo e Gás Na América Latina*. Monografia de Conclusão de curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, Julho de 2006, sob orientação da prof^a. Marilda Rosado

SIERRALTA, Aníbal, “Aspectos Jurídico-Economicos de las Inversiones Extranjeras”, RAMACCIOTTI, Beatris et al *Derecho Internacional Economico*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidade Catolica del Peru, 1993.

SMITH, Ernest. E. et al, *International Petroleum Transactions*, Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo: LTR, 1996,

TAVERNE, Bernard, *Policies in Petroleum, Industry and Government: an Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Policies*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

TROYANO, Flávia, “Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio”, CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo, *Guerra Comercial ou Integração pelo Comércio*, São Paulo, LTR, 1998.

UNCTAD, *World Investment Report 2007- Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*. United Nations, New York and Geneva, 2007.

VALLE, Alexandre Del. *Guerras conta a Europa*, Rio de Janeiro, Bom texto, 2003.

**DIREITO
ECONÔMICO**

**A COMPETITIVIDADE NO SETOR PORTUÁRIO E O
TRANSPORTE DE CARGAS DE TERCEIROS NOS
TERMINAIS DE USO PRIVATIVO MISTO**

**COMPETITION IN THE PORT AREA AND THE LOAD
TRANSPORT OF THIRD PERSONS IN THE MIXED PRIVATE USE
TERMINALS**

Marcos Juruena Villela Souto

Resumo: Regime jurídico dos terminais mistos. Competência do legislador para estabelecer o regime jurídico das autorizações. Validade da deslegalização de matérias para a definição técnica pela agência reguladora de requisitos para a obtenção da autorização. Possibilidade jurídica de definição de um critério para estabelecimento de carga mínima. Possibilidade de o regulador fixar distinções de regimes entre o arrendamento de terminais públicos e os terminais de uso privativo. Impossibilidade de o regulador equiparar o terminal misto ao terminal de uso exclusivo. A regulação deve buscar a competição entre os diversos tipos de operadores e não preservar um dos modelos da competição. A constituição não definiu o conteúdo e os requisitos para as autorizações, podendo a lei fazê-lo para alcançar tal objetivo de ampliação de investimentos e de competição para a eficiência. Constitucionalidade da emenda à medida provisória e ilegalidade do condicionamento desproporcional imposto pela ANTAQ.

Palavras-chave: Portos. Competição. Regulação. Regra desproporcional. Inconstitucionalidade

Abstract: Mixed terminals legal regime. Legislator competence to establish the authorizations' legal regime. Validity of the matter delegization to the technical definition by the regulatory agency of the requirements to obtain an authorization. Definition legal possibility of a criterion for the establishment of minimum load. Possibility given to the regulator to fix regime distinctions between the lease of public terminals and the privative use terminals. Regulator impossibility to equalize the mixed terminal and the exclusive use terminal. The regulation must aim the competition between the diverse types of operators and not preserve one of the competition models. The constitution did not define the content and the requirements for the authorizations, being the law able to do so in order to reach an objective of investment increase and a competition for the efficiency. Constitutionality of the amendment to the provisory measure and illegality of the unfair conditioning imposed by the ANTAQ.

Keywords: Ports. Competition. Regulation. Unfair rule. Unconstitutionality.

Sumário: I. Apresentação. II. Desenvolvimento. 1. O domínio da lei e o domínio da regulação. 2. A Reforma do Estado e a conseqüente mudança de política pública. 3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias. 4. Os objetivos e a metodologia regulatória. 5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma. 6. A proposta de inovação legislativa. III. Conclusões.

I

Cuida-se de examinar a legalidade de norma que envolve a autorização para a exploração de terminais de uso privativo misto com vistas à movimentação de carga de terceiros.

Não restam dúvidas de que a ANTAQ possui competência para editar suas normas, calcada, especialmente, na Lei nº 10.233/2001, art. 13:

Art. 13. As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

*V — autorização, quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviço de transporte aquaviário ou **de exploração de infra-estrutura de uso privativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)***

Vale citar, ainda, outros dispositivos que cometem à ANTAQ competências envolvendo a prática de atos relacionados à utilização de infra-estrutura portuária e a sua correspondente disciplina normativa:

*Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes **aquaviário e terrestre:***

I — descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

I — promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários;

II — promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III — propor: (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)

a) ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária fluvial e lacustre, excluídos os portos outorgados às companhias docas, e de prestação de serviços de transporte aquaviário; e (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

b) à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas; (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

IV — elaborar e editar normas e regulamentos relativos à

prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

(...)

VI— reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;

(...)

XIV— estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

(...)

XVII— autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)

(...)

XXII— autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

XXV— celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

XXVII— celebrar atos de outorga de autorização para construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.

*Art. 43. A **autorização** aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:*

I — independe de licitação;

II — é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III — não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Nesse passo, a Resolução nº 517, de 18 de outubro de 2005, que aprova a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo, fixou, no artigo 5º, inciso II, (c):

Resolução 517 da ANTAQ

Art. 5º A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação

II — Habilitação Técnica:

*c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, **com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas;***

Indaga-se se caberia ao agente regulador realizar tal especificação — quanto à limitação ao transporte de cargas de terceiros.

Isto porque tal exigência não consta expressamente da Lei nº 8.630/93, que, em seu artigo 4º, II, (b), atribuiu ao explorador de terminal de uso privativo misto a possibilidade de movimentação de carga própria ou de terceiro.

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

I — de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de lici-

tação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;

II — de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 — DOU de 6/9/2007)

§ 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I — uso **público**;

II — uso **privativo**:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)

d) Estação de Transbordo de Cargas. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 — DOU de 6/9/2007)

Art. 6º Para os fins do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

§ 1º A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão, que conterá as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4º do art. 4º desta lei.

§ 2º Os contratos para movimentação **de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público.**

§ 3º As instalações de que trata o caput deste artigo ficarão sujeitas à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

O ponto central da crítica estaria no fato de que não poderia a referida resolução criar uma limitação que não foi prevista em lei, sob pena de subversão do sistema democrático, notadamente da Separação dos Poderes (artigo 2º CRFB).

Posta a problemática, discute-se se a norma contida na letra “c”, do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras “a” e “b”, do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 seria legal, bem como se a ANTAQ, como agência reguladora, possuiria competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade “uso privativo misto” de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Diante da apresentação de uma Emenda à MPV 412, de 31/12/2007, que propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.630/93, para admitir terminal misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros, discute-se acerca de sua constitucionalidade, principalmente diante do comando normativo advindo do art. 21, inciso XII, letra “f”, da CF/88.

II

1. O domínio da lei e o domínio da regulação

Muito se cogita sobre a pertinência da preservação da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, o que, para o caso em exame, não parece fundamental. É certo, no entanto, que a Lei Maior ainda reserva determinadas atividades para o Poder Público e seu exercício pelo particular só pode ocorrer mediante o recebimento de um título jurídico diverso da licença — que materializa um direito à liberdade de iniciativa, de natureza vinculada e declaratória.

Assim ocorre no caso das atividades portuárias, conforme se vê do art. 21 da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Portanto, a exploração de portos não é livre ao setor privado, dependendo, pois, da obtenção de um título jurídico expedido pela União Federal.

O constituinte elegeu a existência e a disciplina dos portos como uma das prioridades nacionais, ao lado de outras atividades essenciais. No entanto, uma coisa é a existência da estrutura (o porto), com a sua correspondente disciplina (pela lei, pela agência reguladora e pela autoridade portuária), outra, bem diversa, é o regime jurídico da exploração dos bens que integram tal estrutura, a saber, os terminais. Note-se, ainda, que há terminais situados dentro do porto organizado e outros fora do porto organizado.

O mesmo ocorre com os aeroportos e rodoviárias, que devem existir, para viabilizar a prestação dos serviços de transportes, mas contemplam diferentes sistemas de exploração de seu uso por companhias transportadoras e por passageiros, usuários e consumidores.

No caso dos portos, há três níveis, distintos de exploração dos seus terminais — a justificar uma terminologia distinta para cada um dos tipos de atos (ali não se cogitando de *licença*).

A Constituição não foi adiante, cuidando, apenas, de fixar a obrigatoriedade de a União disciplinar a existência dos portos. Deixou ao legislador ordinário a disciplina do tema, cabendo-lhe, pois, traçar o critério distintivo entre as situações que comportam uma concessão, uma permissão ou uma autorização. É certo, ainda, que, sendo a atividade qualificada como iniciativa estatal — tal como prevista

no citado art. 21, XII, *f*— tal serviço público pode ser objeto de concessão ou de permissão, sempre precedidas de licitação (exigida pelo art. 175, CF).

Igualmente, não tem sede constitucional a disciplina dos terminais, seja dentro ou fora do porto organizado. Ademais, se a Lei Maior se ocupou, no citado art. 175, das concessões ou permissões de serviço público, a exigir licitação para ambas, nada falou acerca do regime jurídico das autorizações (muito menos das autorizações de atividades econômicas, previstas no art. 170, p. único, *in fine*, CF). Trata-se, pois, de matéria relegada ao domínio da lei. Em outras palavras, não está na Lei Maior a orientação doutrinária de que as autorizações são sempre atos discricionários e precários, podendo a lei ordinária traçar-lhe um perfil distinto (tal como o fez, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações — Lei nº 9.472, art. 131¹).

Estabelecido o domínio da lei para a disciplina jurídica do regime das autorizações, é preciso, ainda, reconhecer que o princípio da legalidade passa por profundas transformações no que concerne à sua aplicação, suas potencialidades e seus limites. Em síntese, cada vez mais fala-se em princípio da juridicidade² e de atuação conforme o Direito (e não apenas em conformidade com a letra da lei).

1 Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização. § 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

2 Não restam dúvidas de que os particulares devem, especialmente quando atuam em colaboração com o Estado, direcionar sua atuação pela aplicação direta dos princípios Constitucionais, mormente na era da constitucionalização do Direito Administrativo. Vivencia-se a crise da lei formal, cujos efeitos se espalham sobre todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, ocasionada pelo aumento desenfreado da produção legislativa, pela multiplicação das formas de juridicidade e pela força normativa da Constituição. J.J GOMES CANOTILHO aborda exata-

Outras fontes normativas assumem relevância, surgindo, então, no âmbito da Administração Pública, as agências reguladoras —

mente esse ponto: “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de «erosão» e de «relativização» que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade. Quanto à «escala de dureza das normas» (Calamandrei), a força normativa da Constituição concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram outros actos com força de lei (ex.: decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se actos legislativos com valor reforçado (ex.: leis reforçadas). Além disso, o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que a constituição serve como «habilitação» imediata do agir da administração. Finalmente, o princípio da legalidade significa hoje princípio da legalidade **comunitária** com a consequente observância das normas do direito comunitário, directamente aplicáveis, e correlativa desaplicação de normas internas contrárias às mesmas. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Portugal: Almedina, p. 717). Em síntese, a Lei deixa de ser o único fundamento de validade da atividade administrativa e passa a servir de substrato para a aplicação dos princípios constitucionais, se constituindo, assim, no cerne da vinculação da Administração ou dos particulares à juridicidade. Em outras palavras, a legalidade, não obstante sua importância no ordenamento pátrio, passa a ser tida como um princípio dentro dos sistemas e regras consagradas pelo sistema constitucional vigente. Daí a necessidade de intervenção direta dos princípios constitucionais, vistos como mandamentos normativos de otimização, na atividade Administrativa. Explica-se. Essa juridicização da atividade administrativa deve se materializar pela aplicação, apenas, da lei que for considerada constitucional; pela retirada da validade da sua atuação diretamente do texto constitucional e pela realização de uma ponderação do princípio da legalidade com os demais princípios presentes no ordenamento constitucional. Reforçando a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais sem a necessidade da intermediação legislativa, nos ensina JUAN CARLOS CASSAGNE: “*La Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, imponiéndose a todos los actos eu dicta la Administración Pública. (...) Pero tanto las normas como los principios constitucionales tienen operatividad por sí mismos, no siendo indispensable que las declaraciones, derechos y garantías, que consagra la Constitución, deban ser reglamentadas.*” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo I*. Sexta Edición Atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 126-7.). Assim, toda a nova lógica constitucional consagrada pelo Estado Democrático de Direito, tem sua posição fundante na proteção aos direitos e garantias fundamentais, ocorrendo, assim, a superação do outrora absoluto dogma da preponderância da lei em qualquer situação e a sua paulatina substituição pela aplicabilidade direta da própria Constituição. No caso em exame, valoriza-se a aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

tais como a ANTAQ — para implementarem políticas públicas fixadas em lei.

São, assim, nítidos os campos de atuação da lei e da regulação. A primeira fixa uma política pública, traduzindo a “vontade geral” numa norma jurídica de primeiro grau, criando direitos e obrigações; a segunda (a regulação), cuida de orientar os critérios de atendimento dessa vontade, sendo típico comando executivo. É tranqüila a distinção entre normas de primeiro grau e normas de segundo grau, assim exposta por DEL VECCHIO³:

As duas espécies de normas examinadas são normas primárias, autônomas; ou seja: normas que directamente exprimem uma regra obrigatória do operar. Mas as outras espécies de normas, que iremos agora examinar, são normas secundárias ou seja: já não são normas autônomas, mas dependentes de outras, às quais terão de ser sempre referidas, a fim de serem devidamente entendidas. Só quando se articula a norma secundária à norma primária, pode descobrir-se o que de jurídico há no seu conteúdo.

Em síntese, o regulador, embora tenha competências para orientar a correta execução da vontade da lei, por meio da edição de atos normativos que traduzam tecnicamente os seus comandos, dada a complexidade das situações envolvidas, não tem competência para produzir, ele próprio, uma política pública diversa daquela constante do ordenamento jurídico como um todo, nem, menos ainda, divergir das normas de primeiro grau.

2. A Reforma do Estado e a conseqüente mudança de política pública

Também é bastante corriqueiro se atribuir às Emendas Consti-

3 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5 e.d. Coimbra: Sucessor, 1979, p. 384-5.

tucionais de 1995 a sede para o processo de Reforma do Estado. Na verdade, tal reforma começou bem antes, com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que resultou na aprovação da Lei nº 8.031/90, pela qual foi instituído o Programa Nacional de Desestatização. Tal norma, logo em seu art. 1º, fixou os objetivos de valorização da liberdade de iniciativa, de redução da presença do Estado em determinados setores e de retomada dos investimentos privados. Confira-se o dispositivo:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

*I — **reordenar a posição estratégica do Estado** na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*

II — contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III — permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV — contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V — permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI — contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Já se reconhecia, pois, desde 1990, a insuficiência de recursos públicos para investimento em todos os segmentos relevantes da economia, de modo a se alcançar o desejado desenvolvimento econômico; tais objetivos, princípios e regras não se modificaram com a posterior revogação da Lei nº 8.031/90 pela Lei nº 9.491/97.

Nesse contexto, foi editada a Lei de Modernização dos Portos, voltada para a ampliação dos investimentos privados no setor e para

a flexibilização do monopólio natural que ele representa, conforme se extrai da Mensagem nº. 67/1991, do Presidente da República:

2. Este Projeto (...) Destina-se primordialmente a modernizar a anacrônica estrutura portuária brasileira que, corroída pelo tempo e pela falta de Investimento, tem seus custos desproporcionalmente superiores aos de seus similares internacionais.

(...)

4. O projeto guarda coerência com a ação do Governo, que procura aumentar a competitividade da economia brasileira, ao mesmo tempo em que envida esforços para modernizá-la, dado fim a práticas que funcionam em detrimento do conjunto da sociedade.

Antes disso, a Exposição de Motivos nº 10, de 18 de fevereiro de 1991, elaborada pelos Exmos. Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, da Economia, Fazenda e Planejamento, do Trabalho e da Previdência Social e da Infra-Estrutura, já destacava os objetivos de:

a) assegurar o aumento da produtividade do setor portuário, mediante a racionalização da atividade econômica e a integração dos diversos agentes envolvidos, através da diminuição da intervenção do Estado e do estímulo à livre concorrência, de sorte a possibilitar maior rentabilidade aos investimentos necessários à modernização do setor e melhores níveis de remuneração ao fator trabalho;

(...)

c) estimular a participação do setor privado na construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privadas, sempre através de licitação, de maneira a dotar o País, a médio prazo, de uma infra-estrutura portuária moderna compatível com as necessidades do comércio exterior;

(...)

e) possibilitar maior competitividade para as exportações, mediante aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;

(...)

c) a livre concorrência entre os diversos portos, de maneira a assegurar, de um lado, maior racionalidade na destinação de receitas e no

processo de tomada de decisões em matéria econômica, e, de outro lado, fomentar, em cada caso, uma busca permanente de maior eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infra-estrutura;

d) a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;

e) o estímulo a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infra-estrutura e ao reaparelhamento dos portos — em face da carência de recursos públicos, que devam ser destinados, prioritariamente, para atender às demandas da área social — possibilitando aos terminais privativos movimentarem mercadorias de terceiros;

A busca da competitividade para aumentar a eficiência era diretamente relacionada à redução de custos dos serviços, para viabilizar uma maior possibilidade de escoamento da produção brasileira com vistas ao mercado externo. Quanto maior a realização de investimentos, maior seria a competição e, conseqüentemente, a oferta de opções aos destinatários de atividades portuárias, que se beneficiariam da redução dos custos. Todo o país seria beneficiário de tais medidas. Daí expor MANUEL ALVES DO VALE⁴:

O novo documento legal (Lei nº 8630/93) fulcrou-se na liberalização das operações e atividades portuárias, visando a que pudessem os portos desenvolver ampla competição, interna e externa, alcançar a necessária eficiência, produtividade e competitividade. como estímulo e viabilidade do comércio marítimo brasileiro.

No mesmo sentido é o ensinamento de CARLOS TAVARES DE OLIVEIRA⁵:

4 VALE, Manuel Alves do. *Portos: abertura e modernização*. Imbituba: Lex Graf, 1995, p. 25.

5 OLIVEIRA, Carlos Tavares. *Modernização dos portos*. São Paulo: Aduaneiras, 1994, p. 47.

Análise panorâmica comparativa sobre o funcionamento dos grandes complexos portuários mundiais demonstra claramente que a competição é a mola mestra do aprimoramento da qualidade e da redução dos custos dos seus serviços. Existe mesmo uma proporção direta indicando que, quanto maior for a concorrência, melhor será a qualidade e menores os preços das operações.

Evidente, pois, que a política pública fixada para o setor era de ampliação dos investimentos privados, com vistas a uma ampliação tanto da oferta como da competição entre os operadores, de modo a viabilizar uma redução dos custos do serviço e, com isso, permitir que a produção nacional chegue em condições mais favoráveis no exterior.

3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias

Ainda apresentando o contexto da Reforma do Estado, mister se faz frisar que um dos mais relevantes objetivos da Lei de Modernização dos Portos foi o atendimento de uma política pública voltada para o desenvolvimento nacional.

Enquanto a Lei nº 8.630/93 cuidou da formatação da organização do trabalho portuário, o advento do Estado Regulador, com as Reformas Constitucionais de 1995 em diante, trouxe novas orientações, mantida a preocupação com o desenvolvimento econômico, incumbindo as agências reguladoras, autarquias especiais, mas integrantes da Administração Pública, da implementação dessas políticas públicas.

Para o setor do transporte aquaviário foram fixadas diretrizes de política econômica na Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — ANTAQ, fixando, em seu art. 4º, dentre os objetivos essenciais do setor a promoção do desenvolvimento:

Art. 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:
(...)

III — promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

Para tanto, o art. 5º do mesmo diploma legal criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte — CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens; estas, na forma do inciso primeiro do dispositivo, devem estar em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de meio ambiente e de segurança das populações, **formuladas pelas diversas esferas de governo.**

Nessa mesma linha, o art. 11 da citada Lei criadora da ANTAQ dispõe que o gerenciamento da infra-estrutura, onde se incluem os portos, e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos, dentre outros princípios gerais, pela preservação do interesse nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social, bem como pela **busca da ampliação da competitividade do País no mercado internacional.**

Como diretrizes para as ações no gerenciamento da infra-estrutura, frise-se, onde são incluídos os portos, estão a busca da descentralização e a **priorização dos programas estratégicos.** Confira-se a norma:

*Art. 12. Constituem **diretrizes** gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:*

I — descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

*III — dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de **exportação**; (...)*

Com toda essa vinculação de ações a planos, outra não poderia ser a dicção do art. 20, que fixa, dentre os objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, a função de implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e as diretrizes acima.

Integrando a ANTAQ a Administração Pública Federal, não escapa daquilo que EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZI⁶ denomina de **princípio da integração sistêmica da Administração**, citando a necessidade de estruturação ordenada da administração de acordo com fins almejados:

O princípio da integração sistêmica da administração condensa o aspecto positivo, impulsionante, material, que inocula no cerne do corpo administrativo a ordenação superior do interesse público e preserva o equilíbrio estrutural intrínseco da máquina administrativa. É a enervação medular da ossatura administrativa pública, a energizar a dinamização estatal. Em suma, é o fundamento apriorístico da atividade participativa do Estado na gestão socioeconômica da coletividade, bem como o ponto de gravitação do aparelho administrativo do Estado contemporâneo, cujas diretrizes políticas categorizam-se como interesse público jurídico-administrativo por meio do princípio da integração sistêmica da administração.

Em síntese, se as entidades da Administração Pública são criadas e estruturadas para executar uma política pública e se essa política pública setorial é voltada para a ampliação dos investimentos privados com vistas à obtenção de maior competição, a ANTAQ, legitimada a editar atos normativos, não pode buscar objetivos ou condicionantes diversos daqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico.

6 GUALAZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado*. São Paulo: RT, 1985, p. 34.

4. Os objetivos e a metodologia regulatória

A atividade regulatória, como visto, é uma atividade infra-legal — de execução da vontade da lei, por meio de uma orientação tecnicamente motivada. Isto significa que, para a edição atos regulatórios — inclusive a interpretação regulatória⁷ — é necessária a observância de um método, que se consubstancia num processo administrativo regulatório. Isso exige que o processo de regulação, que tem como objetivo a ponderação entre interesses em tensão — no caso, a liberdade de concorrência e a defesa da justa competição — contemple uma etapa de conhecimento desses interesses, pela via da participação, seguida da sua valoração e de uma decisão tecnicamente motivada, com vistas ao resguardo do bem maior. São, pois, condições de validade do ato regulatório, seja ele normativo, executivo ou judicante.

Não impressiona tanto o fato de não haver expressa previsão na lei para o estabelecimento de condições para a outorga de autorizações administrativas para a exploração de terminais misto. Isto porque, como dito, na era da deslegalização, da regulação e da desestatização, é o regulador quem está próximo dos fatos e é dotado dos conhecimentos técnicos para disciplinar qual a correta maneira de se atingir os objetivos fixados na lei. Esta (a lei), como dito, não contempla todos os elementos para a edição do ato regulatório, cabendo ao regulador o “preenchimento da moldura regulatória”, desde que voltado tal preenchimento ao atingimento dos objetivos contidos no “marco regulatório” — que tem sede na Constituição e nas leis.

Não pode, pois, atuar “fora” do marco, pois não estará preenchendo nada, mas, ao revés, criando novo marco, o que implica violação da Separação de Poderes, constitucionalmente resguardada — CF, art. 2º.

7 Tratada em SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 1ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 194-195.

Na hipótese em exame, o marco está bem definido, qual seja, a ampliação dos investimentos privados e da competição, com vistas à redução de custos e da ampliação da infra-estrutura portuária.

5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma

Como visto, a Lei de Portos, com vistas à ampliação dos investimentos e, conseqüentemente, da oferta de operadores, previu a existência dos seguintes agentes:

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

*I — de **contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;*

*II — de **autorização** do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.*

§ 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

*§ 2º A exploração da **instalação portuária** de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes **modalidades**:*

*I — uso **público**;*

*II — uso **privativo**:*

*a) **exclusivo**, para movimentação de carga própria;*

*b) **misto**, para movimentação de carga própria e de terceiros.*

*c) de **turismo**, para movimentação de passageiros.*

§ 3º A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado.

A competência para disciplinar as autorizações foi, legitimamente, confiada à ANTAQ.

Ocorre que a ANTAQ, no exercício de tal mister, estabeleceu que, para a autorização dos terminais mistos, seria necessário que o interessado demonstrasse que a movimentação anual mínima estimada de cargas próprias justifique, por si só a implantação do terminal. Em outras palavras, exigiu que o terminal misto opere, basicamente, pela movimentação de cargas **próprias**.

Ora, isso implica fazer o terminal **misto** funcionar como os terminais **exclusivos**, admitindo, apenas em caráter **complementar**, a movimentação de carga de terceiros.

É claro que há uma aparente razão para tanto.

É missão das agências reguladoras, aqui, em especial, da ANTAQ, zelar pela “justa competição”.

A preocupação da ANTAQ é no sentido de não criar um cenário desfavorável aos arrendatários de terminais portuários.

Afinal, destes é exigido, como condição para a obtenção do título jurídico de exploração do terminal — o contrato de arrendamento — que sejam vitoriosos em procedimentos licitatórios. Para tanto, os critérios de julgamento envolvem um maior pagamento pelo uso do bem e um compromisso de movimentação mínima de cargas, propiciando renda ao arrendador, concessionário do porto.

De outro lado, os autorizatários podem obter o título jurídico **sem licitação e não têm tal compromisso**. São **livres** para praticar o *preço* por seus serviços⁸, enquanto que os arrendatários são subme-

8 Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I — independente de licitação;

II — é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III — não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

tidos a uma remuneração por meio de *tarifa*, que é regulada pelo Poder Público.

Evidente, pois, a diferença de regimes em competição.

Daí, frise-se, a preocupação da ANTAQ, encarregada de preservar a “justa competição”, pretendo, assim, evitar a “facilidade” de acesso ao cenário competitivo, no qual o leque de obrigações do arrendatário é bem maior que os compromissos exigidos dos autorizados.

Ocorre, no entanto, que foi, justamente, essa “assimetria regulatória” uma das apostas do Programa de Reforma do Estado. Em outras palavras, ao se buscar instituir a competição nas atividades reguladas, não se quis limitar à competição pelo direito ao acesso ao mercado — licitação — mas, também, no mercado e, especialmente, entre mercados.

Isso é facilmente perceptível em vários serviços tradicionalmente definidos como públicos, que, agora, sem perderem tal condição, contemplam a possibilidade de desenvolvimento das atividades em regime público e em regime privado.

Antes mesmo da Lei Geral de Telecomunicações instituir a distinção entre serviços prestados em regime público — mediante concessão previamente licitada — e serviços prestados em regime privado — mediante autorização, em regra não precedida de tal procedimento — a Lei nº 9.074/95, voltada à ampliação da oferta de energia elétrica, previu o surgimento das figuras do produtor independente de energia elétrica e do autoprodutor de energia elétrica⁹.

9 DECRETO Nº 2.003, DE 10 DE SETEMBRO DE 1996. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I — Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou energia produzida, por sua conta e risco;

II — Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em

Nesse passo, é importante destacar que foi expressamente reconhecido que o fato de o autoprodutor de energia elétrica poder vender uma parcela da energia gerada para terceiros não desnatura tal qualificação¹⁰. O objetivo de tal orientação é estimular a autoprodução, i. e., a produção para consumo próprio, liberando energia gerada no sistema público. Com isso, se amplia a oferta de energia no sistema público sem que haja investimento com recursos públicos ou com recursos dos usuários mediante pagamento de tarifas que remunerem os investimentos de concessionários. Para tanto, é necessário viabilizar esse investimento em autoprodução, o que se faz admitindo a comercialização de um resíduo.

O motivo de tal comparação é demonstrar que, na hipótese em exame, o autoprodutor, como explorador, em regime privado, da atividade regulada, se equipara ao explorador portuário de cargas próprias em regime privativo. Ou seja, a legislação disciplina que se submete a um regime jurídico de direito privado aquele que desenvolve a atividade em proveito próprio, ainda que para viabilizar tal atividade seja necessário contemplar a participação de terceiros.

Isso, aliás, não tem nada de novo; figuras como essa já eram contempladas no Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), bem como no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4717, de 27.08.1962), onde já se vislumbrava a autorização, bem como a disciplina dos serviços privados e de interesse restrito. Confira-se:

Código de Águas:

Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as

consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.

10 Tanto isso é verdade que a Resolução nº 390 da ANEEL, de 11 de setembro de 2001, que estabelece os procedimentos para consumidores adquirirem diretamente de autoprodutores e produtores independentes de energia elétrica, parcela excedente à meta de consumo fixada durante o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, não realizou a desnaturação da qualificação dos autoprodutores.

aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

§ 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.

Art. 141. Dependem de simples autorização, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws. quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinhidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'água a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.

Código Brasileiro de Telecomunicações.

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação;

6º Dependem de permissão, dada pelo Conselho Nacional de Telecomunicações os seguintes serviços:

a) Público Restrito (Art. 6º, letra b);

*Art. 30. Os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefones interestaduais estão sob a jurisdição da União, que explorará diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações, e poderá explorar diretamente ou através de concessão, **autorização** ou permissão, as linhas e canais subsidiários.*

Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

A Lei nº 9.472, de 16.07.1997, ao criar a ANATEL, também previu a figura dos serviços de interesse restrito, prestados em regime privado; nestes, sequer a autorização é necessária¹¹, podendo se co-

11 Art. 75. Independência de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.

gitar de mera comunicação¹², assim como a figura dos serviços de interesse geral, prestados ao público, qualificado como consumidor (e não como usuário).

A Lei nº 9.478, de 06.08.1997, que criou a ANP, igualmente disciplinou os investimentos privados mediante autorização para a instalação de estruturas essenciais de redes (*essential facilities*):

Art. 53. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda ao disposto no art. 5º poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade.

§ 1º A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações.

*§ 2º Atendido o disposto no parágrafo anterior, a ANP outorgará a **autorização** a que se refere o inciso V do art. 8º, definindo seu objeto e sua titularid*

*Art. 60. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá **receber autorização** da ANP para exercer a atividade de importação e exportação de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado.*

Parágrafo único. O exercício da atividade referida no caput deste artigo observará as diretrizes do CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º da , e obedecerá às demais normas legais e regulamentares pertinentes

O objetivo de tudo isso, frise-se, foi a competição entre os diversos agentes, sob diversos regimes. É o que se denomina de assimetria regulatória, assim explicada por FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO¹³:

12 Sobre atividades comunicadas ver CUNHA, Paulo César Melo. As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.) *Direito administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 255-268.

13 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e a ANATEL. In SUND-

A regulação é assimétrica, à medida que esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar aos habitantes dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu as empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge, aqui, a competição. Esta empresa que assumiu o sistema Telebrás tem vantagens competitivas mas, no entanto, terá o ônus de universalizar o serviço. Sendo assim, aquele concorrente, inserido no mercado para competir com suas prestadoras que assumiram o sistema TELEBRÁS, possuirá, sem dúvida, uma série de obrigações quanto à qualidade do serviço. No entanto, prestará o serviço em um regime jurídico diferente, compatível com suas obrigações, e não possuirá obrigação de universalizar o serviço.

Em outros setores se vislumbra esse mesmo grau de busca da competição, tal como ocorre, por exemplo, no serviço postal, onde convivem as atividades postais, previstas no art. 21, X, CF, com as atividades de transporte de cargas e encomendas; a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos oferece ao mercado dois produtos em competição, a saber, a carta simples, com tarifa módica e regrada pelo Poder Público, e o SEDEX, um serviço diferenciado, sob regime de preço, sem compromisso com a modicidade e, consequentemente, com a universalidade.

Até mesmo no âmbito do ordenamento social se vislumbra essa competição. A própria Constituição prevê a convivência entre os regimes de saúde pública e de saúde privada, de educação pública e de educação privada.

Essa distinção se dá no direito comunitário europeu, que engloba, sob a denominação de “serviços de interesse geral”, os serviços universais convivendo com os serviços de interesse **econômico** geral. Confira-se, a propósito, o artigo 86, § 2º, do Tratado de Maastrich:

FELD, Carlos Ari. Coordenador. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 307.

As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada, o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de modo que contrarie os interesses da comunidade.

A definição de serviços de interesse econômico geral consta do GLOSSÁRIO¹⁴, que é um dos documentos oficiais:

Os serviços de interesse económico geral designam as actividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86.º — ex-artigo 90.º — do Tratado CE). É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações.

O artigo 16.º, inserido pelo Tratado de Amsterdão no Tratado CE, reconhece o lugar que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União Europeia, bem como o papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial. Estes serviços devem funcionar com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

O artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral a fim de promover a coesão social e territorial da União.

No caso específico da competição entre os diversos terminais num mesmo porto, leciona GESNER DE OLIVEIRA¹⁵:

(...) o “mercado de portos” apresenta imperfeições, tornando desejável uma atenção especial ao fomento da concorrência entre intraporto.

14 http://europa.eu/scadplus/glossary/services_general_economic_interest_pt.htm; consulta em 17.03.2008, às 8:17.

15 OLIVEIRA, Gesner . *Defesa da concorrência dos portos*. RAE.v.38. julho/setembro de 2008.

Isso inclui a concorrência entre terminais operadores, trabalhadores, entre outros aspectos.

Em síntese, se, por um lado, seria, em tese, possível ao regulador, para preservar a competição, estabelecer algum nível de distinção entre os arrendatários e os autorizatários, por outro lado, não é legítimo, sob o mesmo pretexto, igualar os diferentes tipos de autorizatários, como se não houvesse distinção entre os usos misto e exclusivo no regime privativo.

Portanto, menos pelo fato de não haver previsão expressa na norma, e mais porque o objetivo atribuído ao regulador é de estimular a competição, não se pode admitir que, pela via regulatória, se estabeleça objetivo diverso, de proteger o arrendatário contra o regime liberal previsto para os autorizatários, concebido, exatamente, para estimular a competição entre o regime público e o privado, entre tarifas e preços, voltado para a ampliação da oferta de estruturas para o escoamento da produção nacional.

6. A proposta de inovação legislativa

Uma Emenda à Medida Provisória nº 412 de 31.12.2007 propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para que o terminal misto, possa movimentar carga própria **E/OU** de terceiros:

Inclua-se um Art. 2º na Medida Provisória nº. 412, de 31.12.2007, com a seguinte redação, renumerando-se os demais:

Art. 2º. O § 2º do Art. 4º da Lei nº. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º —

§ 2º *A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:*

I — uso público;

II — uso privativo;

- a) exclusivo, para movimentação de carga própria;
- b) misto, para movimentação de carga própria e/ou de terceiros;
- c) de turismo, para movimentação de passageiros;
- d) Estação de Transbordo de Cargas.

JUSTIFICAÇÃO:

As alterações propostas visam estimular a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infra-estrutura, ao reaparelhamento dos portos e a ampliação da oferta de serviços portuários — em face da carência dos recursos públicos, que devem ser destinados prioritariamente para atender às demandas da área social — de maneira a dotar o País de uma infraestrutura portuária moderna e compatível com as necessidades do comércio exterior.

É de conhecimento público a carência do país em infra-estrutura de transportes, em especial a ausência de terminais portuários, o que acaba por limitar o fluxo das exportações e importações, a circulação das mercadorias e a competitividade da indústria brasileira, impedindo o crescimento nacional.

Nos últimos anos ocorreu um aumento significativo da movimentação de cargas nos portos nacionais, obrigando-os a operar acima dos seus limites operacionais e acarretando custos adicionais a toda sociedade brasileira. As projeções das principais entidades públicas e privadas prevêem o agravamento desta situação, inclusive com a possibilidade de uma grave e ampla crise no setor, o que acarretará prejuízos significativos a toda economia nacional, particularmente ao comércio exterior brasileiro.

Assim, diante deste cenário, esta emenda objetiva:

- a) estimular à participação do setor privado nos investimentos necessários a ampliação e modernização da capacidade portuária nacional, através da construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privativas, possibilitando aos terminais privados movimentarem livremente mercadorias, sem qualquer tipo de restrição quanto a sua titularidade;
- b) fomentar o aumento da produtividade do setor portuário através do estímulo à livre concorrência, de forma a possibilitar o ambiente jurídico adequado aos investimentos privados;
- c) incentivar a livre concorrência entre os portos nacionais, de modo a incitar, de um lado, uma busca constante de aumento de eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infra-estrutura e, de outro lado, garantir maior

racionalidade na destinação de receitas e no processo de tomada de decisões em matéria econômica;

d) estimular a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da livre e ampla competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;

e) aumentar a competitividade da economia nacional, através do aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;

f) incentivar a livre movimentação de mercadorias, sejam essas próprias e/ou de terceiros, sem nenhuma restrição quanto à sua quantidade ou proporção, em todas as modalidades de terminais, a fim de atender a demanda atualmente existente através do aumento da capacidade instalada de serviços de movimentação de cargas em terminais portuários, minimizando-se assim, o reconhecido gargalo logístico nacional e incentivando a livre iniciativa e oferta de serviços entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações portuárias, possibilitando-se, desta forma, a prestação de serviços de acordo com as necessidades da sociedade brasileira.

Como apontado anteriormente, tal disciplina não seria nenhuma inovação, já que o regime jurídico das telecomunicações previu a ampla competição entre os diversos prestadores de serviços, em regime público e em regime privado. Confirma-se a disciplina traçada na Lei nº 9.472/97, onde se percebe, facilmente, que o objetivo da norma foi ampliar os investimentos e a competição entre operadores sob diferentes regimes jurídicos, sendo certo que dos concessionários, em regime público, se exige a prévia licitação para a obtenção do título legitimador da exploração (o que não é exigido dos autorizatários, como regra):

*Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de **prévia autorização da Agência**, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.*

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de moda-

lidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º **AAgência definirá os casos** que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização **comunicará** previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:

I — disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem;

II — apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I — estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II — não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III — dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV — não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

Art. 134. **AAgência disporá sobre as condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse restrito.**

Art. 135. **AAgência poderá**, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, **condicionar a expedição de autorização** à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os **compromissos** a que se refere o caput serão objeto de **regulamentação, pela Agência**, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

Vê-se, pois, a ampla competência da agência para disciplinar os direitos de ingresso no setor e a possibilidade de instituir compromissos de atendimento de interesses gerais, bem como a desnecessidade de licitação, como regra, para a obtenção da autorização.

A grande diferença está na proteção que existe ao destinatário, num regime jurídico e noutro. No regime público, o destinatário da atividade é mais tutelado pela disciplina das *tarifas*, integralmente reguladas e controladas pelo Poder Público, ao passo que no regime privado, remunerado por *preço*, reina a liberdade na sua fixação, bem como na continuidade do serviço. É um fator importante na competição.

No entanto, no exercício de sua legitimidade, a agência deve buscar um ponto de equilíbrio, que deixe os terminais de uso misto bem distintos, em termos de requisitos e obrigações, dos regimes de arrendamento e de uso exclusivo. Ao incidir em equiparação a um deles para distanciar do outro, fugiu do equilíbrio, sendo, pois, desproporcional a medida. Daí sua invalidade.

III

Em face de tudo que foi aqui exposto, é possível sintetizar as seguintes proposições:

1. A ANTAQ, como agência reguladora, possui competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade “uso privativo misto” de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Tais poderes devem ser exercidos dentro dos objetivos fixados em lei, que representam uma política pública a ser implementada pela Agência. Como dito acima, a ANTAQ tem competência, decorrente da lei (deslegalização), para fixar os critérios técnicos para as autorizações de uso de instalações portuárias, mas tal competência é orientada para implementação de uma política pública pró-competição entre os diversos operadores e não para dificultá-la, protegendo um dos agentes; há que se buscar um ponto de equilíbrio, aqui não alcançado pela equiparação dos terminais mistos aos terminais de uso exclusivo.

2. A norma contida na letra “c”, do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras “a” e “b”, do inciso II, do §2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 não é legal. Embora a ANTAQ possa preencher o marco regulatório, tal competência tem por objetivo estimular a competição e não reduzi-la para preservar um dos agentes, não sendo, pois, válida a norma.

3. A Emenda à MPV 412 de 31/12/2007 que propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para: “b) misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros” é constitucional, já que o comando contido na Lei Maior é para a disciplina do porto e não para as instalações nele contidas; são regimes diversos. O porto é serviço público; o transporte de cargas é atividade econômica e exige a existência do porto, salvo se houver terminais privativos (fora dos portos organizados) para viabilizarem sua entra-

da e saída. Como serviço público, o porto só pode ser explorado pela Administração Pública ou mediante delegação a particulares por concessão ou permissão; o art. 21, XII, **admite a autorização, sem definir-lhe o regime jurídico, que pode ser feito pela lei ordinária. Certo é, no entanto, que a lei ordinária deve fixar uma diferença entre as situações que exigem licitação — arrendamento — das que não exigem — autorizações — sempre considerando como objetivo a preservação da justa e ampla competição entre os diversos operadores.**

O relevante é fixar a idéia de que os serviços públicos caminhem para um regime de maior liberalização e de ampliação da competição, por meio do ingresso de novos agentes. A competição não se dá apenas por meio da licitação. Este é apenas um dos formatos. Cada vez mais, além da concorrência pelo direito de ingresso num segmento de mercado, há a concorrência no mercado e entre mercados ou entre regimes jurídicos; os serviços postais, de transportes, de eletricidade e de telecomunicações já vislumbram tal competição entre os regimes jurídicos público e privado, tal como se objetiva instituir no setor portuário. Cabe ao regulador zelar pela lealdade na competição, editando normas que viabilizem tal mister. No mais, a Constituição não traçou um regime jurídico para as autorizações, podendo o legislador fazê-lo, admitido o auxílio da deslegalização.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO. O CONTRATO DE LOCAÇÃO NA FALÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO DO FALIDO. A FALÊNCIA E O PRINCÍPIO DA “VENDA (NÃO) ROMPE A LOCAÇÃO”

Sérgio Campinho

EMENTA: I — Da Consulta; II — Do Parecer; II.1 — Regime Jurídico do Contrato; II.2 — O Contrato de Locação na Falência; II.3 — Direito de Preferência do Locatário do Falido; II.4 — A Falência e o Princípio da “Venda (não) Rompe a Locação”; III — Das Respostas à Questição.

I — Da consulta

Em 26.12.2000, *X Ltda.*, sociedade empresária do ramo de construção naval, celebrou Contrato de Arrendamento com *Y S.A.*, pelo prazo determinado de 12 (doze) meses.

A avença consistiu na locação de imóveis, de propriedade de *Y S.A.*, situados nos arredores do Cais do Porto da Cidade *Z*, bem como de instalações e equipamentos, tendo sido ajustado o preço certo de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), para todo o período contratual, com o fito de permitir à *X Ltda.* desenvolver, de forma eficiente e autônoma, atividades que compõem o seu objeto social.

O indigitado contrato foi prorrogado até 21.08.2002, ocasião em que foi celebrado o respectivo Primeiro Aditamento. Dentre outras alterações, o pacto aditivo previu o pagamento de alugueres mensais no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e estendeu o termo final do vínculo contratual para 21.08.2003, passando a contemplar a opção de prorrogação do prazo de arrendamento para mais 10 (dez) anos, com majoração, nesse caso, do aluguel mensal para R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais). Dito valor vigoraria nos primeiros 5 (cinco) anos, e, no segundo período de 5 (cinco) anos, os alugueres seriam reajustados em 10% (dez por cento) sobre a importância paga no último mês do primeiro período de 5 (cinco) anos, sem prejuízo dos reajustes anuais pela variação do IGP-M/FGV.

Em 21.06.2004, a *X Ltda.* exerceu a referenciada opção de prorrogar o contrato por mais 10 (dez) anos, tendo explorado o seu objeto social no local arrendado ininterruptamente desde então.

Em 02.10.2006, no curso do processo de recuperação judicial de *Y S.A.*, o r. Juízo de uma das Varas Empresariais da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro houve por bem decretar a falência do arrendador.

Segundo a consulente, a partir da decretação da quebra, vem ela deparando-se com manifestações do órgão do Ministério Público que atua nos autos do processo de falência, bem como do próprio Administrador Judicial, no sentido de que “(i) após a realização do leilão do imóvel arrendado, o arrendamento concedido em favor da *X Ltda.* deverá ser prontamente extinto e (ii) deverá ser publicado o edital sem conter o direito de preferência (que tocaria) à *X Ltda.*”.

Dessarte, considerando que:

a) a *X Ltda.* vem honrando, religiosamente, as obrigações assumidas no Contrato de Arrendamento; e

b) o Contrato de Arrendamento e o seu Primeiro Aditamento foram registrados nas matrículas dos imóveis em questão no competente Registro Geral de Imóveis e existe cláusula contratual prevendo

que, na hipótese de alienação ou de qualquer outro ato que implique a substituição do arrendador, o contrato deva ser respeitado pelo adquirente, obrigando-se aquele a fazer constar a existência desta cláusula no instrumento de transferência, a consulente apresentou os seguintes questionamentos:

- a simples existência da falência e da normatização a ela afeita modificam a relação locatícia em algum aspecto relevante?
- como está posicionado o direito de preferência da *X Ltda.* no leilão? Existe direito líquido e certo de preferência, devendo o mesmo constar expressamente do edital do leilão?
- em caso de não ser a *X Ltda.* compradora do imóvel no leilão judicial, tem a locatária o direito à continuidade de seu contrato de locação sem possibilidade de denúncia unilateral por parte do novo proprietário?
- em caso de continuidade do contrato de locação é possível a propositura da competente ação renovatória nos termos lançados pela Lei de Locações?
- demais questões relevantes consideradas pelo consultor.

II — Do parecer

II.1 — Regime jurídico do contrato

Previamente ao enfrentamento do tema de fundo, objeto da presente consulta, mister se faz determinar o regime jurídico a que se encontra subordinado o denominado Contrato de Arrendamento, juntamente com o seu aditivo, celebrado entre *X Ltda.* e *Y S.A.*

Consoante se tem das cláusulas primeira e segunda da avença em tela, consideradas as modificações introduzidas pelo já mencionado primeiro e único aditamento, o objeto principal do arrendamento consistiu na transferência do exercício do uso e gozo de bens imóveis; constaram como objeto acessório, portanto incluídas no arrendamento, todas as instalações e equipamentos definidas no Anexo I do instrumento original.

Sendo assim, apesar de o contrato acidentalmente fazer referência a artigo do Código Civil (cláusula 8.1), não se pode ter insegurança em afirmar que o pacto de arrendamento ou locação encontra-se com sua disciplina submetida à Lei nº. 8.245/91 e não ao Código Civil, na medida em que a locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto naquela lei especial, ficando sob o amparo da lei geral a locação de bens móveis, de espaços destinados à publicidade e de bens imóveis localizados em *apart*-hotéis, hotéis-residência ou equiparados e de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos (artigo 1º, da Lei nº. 8.245/91 e artigo 2.036 do Código Civil¹).

O fato de o pacto cuidar de locação de bens acessórios (instalações e equipamentos) não desnatura a característica de locação de imóvel urbano que distingue a relação locatícia mantida entre as partes. Não só porque o acessório não desqualifica o principal, mas também porque o sentido da expressão imóvel urbano, na Lei nº. 8.245/91, é amplo e não se restringe ao terreno edificado.

Conforme preciso escólio de Sylvio Capanema de Souza², “estariam, assim, submetidas à disciplina da Lei do Inquilinato as locações de terrenos desprovidos de construções, como, por exemplo, os destinados a estacionamento de veículos, depósitos, exposições, assim como aqueles em que houvesse acessões artificiais, como galpões, casas ou edifícios”. Prosseguindo em sua explanação³, conclui:

1 Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei. Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart*-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades. Art. 2.036. A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida.

2 *Da Locação do Imóvel Urbano*, 1 ed., 7ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

3 Ob. cit., p. 22.

Parece-nos claro que, para efeito da Lei do Inquilinato, o imóvel a que ela se refere é o solo, com sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, bem como tudo o que o homem incorporar permanentemente ao solo, como os edifícios e as construções.

Os chamados imóveis por acessão intelectual⁴ poderão ser objeto de locação, mas sempre como bens acessórios, como, por exemplo, os móveis e ornamentos que guarnecem uma residência, locada e mobiliada, ou os equipamentos e máquinas de um galpão industrial.

No nosso entendimento, a atual Lei do Inquilinato aplicar-se-á às lo-

4 Os bens imóveis por acessão intelectual tinham sua base legal no inciso III, do artigo 43, do Código Civil de 1916. Eram compreendidos como uma imobilização criada por lei, para atribuir maior vantagem e garantia dos direitos do proprietário e, particularmente, da utilização do imóvel. Assim é que o indigitado preceito identificava como imóvel tudo quanto nele o proprietário mantivesse intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. O Código Civil de 2002, no seu artigo 79, limitou-se a dizer que seriam bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Com o advento dessa nova definição legal, passou a existir divergência quanto à manutenção do instituto. Consoante registram Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “em um primeiro momento afirmou-se que a reforma legislativa se limitara a tornar mais conciso o dispositivo, sem alterar dogmaticamente as categorias de bens imóveis nele contidas. Assim, embora sem mencioná-los expressamente, restariam preservados os imóveis por acessão intelectual no direito positivo brasileiro”. Contudo, demonstram que, contra tal perspectiva, objetou-se que a reforma, em realidade, mostrara-se mais ampla. Em suas palavras, “ao lado da alteração do art. 79, o legislador introduziu os dispositivos dos arts. 93 e 94, criando a categoria das pertenças. Estas, segundo a dicção dos preceitos acima aludidos diferenciam-se das partes integrantes do imóvel (as acessões naturais e artificiais, de que trata o art. 79), destinando-se, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro. Tal definição, do art. 93, deve ser lida em conjunto com o art. 94, segundo o qual os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso. Significa dizer que o legislador rejeitou a aderência legal e automática desta classe de bens aos bens imóveis, o que equivale a rejeitar qualquer espécie de acessão intelectual, implicitamente configurada” (*Código Civil Interpretado*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 174). Apesar de não mais persistir no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, entendimento com a qual concordo, o fato não prejudica a conclusão de que as pertenças, tais quais os outrora imóveis por acessão intelectual, possam também ser objeto de locação, mas sempre como bem acessório ao principal que, na situação fática da consulta, são os imóveis. De realçar que no caso concreto houve nítida manifestação volitiva de que na locação do principal (bens imóveis) fosse incluída a locação do acessório (instalações e equipamentos). O realinhamento dos institutos não prejudica a qualificação jurídica do contrato como de locação de imóvel urbano, submetido, assim, à Lei nº. 8.245/91.

cações de terrenos urbanos, haja ou não construção, salvo as exceções elencadas, em *numerus clausus*, no parágrafo único [do artigo 1º].

Não é outra a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁵, para quem “atualmente, a locação dos imóveis urbanos, incluindo-se estabelecimentos comerciais e shopping-centers sujeita-se à normativa da L. 8.245/1991, e não às regras do Código Civil (CC, art. 2.036), embora aquele diploma não regule a locação de alguns imóveis urbanos (L. 8.245/1991, art. 1º, par. ún.)”.

Nessa perspectiva, analisarei o tema sob a disciplina da Lei Especial nº. 8.245/91.

II.2 — O contrato de locação na falência

Ante o advento da falência do locador, senhorio ou arrendador, mister se faz verificar os impactos do instituto falimentar na relação jurídico contratual.

Conforme já escrevemos⁶, é princípio geral assente no Direito Concursal que a falência não é causa de resolução dos contratos bilaterais. Apesar de não se constituir em motivação legal para a ruptura do vínculo, ela influirá na execução desses contratos. A possibilidade e a conveniência em cumprir ou não a prestação a que estava obrigado o devedor falido, já agora a cargo do administrador judicial, é que determinará a manutenção ou a resolução do contrato. Daí a Lei nº. 11.101/2005 prescrever, em seu artigo 117, *caput*, que “os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento

5 Ob. cit., v. 2, 2006, p. 254.

6 *Falência e Recuperação de Empresa — O Novo Regime da Insolvência Empresarial*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”.

A lei, portanto, confere ao administrador judicial, mediante autorização do comitê, se houver, o direito de optar pela execução ou não dos contratos bilaterais. A solução adotada deverá atender à conveniência dos interesses da massa falida, no que se refere à preservação do ativo que a compõe e a não geração de maior passivo.

Entretanto, no artigo 119 da mesma lei, tem-se disciplinas especiais para determinadas relações contratuais, sendo, assim, disposição especial em face da regra geral do artigo 117. Dentre essas regências extravagantes situa-se o contrato de locação. Assim é que no inciso VII daquele artigo 119 vem prescrito que “a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato”.

A Lei de Recuperação e Falência direciona as suas regras para preservar os efeitos decorrentes do contrato de locação ou arrendamento quando o falido for o locador. Não restando resolvido o contrato de locação pela falência, este seguirá seu curso, cumprindo ao administrador judicial receber os alugueres, vertidos para a massa falida; sendo o locatário o falido, a regulação já se altera, conferindo-se ao administrador judicial a faculdade de, a qualquer tempo, denunciar o contrato, sem ter que pagar multa ou qualquer outro consectário.

O dispositivo comentado encontra-se perfeitamente alinhado com o escopo do artigo 75 da mesma Lei nº. 11.101/2005. Com efeito, na falência do locatário, tem-se a possibilidade de denúncia, porquanto a falência visa a promover o afastamento do devedor de suas atividades, só se admitindo, em caráter excepcional, a continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial (artigo 99, inciso XI). Daí porque ser mantida a faculdade de denúncia, eis que, em princípio, não havendo prosseguimento provisório da ati-

vidade, a permanência da locação poderia onerar a massa⁷. De outro lado, na falência do locador não se tem por resolvido o contrato de locação, pois a falência, além de promover o afastamento do devedor, também visa, nos termos do artigo 75, a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. A manutenção da locação, por imperativo legal, tem a expectativa de continuidade do ingresso de recursos na massa, resultante do pagamento dos alugueres pactuados, sem contar com a valorização do ponto decorrente da exploração da empresa pelo locatário, quando se tratar de locação empresarial, o que, na liquidação final do ativo, contribuirá para se alcançar um valor final de venda mais elevado.

II.3 — Direito de preferência do locatário do falido

Conforme deduzido no item precedente, a Lei nº 11.101/2005, inovando em relação ao Direito anterior, preceituou que a falência do locador não resolve a locação, subtraindo-a, assim, da regra geral que permite ao administrador judicial cumprir ou não os contratos. Pagará a retribuição locatícia à massa, na pessoa do administrador, até que se opere a venda judicial⁸ do bem locado (artigo 142).

7 Digo “em princípio”, porquanto estando a locação subordinada ao regime da renovação compulsória, o ponto estaria protegido e, assim, dotado de valor econômico. Dependendo das condições, poderá o contrato arrecadado, quando negociado, traduzir ingresso de receitas para a massa, viabilizando, por isso, uma postura de não denunciar a locação. Caberá ao administrador, nesse caso, sempre avaliar o que for mais conveniente para a massa falida.

8 Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: I — leilão, por lances orais; II — propostas fechadas; III — pregão. § 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda. § 2º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação. §

A essa conseqüência (venda judicial) não se tem como contornar. A quebra, segundo a sua nova lei, encontra-se visceralmente ligada ao escopo de liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente, predominando, portanto, a idéia da falência-liquidação.⁹

Nesse contexto, impende analisar se o locatário gozaria ou não do direito de preferência por ocasião da prefalada alienação judicial.

O direito de preferência, igualmente chamado de direito de prelação ou de preempção, tem por conteúdo a prioridade para aquisição do domínio de determinado bem, mesmo que o seu titular esteja em igualdade de condições com terceiros pretendentes. Para que viabilize o exercício dessa preferência, a Lei nº. 8.245/91 impõe ao locador a obrigação de levar a conhecimento do locatário, de forma inequívoca, sua intenção de alienar a coisa locada, dando-lhe ciência das condições do negócio, não sendo necessário que o aviso venha revestido de forma judicial.

Entretanto, em condições especiais, como se tem no artigo 32, da Lei do Inquilinato, o direito de preferência sofre modificações nas

^{3º} No leilão por lances orais, aplicam-se, no que couber, as regras da — Código de Processo Civil. § 4º A alienação por propostas fechadas ocorrerá mediante a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados no edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da falência. § 5º A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando 2 (duas) fases: I — recebimento de propostas, na forma do § 3º deste artigo; II — leilão por lances orais, de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada, na forma do § 2º deste artigo. § 6º A venda por pregão respeitará as seguintes regras: I — recebidas e abertas as propostas na forma do § 5º deste artigo, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas atendam ao requisito de seu inciso II, para comparecer ao leilão; II — o valor de abertura do leilão será o da proposta recebida do maior ofertante presente, considerando-se esse valor como lance, ao qual ele fica obrigado; III — caso não compareça ao leilão o ofertante da maior proposta e não seja dado lance igual ou superior ao valor por ele ofertado, fica obrigado a prestar a diferença verificada, constituindo a respectiva certidão do juízo título executivo para a cobrança dos valores pelo administrador judicial. § 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade.

9 Confira-se o que escrevi na obra citada, pp. 4/8.

condições de seu exercício, como na hipótese de venda judicial, e até mesmo se afigura impossível de ser exercitado, como nas situações de permuta, doação, integralização de capital, fusão, cisão e incorporação.

A orientação legal no caso de alienação por decisão judicial vem justificada pela ausência da voluntariedade, por parte do vendedor; em outras palavras, não é a vontade deste que prevalece, e sim uma determinação do Estado-Juiz. Mas, diferentemente dos outros casos citados, não há, tecnicamente, uma interdição ao direito de preferência, mas sim uma modificação na condição de seu exercício. Não se tem, nesses termos, a necessidade de o imóvel ser previamente oferecido ao locatário, conforme preceitua o artigo 27 da mesma Lei nº. 8.245/91. Mas isso não quer dizer que, concorrendo em igualdade com terceiros em leilão, não lhe deva ser assegurada essa preferência. A função social da propriedade, aliada ao direito social da moradia (estribados no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, artigo 1º, inciso III, da Constituição) justificaria a conclusão para as locações residenciais. Já a função social da empresa, com sua moldura inscrita no artigo 170 e seus incisos, da Constituição Federal, que recomenda a salutar providência da preservação da atividade econômica, legitimaria essa mesma conclusão para as locações não residenciais, amparadas pela renovação compulsória, em proteção ao ponto empresarial (antigo ponto comercial), elemento incorpóreo do estabelecimento.

Nesse diapasão, parece-me perfeitamente adequada a lição de Sylvio Capanema de Souza¹⁰, valendo traduzi-la, *ipsis verbis*:

Como se não bastasse o argumento, a preferência não precisará ser oferecida ao locatário, já que poderá ele, como qualquer pessoa do povo, comparecer ao leilão e igualar o lance vencedor, quando, então, lhe será assegurada a primazia.

10 Ob. cit., p. 217.

Seu direito não corre risco algum, já que a venda judicial é pública e precedida de editais para o conhecimento de todos.

A preferência será, assim, exercida diretamente por ocasião da venda.

II.4 — A falência e o princípio da “venda (não) rompe a locação”

O princípio da “venda rompe a locação” encontra-se inscrito no artigo 8º¹¹ da Lei nº. 8.245/91, com correspondente no artigo 576¹² do Código Civil de 2002. Assim é que, se o imóvel for alienado durante a vigência da locação, é facultado ao adquirente, *ex vi legis*, denunciar o contrato, salvo se a locação for por prazo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência, em caso de alienação, devendo, ainda, estar averbado junto à matrícula imobiliária referente ao imóvel, no registro competente. Não fica, pois, o adquirente obrigado, exceto naquelas condições anteriormente ressaltadas, a respeitar o contrato.

O fato, portanto, da alienação da coisa (transferência do domínio do direito real), por si só, é suficiente para permitir a denúncia da locação, resilição que não tem outro fundamento senão o direito po-

11 Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel. § 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo. § 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo — se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.

12 Art. 576. Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro. § 1º O registro a que se refere este artigo será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição, quando imóvel. § 2º Em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação.

testativo do novo adquirente em não manter a relação locatícia com o antigo arrendatário¹³.

Há, sem dúvida, imprecisão técnica na enunciação do brocardo, porquanto não é a venda, singularmente considerada, que rompe a locação. A alienação, portanto, não rompe a locação, mas lhe retira a eficácia. O que rompe a locação é a denúncia que a alienação propicia ao adquirente (novo titular da propriedade), em decorrência do já conhecido princípio da relatividade dos contratos¹⁴. Contudo, não se pode perder o horizonte por lei estabelecido para o exercício desse direito: a) a locação não for por tempo determinado; b) o contrato não contiver cláusula de vigência em caso de alienação; e c) havendo a cláusula expressa de vigência, não estar a mesma averbada no registro de imóveis.

Destarte, a *contrario sensu*, “a venda não rompe a locação”, ou, numa dimensão técnica mais precisa, a alienação não permite a denúncia ao novo titular da propriedade, quando (a) a locação for por prazo determinado; (b) o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação; e (c) estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

O quadro fático da consulta retrata o preenchimento dos requisitos, de forma cumulativa, o que impede a denúncia da locação pelo novo adquirente, já que se está diante de locação com prazo certo, cujo contrato revela cláusula de vigência em caso de alienação (cláusula oitava¹⁵), devidamente averbado na matrícula imobiliária, relativa aos imóveis locados.

13 Nagib Slaibi Filho, *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 98.

14 Sylvio Capanema de Souza, *ob. cit.*, p. 81.

15 Apesar de a cláusula fazer menção ao artigo 1.197 do Código Civil de 1916, correspondente histórico do artigo 576 do Código Civil de 2002, sustento que a referência deve ser desconsiderada, porquanto a relação jurídico-contratual encontra-se regida pela Lei nº. 8.245/91, conforme desenvolvido no item II.1 desse parecer. A alusão àquele preceito, portanto, não passa

Um questionamento poderia aflorar: a regra do artigo 8º é aplicável, na dimensão da “venda não romper a locação” em caso de alienação judicial? Ou seja, a venda judicial vulnera a posição do locatário, ainda que a relação jurídica preencha todas aquelas condições que impedem a denúncia resultante da alienação?

Penso que as regras tanto para a denúncia contratual, quanto para impedi-la, contidas no artigo 8º, não sofrem qualquer mutação na hipótese de venda judicial. A lei fala em ser o imóvel alienado, mas não faz qualquer discriminação quanto à forma de alienação. É irrelevante, assim, tenha ela se dado judicial ou extrajudicialmente, a título oneroso ou gratuito. A expressão “adquirente”, utilizada no preceito em comentário, como bem adverte Sylvio Capanema de Souza¹⁶, “não se refere, exclusivamente, ao comprador, e sim, genericamente, ao que se torna titular da propriedade”. Desse modo, tem-se aí incluído o arrematante ou o adjudicante na alienação judicial.

A venda decorrente de decisão judicial é a que se terá na fase de liquidação do ativo falimentar (artigo 142 da Lei nº. 11.101/2005). Como bem registra Silva Pacheco¹⁷, “os casos de venda por decisão judicial são todos que se dão sob a supervisão do juiz, quer no processo de execução, quer em procedimentos mais diversos, abrangendo a arrematação, as alienações judiciais, o leilão em falência, inventário, sub-rogação etc.”.

Verificado que a alienação judicial, genericamente considerada, não interfere para o estabelecimento e para a aplicação do princípio da “venda (não) rompe a locação”, cumpre investigar se o estado de falência do locador (hipótese a interessar na presente consulta), e

de erro material. Como curial, o enquadramento das relações jurídicas ao direito positivo não deriva da vontade das partes, mas sim da vontade da lei.

16 Ob. cit., p. 82.

17 *Tratado de Locações, Ações de Despejo e Outras*, 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 345.

a alienação do ativo que lhe é inerente e indissociável, seriam capazes de transmutá-lo ou de afastar a sua eficácia.

Útil para o estabelecimento de uma linha de raciocínio coerente é perquerir o esquema das alienações judiciais no Decreto-Lei nº. 7.661/45, de modo a auxiliar à exegese do novo quadro irrompido com o advento da Lei nº. 11.101/2005.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 116¹⁸ do Decreto-Lei nº. 7.661/45 cuidavam da locação protegida pela renovação compulsória. A regra era de que o estabelecimento do falido, enquanto locatário, deveria ser vendido em sua integridade, incluindo-se na alienação a transferência do mesmo contrato. Constatada, no entanto, a inconveniência desse modo de venda, era possível ao síndico optar pela resolução do contrato e mandar vender separadamente os bens.

Na situação de o falido ser o locador, a lei se mantinha silente no que se referia a qualquer possibilidade de denúncia do contrato, por parte do síndico, impedindo que o imóvel fosse vendido sem a transferência do contrato. Aquela especialidade somente vinha autorizada na hipótese de o falido ser o locatário.

Portanto, a posição do falido como locador encontrava sua disciplina na regra geral do artigo 43¹⁹, vedada a resolução do contrato para a venda separada do imóvel locado. Da venda judicial, por sua vez, não resultava qualquer excepcionalidade capaz de vulnerar

18 Art. 116. A venda dos bens pode ser feita englobada ou separadamente. § 1º Se o contrato de locação estiver protegido pelo Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, o estabelecimento comercial ou industrial do falido será vendido na sua integridade, incluindo-se na alienação a transferência do mesmo contrato. § 2º Verificada, entretanto, a inconveniência dessa forma de venda, o síndico pode optar pela resolução do contrato e mandar vender separadamente os bens.

19 Art 43. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa. Parágrafo único. O contraente pode interpellar o síndico, para que, dentro de cinco dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo êsse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

o princípio da “venda (não) rompe a locação”. Assim, concluía, de forma pertinente, Silva Pacheco²⁰:

A falência do locador pode trazer como consequência: a) a locação prossegue, devendo os alugueis ser pagos ao síndico; b) se houver conveniência para a massa, pode o síndico denunciar o contrato, se não for para uso comercial (art. 43 do Dec.-lei 7.661); c) se o for, o síndico deve respeitá-lo; d) quando se proceder à venda dos imóveis alugados, o adquirente é obrigado a respeitar a locação se o contrato contiver cláusula que o obrigue a isso e estiver registrado no registro imobiliário.

No sistema atual, a hipótese vem especificamente disciplinada pelo artigo 119, inciso VII, já referido neste parecer, tradutor de regras especiais para certas relações contratuais. Nesse contexto, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato; a falência do locador, por seu turno, não resolve o contrato de locação, que deverá ser respeitado pelo administrador judicial.

Se o contrato de locação, sendo o falido locador, não sofre qualquer solução de continuidade, estando o administrador judicial obstado de promover a sua resilição, é porque a falência não é causa especial para alterar a relação locatícia mantida entre o arrendador falido e o seu arrendatário. Na Lei nº. 11.101/2005 não há regra a derogar o princípio da “venda (não) rompe a locação”, inscrito no artigo 8º da Lei nº. 8.245/91, nem a impedir a renovação compulsória da locação, quando protegida nos moldes do artigo 51²¹ do mesmo di-

20 Ob. cit., p. 450.

21 Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I — o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II — o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III — o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

ploma. É a conclusão linear que se pode inferir da seção relativa aos efeitos da decretação da falência sobre os contratos do falido.

Esse mesmo tom de raciocínio vem compartilhado por José da Silva Pacheco²², para quem “o locatário continua usando o imóvel e a pagar o aluguel devido à massa falida, representada pelo administrador judicial, até o vencimento do contrato. Quando, por ocasião da realização do ativo, for alienado o imóvel, o adquirente poderá denunciar o contrato com observância do art. 8º, da Lei nº. 8.245/91”.

Mas o posicionamento defendido, para alcançar maior segurança em seu enunciado, não pode dispensar a análise desafiadora de seu confronto à luz do artigo 141, inciso II, da novel Lei de Recuperação e Falência, ganhando contorno de maior complexidade. Com efeito, pelo mencionado dispositivo, francamente inovador em matéria de Direito Falimentar, tem-se que na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da “empresa ou de suas filiais”, promovida sob qualquer das modalidades legais, 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 acidente de trabalho. Numa leitura isolada e perfunctória do dispositivo, poder-se-ia querer defender a idéia de que a liberação do objeto da alienação de qualquer ônus estaria deferindo ao arrematante a possibilidade, incondicional, de não respeitar a locação. Contudo, essa não é a orientação adequada.

Primeiramente, há que se fixar o entendimento em relação ao emprego do vocábulo “ônus” no texto normativo. Tenho por firme convicção que sua utilização pelo legislador o foi em seu sentido estrito, referente, assim, à relação débito *versus* crédito. O ônus em tela encontra-se visceralmente ligado a dívidas, estando aí incluído o ônus real. Estar livre de ônus o objeto de alienação, para o preceito,

22 *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 296.

significa dizer que estará livre das dívidas, ainda que hipotecárias ou pignoratícias, não havendo nestas últimas hipóteses o direito de seqüela. E isso se dá porque os credores, sem exceção, nos termos do inciso I do mesmo artigo 141, observada a ordem de preferência legal, definida no artigo 83, sub-rogam-se no produto da alienação do ativo. O inciso II não pode ser lido senão na perspectiva do inciso I.

Portanto, é válido repetir, para que não se tenha dúvida da recomendada exegese, que o objeto da alienação fica livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor falido porque os credores restam sub-rogados no produto da alienação do ativo. O bem segue livre, pois os credores sub-rogam-se no produto da alienação. Por isso, não há sentido haver ônus, bem como não há sentido haver sucessão. O que o legislador desejou, seguindo a linha principiológica do artigo 75 (preservação e otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis), foi tornar mais atrativa a aquisição do bem, assegurando a incolumidade do adquirente, o qual não estará sujeito a qualquer ação dos credores do falido que não restarem totalmente satisfeitos na liquidação e no pagamento do passivo falimentar. Em outras palavras, libera-se o bem, o objeto da alienação, da ação dos credores do devedor.

Essa é a ótica pela qual o preceito vem sendo comentado na doutrina.

Fabio Ulhoa Coelho²³ contribui para desvelar o espectro estrito da questão da sucessão e da conseqüente liberação de ônus:

De um lado, quando a lei expressamente nega a sucessão, amplia as chances de interessados adquirirem o negócio do falido ou da sociedade falida e, conseqüentemente, as de mais credores virem a ter seus créditos satisfeitos com os recursos advindos da aquisição.

23 *Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364.

Com o mesmo foco (ônus como vínculo que mantém a relação entre ativo e passivo), assevera Raquel Sztajn²⁴:

Considerando as alternativas de venda dos bens que integram o(s) estabelecimento(s) do devedor falido organizado(s) para o exercício da empresa, volta-se o legislador para a questão do pagamento dos créditos, focando o olhar sobre os efeitos da aquisição de qualquer bem da massa falida em face de eventual adquirente (...). Dois são os aspectos legislados: de um lado, garante-se a todos os credores a sub-rogação no produto da realização do ativo (ou dos ativos), segundo a ordem de preferência creditória (inciso I); de outro, e talvez este seja o ponto central, relevante por inovador, da nova lei, é o que se refere ao rompimento de um certo vínculo que prende ativo e passivo patrimoniais.

Conseqüentemente, o regramento sob comento não é capaz de criar qualquer regra de exceção para legitimar o não respeito à locação em curso, preenchidas as condições constantes do artigo 8º da Lei nº. 8.245/91, porquanto esse vínculo obrigacional não estaria circunscrito ao conceito de ônus utilizado na Lei Falimentar.

É importante registrar que nessa relação locatícia haverá um terceiro interessado, titular de direitos próprios decorrentes de lei, não derogados pelo estado de falência do locador. Repita-se, assumindo o encargo de ser enfadonho, mas na busca de uma clareza de raciocínio, que a liberação de ônus e a inexistência de sucessão se estabelecem em função dos credores do falido e do adquirente do bem. São esses os limites subjetivos, pois para aqueles haverá sub-rogação no produto da venda. Os credores não mais poderão perseguir aquele bem para a satisfação de seus créditos, resolvendo-se, com isso, uma questão eminentemente falimentar que, em última análise, envolve liquidação do ativo e pagamento do passivo. O ônus em lei contemplado encontra-se diretamente ligado a esse movimento do processo fali-

24 *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenadores: Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.428.

mentar, sendo o vínculo locatício a ele estranho, imune a qualquer efeito decorrente da falência (artigo 119, inciso VII), não podendo, portanto, ser malferido por uma regra de liquidação de ativo.

Mas, ainda que assim não fosse o que só se admite, nesse trabalho, em apreço ao debate, num profícuo exercício de hermenêutica, conferindo-se ao vocábulo ônus um sentido lato ou extenso, a conclusão de fundo, ou seja, necessidade de se observar o artigo 8º da Lei do Inquilinato, permaneceria inafastada.

O escopo dessa reflexão consiste, pois, em tomar ônus como sinônimo de vínculo de qualquer natureza obrigacional, situação que, em tese, abrangeria o vínculo locatício. Nesse desiderato, impõe ao intérprete resolver os aparentes conflitos sugeridos, com a consideração em tela, entre as regras do artigo 141, inciso II, da Lei nº. 11.101/2005 e do artigo 8º da Lei nº. 8.245/91 e, até mesmo, entre aquela regra e o princípio da preservação da empresa.

Nas locações com fins empresariais, atendidos os pressupostos do artigo 51 da Lei de Locações, a saber: a) contrato escrito, celebrado por prazo determinado; b) vínculo locatício de, no mínimo, 5 (cinco) anos; c) exploração do mesmo ramo de atividade, no imóvel, nos últimos 3 (três) anos, considera-se que o empresário constituiu, como no caso da presente consulta, um *ponto* de referência no local, que merece ser protegido. A esse ponto confere-se o nome de propriedade empresarial (antiga propriedade comercial), elemento incorpóreo do estabelecimento (antigo fundo de comércio) que contribui para o seu funcionamento. Na situação da empresa desenvolvida pela locatária consulente, este mostra-se indispensável para o seu exercício, o qual estaria seriamente comprometido, podendo ser mesmo inviabilizado, com a perda do ponto, dada a singularidade do seu objeto social. No caso concreto, o ponto seria o elemento de maior importância do estabelecimento, a merecer proteção nos moldes do direito positivo vigente.

O artigo 8º da Lei do Inquilinato, ao estabelecer as condições para que a venda não propicie a denúncia da locação pelo novo adquirente, nos arrendamentos qualificados como empresariais, estaria

contribuindo para a manutenção do ponto, que atingiria o clímax de sua preservação com a implementação da renovação compulsória da locação. Dentro desse ambiente preservacionista é que se tem a regra do inciso VII do artigo 119 da Lei nº. 11.101/2005, que não permite a resolução do contrato de locação pela quebra do locador. Ora, se ele não se resolve é porque está apto a produzir todos os seus efeitos, inclusive na alienação posterior, pois esse é o fim inarredável do processo falimentar (falência-liquidação). A inevitabilidade da venda jamais foi desconhecida pelo legislador e não pode ser desconhecida pelo intérprete. Não teria lógica não resolver o contrato pela falência para, por ocasião da alienação judicial, ficar legitimado o adquirente a denunciar a locação, de forma incondicional, ao arrepio das condições estabelecidas pelo artigo 8º da Lei Inquilinária.

Dessa feita, ao se ponderar a regra do inciso II, do artigo 141 da Lei de Recuperação e Falência, na dimensão ora tomada em consideração (ônus em seu sentido lato), com a regra do artigo 8º da Lei de Locações, com o supedâneo da regra do inciso VII, do artigo 119 da mesma Lei de Recuperação e Falência, tanto em abstrato, como tomando por base o caso concreto, não se pode optar por caminho que não seja o de se deixar de aplicar aquele inciso II do artigo 141 mencionado, abrindo-se uma via de exceção a uma das regras, de modo a contornar uma incompatibilidade entre elas verificada, conferindo uma dimensão de peso maior a uma em detrimento da outra, não havendo que se falar em se invalidar uma delas.

A respeito do tema, contribui para sua solução Humberto Ávila²⁵, ao demonstrar que a atividade de ponderação, da qual deverá o intérprete fazer uso, ocorrerá na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas que, concretamente, podem entrar em conflito. Reproduzem-se suas palavras:

(...) em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas. (...)

25 *Teoria dos princípios*, 4 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 44.

Na hipótese de relação entre regras, mesmo que o aplicador decida que uma das regras é inaplicável ao caso concreto, isso não significa que ela em nada contribui para a decisão. Mesmo deixando de ser aplicada, uma regra pode funcionar como contraponto valorativo para a interpretação da própria regra aplicável, hipótese em que, longe de em nada contribuir para a decisão, a regra não aplicada concorre para a construção — mediante procedimento de aproximação e afastamento — do significado da regra aplicada.²⁶

As regras sempre irão prever condutas que servem à realização de fins devidos²⁷. Daí dizer-se que as regras possuem, em vez de um elemento finalístico, um elemento descritivo²⁸. Assim é que, se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe confere suporte ou for superável por outras razões, há que se estabelecer as categorias normativas conflituosas, de modo a justificar a necessária aplicação, deixando-se de invocar em todo ou em parte uma das regras, sem que isso consista na nulificação ou na revogação de uma delas. Essa é a segura lição de Humberto Ávila²⁹:

Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (*rule's purpose*) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa — para o que aqui interessa — que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra. Enfim, o traço distintivo das regras não é modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o

26 Ob. cit., p. 48.

27 Humberto Ávila, ob. cit., p. 65.

28 Humberto Ávila, ob. cit., p. 65.

29 Ob. cit., p. 66.

modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente — o que é algo diverso.

É justamente nesse exercício de ponderação, na busca do melhor conceito argumentativo, que não se pode afastar o princípio da venda não rompe a locação, quando da alienação judicial do bem no processo de falência, em respeito ao artigo 8º da Lei Inquilinária e do próprio inciso VII, do artigo 119 da Lei Falimentar, que prestigia a preservação e a continuidade do contrato de locação.

De outra banda, não se pode, na solução da contenda exegética, abrir mão do princípio da preservação da empresa, na medida em que os princípios impõem “a busca ou a preservação de um estado ideal de coisas”³⁰. Se assim o são, afiguram-se indispensáveis para o atingimento do equilíbrio na aplicação de uma regra, sem o que a razoabilidade do sistema estaria comprometida.

O princípio da preservação da empresa, fundado na sua função social, direciona o intérprete para sempre incentivar o seu exercício (o da empresa), ante um foco de interesses próprios marcado pela produção de dividendos sociais. É inevitável sua consideração como um importante fator de desenvolvimento econômico-social, irradiando e distribuindo riquezas, na medida em que se afigura como fonte de empregos, de tributos e de produção de bens e serviços que beneficiam toda a comunidade em que ela atua.

O princípio tem assento na própria Constituição da República e também amparo na legislação infraconstitucional.

Na Constituição Federal, encontra-se insculpido no artigo 170, que cuida da ordem econômica, baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Com efeito, só se pode atingir a livre concorrência (inciso IV), a defesa do consumidor (inciso V), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII) a partir do incentivo e de uma proteção

30 Humberto Ávila, ob. cit., p. 67.

à atividade empresarial, reveladores, assim, da função social da empresa.

No direito infraconstitucional, dentre inúmeros preceitos, tem-se o artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005³¹. Na trilha do texto normativo destacado, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a situação da superação 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”. Conforme as precisas palavras de Jorge Lobo³², fica patente que a recuperação judicial tem como “finalidade imediata, ‘permitir a manutenção da fonte produtora’, *rectius*, da empresa, e [como] finalidade mediata, promover a ‘preservação da empresa e a sua função social’”.

Desse modo, toda e qualquer interpretação que se venha fazer de uma regra da Lei nº. 11.101/2005 não pode perder de vista o escopo acima destacado, ainda que se trate de uma regra relativa às disposições da falência. Do contrário, estar-se-ia desrespeitando o seu sistema. Como curial, o grande avanço trazido por aquele diploma legal foi o de proporcionar a recuperação das empresas em crise e não propriamente a do empresário, seu titular (empresários individuais e sociedades empresárias). Esse foi o seu fim essencial, não sendo coerente nem razoável interpretar os seus vários dispositivos sem essa perspectiva maior.

Ora, embora as suas regras imediatas digam respeito ao processo de recuperação judicial da empresa em crise, mediatemente, como conceito maior, o que se quer preservar é a empresa genérica e abstratamente considerada. E isto impede que qualquer regra de seu corpo seja apropriada e direcionada para vulnerar essa preservação.

31 Fico a ele limitado, por ser o que importa para o desenvolvimento do tema objeto do presente parecer.

32 *Responsabilidade por Obrigações e Dívidas da Sociedade Empresária na Recuperação Extrajudicial, na Recuperação Judicial e na Falência*, in Revista EMERJ, v. 10, nº. 39/2007, p. 193.

Sendo assim, o inciso II, do artigo 141 não pode conduzir o intérprete para desproteger o titular de um ponto empresarial, permitindo que o arrematante do imóvel locado denuncie incondicionalmente a locação. Essa interpretação estaria divorciada do viés preservatório, característico da Lei de Recuperação e Falência. Despojar o locatário, ao arrepio do artigo 8º da Lei do Inquilinato, viria impor a perda do ponto e o comprometimento da atividade econômica organizada (a empresa) por ele desenvolvida no local. Levando o raciocínio às raias do absurdo, poderia ter ele que recorrer à ação de recuperação judicial para tentar superar a crise a que certamente estaria sujeito, como consequência do desalijo, devido à peculiaridade do objeto social que explora, constituindo ponto empresarial elemento indispensável ao seu desenvolvimento, tal qual já se destacou alhures. Repito, a exegese que se venha fazer do inciso II, do artigo 141, da Lei nº. 11.101/2005 não pode conduzir a absurdas situações que vulnerem e até mesmo desprotejam a empresa desenvolvida pelo locatário do devedor falido. A promoção da preservação da empresa e a sua função social são bens jurídicos maiores, de consideração necessária ao intérprete na análise de qualquer dispositivo da Lei nº. 11.101/2005.

III — Das respostas à quesitação

A partir das reflexões acima, passo a, objetivamente, responder à quesitação formulada.

Quesito 1: “A simples existência da falência e da normatização a ela afeita modificam a relação locatícia em algum aspecto relevante?”

Ocupando o falido a condição de locatário, fica facultado ao administrador judicial, a qualquer tempo, denunciar o contrato, ainda que de prazo determinado.

Entretanto, na falência do locador não é possível que, pelo só fato da quebra, seja resolvido o contrato de locação, que prosseguirá

na produção de seus efeitos regulares enquanto vigente. Assim, não é dado ao administrador judicial, no interesse da massa, a denúncia unilateral (resilição) do vínculo locatício, tal qual lhe é possível na hipótese de falência do locatário.

No mais, a relação locatícia permanece com seu curso submetido à lei destinada à sua regulação (Lei nº. 8.245/91 ou Código Civil, variando conforme a espécie da locação, influenciada pelo seu objeto).

Quesito 2: “Como está posicionado o direito de preferência da *X Ltda.* no leilão? Existe direito líquido e certo de preferência, devendo o mesmo constar expressamente do edital do leilão?”

A *X Ltda.*, como locatária do imóvel do falido, goza de preferência para a aquisição do domínio do bem locado, em igualdade de condições com terceiros.

Diferentemente das demais hipóteses tratadas no artigo 32 da Lei nº. 8.245/91 (permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação), nas quais há verdadeira interdição ao exercício desse direito de aquisição preferencial, na venda judicial, tal qual se terá na liquidação falimentar, existe, tão-somente, modificação na condição de seu exercício. Isto quer dizer que não há necessidade de o imóvel ser previamente oferecido ao locatário, conforme preceitua o artigo 27 da mesma Lei do Inquilinato. Mas, poderá ele, como qualquer interessado, comparecer ao leilão e igualar o lance vencedor, ocasião em que lhe será assegurada a primazia. Em outras palavras, a preferência será exercida diretamente por ocasião da hasta pública.

Não vejo na lei exigência para que no edital de hasta pública encontre-se expressamente previsto esse direito de prelação, sendo suficiente dele constar que o imóvel encontra-se locado, para que terceiros interessados não sejam surpreendidos pelo eventual exercício do direito de preempção. Não vislumbro, também, a necessidade de prévia ciência pessoal do locatário sobre a venda judicial, na medida em que esta se daria com a publicação editalícia.

Em última análise, não seria o direito de preferência que estaria prejudicado, mas sim a forma, a condição para o seu exercício.

Quesito 3: “Em caso de não ser a *X Ltda.* compradora do imóvel no leilão judicial, tem a locatária o direito à continuidade de seu contrato de locação sem possibilidade de denúncia unilateral por parte do novo proprietário?”

Tendo o contrato de locação prazo determinado, contendo ele cláusula de vigência no caso de alienação e estando averbado junto à matrícula do imóvel, como na hipótese aventada pela consultante, a transferência deste a terceiros, por não ter sido exercido o direito de preferência pelo inquilino, faz com que o adquirente, novo proprietário, seja obrigado a respeitar a locação, até o término de seu prazo. Somente depois, quando se transmudar em locação por prazo indeterminado é que este poderia, em tese, denunciá-la.

O artigo 8º da Lei nº. 8.245/91 incide na espécie, não o afastando o fato de a alienação ser judicial e de se realizar no âmbito da liquidação do ativo falimentar. Não tem o condão de inibir a sua aplicação, igualmente, a regra estatuída no inciso II, do artigo 141, da Lei nº. 11.101/2005, vez que os conceitos de ônus e sucessão nele traduzidos se referem a um vínculo que se prende a ativo e passivo patrimoniais, desvelando o seu espectro estrito.

Quesito 4: “Em caso de continuidade do contrato de locação é possível a propositura da competente ação renovatória nos termos lançados pela Lei de Locações?”

Como corolário lógico da manutenção do vínculo locatício, estando o contrato enquadrado aos termos do artigo 51 da Lei nº. 8.245/91, é possível a propositura da competente ação renovatória, vez que o regime jurídico do arrendamento é o desta lei especial e não o do Código Civil.

Quesito 5: “Demais questões relevantes consideradas pelo consultor”.

As demais questões relevantes encontram-se abordadas no corpo do parecer, justo com o fito de embasar o mérito concernente às respostas dos quesitos precedentes.

É o parecer, *s.m.j.*

Sérgio Murilo S. Campinho

**REPORT – COMMENTS ON THE DECISION OF
THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

**RELATÓRIO – COMENTÁRIOS SOBRE A DECISÃO
DA CORTE EUROPÉIA DE JUSTIÇA**

Dyson Ltd / Registrar of Trade Marks: No Trademark Protection for Concepts

Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 25 January 2007 in Case C-321/03 concerning a reference for a preliminary ruling under Article 234 EC, by the High Court of Justice of England & Wales, Chancery Division (United Kingdom)

Christoph Gasser

Abstract: The reason for the judgment of the European Court of Justice of 25 January 2007 was a reference for a preliminary ruling regarding the question whether a trademark had acquired distinctiveness through use consisting «of a transparent bean or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner as shown in the representation.» The European Court of Justice did not address this question submitted for a preliminary ruling, but primarily examined whether the subject-matter of the trademark application may be a «sign» in the sense of Article 2 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 («EC Trademark Directive»). The

European Court of Justice denied this question, arguing that a subject-matter of a trademark application, which relates to all the conceivable shapes of a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner, is not a «sign» within the meaning of that provision and therefore is not capable of constituting a trademark.

Resumo: A razão para o julgamento da Corte Européia de Justiça, em 25 de janeiro de 2007, resultou de uma decisão prejudicial relativa à indagação se uma marca consistindo de “um receptáculo ou câmara coletora transparente que integra a superfície externa de um aspirador de pó, conforme especificado na descrição” teria adquirido distintividade por meio do uso. A Corte Européia de Justiça não abordou esta questão que foi submetida como uma decisão prejudicial, mas examinou essencialmente se o objeto do pedido de marca pode ser considerado como um “sinal” no sentido do Artigo 2º. da Diretiva do Conselho 89/104/EEC de 21 de dezembro de 1988 (“EC Diretiva de Marca). A Corte Européia de Justiça negou essa questão, argumentando que o objeto do pedido de marca, que respeita a todos os formatos possíveis de um receptáculo ou câmara coletora transparente, integrante da superfície externa de aparelho de pó, não é um sinal nos termos daquela norma e portanto não é suscetível de constituir uma marca.

I. Facts and Legal Framework

Since 1993, («Dyson») is producing and distributing the vacuum cleaner «Dual Cyclone», a bagless cleaner in which the dirt and dust is collected in a transparent plastic container forming part of the machine.

On 10 December 1996, the Notary Ltd, a company owned by James Dyson, lodged an application at the Registry for the registration of trademarks for the following products in Class 9 of the Nice Agree-

ment concerning the International Classification of Goods and Services for the Purpose of the Registration of Marks of 15 June 1957, as revised and amended: «[a]pparatus for cleaning, polishing and shampooing floors and carpets; vacuum cleaners; carpet shampoos; floor polishers; parts and fittings for all the aforesaid goods». That application was assigned to Dyson on 5 February 2002. The trademarks were described as follows: «[t]he mark consists of a transparent bean or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner as shown in the representation.» A picture of the bagless vacuum cleaner manufactured and marketed by Dyson was attached to each of the descriptions; however, such picture only illustrated the concept of the transparent plastic container and did not claim to be a representation of the sign to be protected as a trademark.

The application was rejected by decision of the Registrar, which was upheld by the Hearing Officer on 23 July 2002. Dyson brought an appeal against that decision before the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division. That court took the view that the two trademarks at issue were devoid of any distinctive character within the meaning of section 3(1), first subparagraph, (b) of the UK Trade Marks Act 1994 and that they were also descriptive of characteristics of the goods referred to in the application for registration, within the meaning of section 3(1), first subparagraph, (c) of that Act. The High Court was uncertain, however, whether on the date of the application for registration, that was in 1996, the trademarks had acquired a distinctive character as a result of the use made of them, within the meaning of section 3(1), second subparagraph, of the 1994 Act.

The High Court found that, in 1996, consumers recognised the transparent collection chamber as an indication that they were looking at a bagless vacuum cleaner and were informed by advertising and the lack of any rival products – as Dyson had at the time a de facto monopoly in that type of product – that bagless vacuum clea-

ners were manufactured by Dyson. It observed, however, that by that date Dyson had not actively promoted the transparent collection chamber as a trademark. Accordingly, in the light of paragraph 65 of the judgment of 18 June 2002¹, the High Court was uncertain whether a mere de facto monopoly can suffice to confer a distinctive character, given the association between the product and the manufacturer, or whether it is necessary to require in addition promotion of the sign as a trademark.

In those circumstances, the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, decided to stay proceedings and to refer the following two questions to the Court for a preliminary ruling:

«1. In a situation where an applicant has used a sign (which is not a shape) which consists of a feature which has a function and which forms part of the appearance of a new kind of article, and the applicant has, until the date of application, had a de facto monopoly in such articles, is it sufficient, in order for the sign to have acquired a distinctive character within the meaning of Article 3(3) of [the Directive], that a significant proportion of the relevant public has by the date of application for registration come to associate the relevant goods bearing the sign with the applicant and no other manufacturer?

2. If that is not sufficient, what else is needed in order for the sign to have acquired a distinctive character and, in particular, is it necessary for the person who has used the sign to have promoted it as a trade mark?»

For the time being, the European Court of Justice stayed the proceedings until such time as the European Court of First Instance had delivered final judgment in Case T-278/02, the case «Dyson v OHIM» («Vacuum cleaner»), as that case raised the same question of

1 Case C-299/99, «Philips v Remington», [2002] ECR I-5475.

interpretation as the present case. After Dyson had withdrawn the trademark application filed with the European Office for Harmonization in the Internal Market («OHIM»), the proceedings before the European Court of Justice resumed.

II. Reasoning rendered by the European Court of Justice

The European Court of Justice did not deal with the two questions submitted for a preliminary ruling regarding acquired distinctiveness through use, but claimed to be competent to first examine whether the subject-matter of the trademark applications constitutes a «sign» within the meaning of Article 2 of the EC Trademark Directive², even though this question had not been raised by the national court. The European Court of Justice argued that even though «a national court directs its reference to the interpretation of certain Community provisions which might come into consideration, the Court is not thereby precluded from providing the national court with all those elements for the interpretation of Community law which may be of assistance in adjudicating on the case pending before it, whether or not that court has specifically referred to them in its questions»³.

Looking at the Articles 2 and 3(1)(a) of the EC Trademark Directive, the European Court of Justice stated that the trademark applications did undisputedly «not seek to obtain registration of a trade mark in one or more particular shapes of transparent collecting bin – the shapes represented graphically on the application form being only examples of such a bin – but rather to obtain registration of a trade mark in the bin itself»⁴. Those trademarks would not consist of

2 First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks («EC Trademark Directive»), Official Journal L 040, 11/02/1989 P. 0001 – 0007.

3 Paragraph 24.

4 Paragraph 19.

a particular colour, but rather in the absence of a particular colour, namely transparency, which would enable the consumer to see how much dust has been collected in the collecting bin and to know when the bin is full. Accordingly, the European Court of Justice concluded: «It follows that the trade mark application in the main proceedings covers all the conceivable shapes of a transparent collecting bin forming part of the external surface of a vacuum cleaner.»⁵

Referring to its precedents,⁶ the European Court of Justice repeated the three conditions to be satisfied in order to be capable of constituting a trademark for the purposes of Article 2 of the EC Trade-mark Directive and not to be declared void within the meaning of Article 3(1)(a) of this Directive: Firstly, it must be a sign. Secondly, that sign must be capable of being represented graphically. Thirdly, the sign must be capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings (...).⁷

According to the European Court of Justice, these conditions were not satisfied. Even though it would be true that the enumeration of possible trademark subject-matters in Article 2 of the EC Trade-mark Directive would not be exhaustive, a subject matter within the meaning of that Article must be conceivable and sufficiently defined. However, the subject-matter of the application at issue would not be «a particular type of transparent collecting bin forming part of the external surface of a vacuum cleaner, but rather, in a general and abstract manner, all the conceivable shapes of such a collecting bin»⁸.

5 Paragraph 20.

6 Judgments of the European Court of Justice of 18 June 2002 in Case C299/99, «Philips / Remington», [2002] ECR I5475, Paragraph 32; of 12 December 2002 in Case C273/00, «Sieckmann», [2002] ECR I11737, Paragraph 39; of 6 May 2003 in Case C-104/1, «Libertel», [2003] ECR I-3793, Paragraph 23; of 24 June 2004 in Case C49/02, «Heidelberger Bauchemie», [2004] ECR I6129, Paragraph 22.

7 Paragraph 28.

8 Paragraph 35.

Dyson could not argue that the subject-matter of the trademark application would be perceived visually: «What consumers can identify visually is not so much the subject-matter of the application as two of Dyson's graphic representations as contained in the application. Those representations cannot be assimilated to the subject-matter of the application because, as pointed out by Dyson on a number of occasions, they are merely examples of it.»⁹ Accordingly, the subject-matter of the trademark application would be capable of taking on a multitude of different appearances and would thus not be specific: «... the shape, the dimensions, the presentation and composition of that subject-matter depend on the vacuum cleaner models developed by Dyson and on technological innovations. Likewise, transparency allows for the use of various colours.»¹⁰

The European Court of Justice concluded that the owner of such an undetermined trademark, given its exclusive right, could obtain an unjustified competitive advantage as it could prevent its competitors from offering vacuum cleaners, «having any kind of transparent collecting bin on their external surface, irrespective of its shape»¹¹. Hence, the European Court of Justice decided, referring to Article 2 of the EC Trademark Directive, «that the subject-matter of an application for trade mark registration, such as that lodged in the main proceedings, which relates to all the conceivable shapes of a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner, is not a 'sign' within the meaning of that provision and therefore is not capable of constituting a trade mark within the meaning thereof.»

9 Paragraph 36.

10 Paragraph 37.

11 Paragraph 38.

III. Final Remarks

The decision of the European Court of Justice is in line with its precedents. The trademarks at issue were examined based on the aforesaid three-step test as developed under Article 2 of the EC Trademark Directive and failed to pass this test for lack of visual perceptibility due to a multitude of possible appearances and, hence, because of vagueness. The trademark's independence from the product could finally not be made out.

The European Court of Justice rejected the trademark applicant's attempt to monopolize its concept of transparent plastic containers – in whatever shape – as a part of the external surface of a vacuum cleaner without dust bag. Trademark law does not protect ideas.¹² Accordingly, even if the applicant had invoked the so-called principle of the variability of the concrete trademark usage (for instance, this principle is accepted in case of word trademarks – a word trademark can be used properly in whatever font or colour, be it on the product, in publicity, or elsewhere in commerce¹³), it could not have obtained trademark protection for the different surfaces of bagless vacuum cleaners.

Moreover, the trademark applicant did apparently not endeavor to apply its trademark as a so-called “position mark”. I.e., it did not try to obtain a trademark for a transparent container to be fixed always to the same specific position on the vacuum cleaner, always in the same shape and always in the same relative size.¹⁴ As a consequence, the European Court of Justice was not called to examine whether a transparent container to be fixed always to the same speci-

12 See, e.g., FEZER Karl-Heinz, *Eine Theorie der variablen Marke*, GRUR 2005, 103.

13 FEZER (fn. 12), GRUR 2005, 105, 107.

14 Cf. STRÖBELE Paul/HACKER Franz, *Markengesetz*, treatise, 8th ed., Cologne et al. 2006, MarkenG 3 N 65, MarkenG 8 N 170; moreover EISENFÜHR Günther/SCHENNEN Detlef, *Gemeinschaftsmarkenverordnung*, treatise, Cologne et al. 2003, GMV 4 N 43, GMV 7 N 91 et seq.

fic position on a vacuum cleaner, always in the same shape and always in the same relative size, would be regarded as not technically indispensable and, moreover, as so unusual that the relevant public would deem this feature as a (position) trademark, pointing to a certain company origin, and not just as any decorative or esthetical element.

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

25 January 2007 (*)

(Trade marks – Approximation of laws – Directive 89/104/EEC – Article 2 – Concept of a sign of which a trade mark may consist – Transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner)

In Case C-321/03,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC, by the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (United Kingdom), made by decision of 6 June 2003, received at the Court on 24 July 2003, in the proceedings

Dyson Ltd v Registrar of Trade Marks, THE COURT (Third Chamber), composed of A. Rosas, President of the Chamber, J. Malenovsky and A. Ó Caoimh (Rapporteur), Judges, Advocate General: P. Léger,

Registrar: B. Fülöp, Administrator, having regard to the written procedure and further to the hearing on 25 April 2006, after considering the observations submitted on behalf of:

- Dyson Ltd, by H. Carr QC and D.R. Barron, Solicitor,
- the United Kingdom Government, by C. Jackson, and subsequently by E. O'Neill and C. White, acting as Agents, and M. Tappin, Barrister,
- the Commission of the European Communities, by K. Banks and N.B. Rasmussen, acting as Agents, after hearing the Opinion of

the Advocate General at the sitting on 14 September 2006 gives the following

Judgment

1 This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 3(3) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1) ('the Directive').

2 The reference was made in the context of proceedings between Dyson Ltd ('Dyson') and the Registrar of Trade Marks ('the Registrar') concerning the refusal by the latter to register two trade marks, each consisting of a transparent bin or collection chamber ('the collecting bin') forming part of the external surface of a vacuum cleaner.

Legal framework

Community legislation

3 According to the first recital in the preamble to the Directive, its purpose is to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, in order to eliminate disparities which may impede the free movement of goods and freedom to provide services and may distort competition within the common market.

4 The seventh recital in the preamble to the Directive states that 'attainment of the objectives at which this approximation of laws is aiming requires that the conditions for obtaining and continuing to hold a registered trade mark are, in general, identical in all Member States' and that 'to this end, it is necessary to list examples of signs which may constitute a trade mark, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings'.

5 Article 2 of the Directive, entitled 'Signs of which a trade mark may consist', provides: 'A trade mark may consist of any sign

capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.’

6 Article 3 of the Directive, entitled ‘Grounds for refusal or invalidity’, provides in paragraphs 1 and 3:

‘1. The following shall not be registered or if registered shall be liable to be declared invalid:

(a) signs which cannot constitute a trade mark;

(b) trade marks which are devoid of any distinctive character;

(c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, or the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods;

...

(e) signs which consist exclusively of:

– the shape which results from the nature of the goods themselves, or

– the shape of goods which is necessary to obtain a technical result, or

– the shape which gives substantial value to the goods;

3. A trade mark shall not be refused registration or be declared invalid in accordance with paragraph 1(b), (c) or (d) if, before the date of application for registration and following the use which has been made of it, it has acquired a distinctive character. Any Member State may in addition provide that this provision shall also apply whe-

re the distinctive character was acquired after the date of application for registration or after the date of registration.’

National legislation

7 Sections 1(1) and 3(1) of the Trade Marks Act 1994 (‘the 1994 Act’) provide as follows: ‘1. (1) In this Act a “trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging.

3. (1) The following shall not be registered:

(a) signs which do not satisfy the requirements of section 1(1),

(b) trade marks which are devoid of any distinctive character,

(c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of services, or other characteristics of goods or services,

(d) trade marks which consist exclusively of signs or indications which have become customary in the current language or in the *bona fide* and established practices of the trade: provided that a trade mark shall not be refused registration by virtue of paragraph (b), (c) or (d) above if, before the date of application for registration, it has in fact acquired a distinctive character as a result of the use made of it.’

The main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

8 Since 1993 Dyson has manufactured and marketed the Dual Cyclone vacuum cleaner, a bagless cleaner in which the dirt and dust

is collected in a transparent plastic container forming part of the machine.

9 On 10 December 1996, Notetry Ltd, a company owned by James Dyson, lodged an application at the Registry for the registration of six trade marks for the following products in Class 9 of the Nice Agreement concerning the International Classification of Goods and Services for the Purpose of the Registration of Marks of 15 June 1957, as revised and amended: '[a]pparatus for cleaning, polishing and shampooing floors and carpets; vacuum cleaners; carpet shampoos; floor polishers; parts and fittings for all the aforesaid goods'. That application was assigned to Dyson on 5 February 2002.

10 The application was withdrawn for four of those marks but was maintained for the two others, which are described as follows: '[t]he mark consists of a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner as shown in the representation'. A picture of one or other of the two versions of the bagless vacuum cleaner manufactured and marketed by Dyson was attached to each of the descriptions.

11 The application was rejected by decision of the Registrar, which was upheld by the Hearing Officer on 23 July 2002. Dyson brought an appeal against that decision before the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division. That court took the view that the two trade marks at issue were devoid of any distinctive character within the meaning of section 3(1), first subparagraph, (b) of the 1994 Act and that they were also descriptive of characteristics of the goods referred to in the application for registration, within the meaning of section 3(1), first subparagraph, (c) of that Act. The High Court is uncertain, however, whether on the date of the application for registration, that is in 1996, the trade marks had acquired a distinctive character as a result of the use made of them, within the meaning of section 3(1), second subparagraph, of the 1994 Act.

12 In that regard, the High Court found that, in 1996, consumers recognised the transparent collection chamber as an indication

that they were looking at a bagless vacuum cleaner and were informed by advertising and the lack of any rival products – as Dyson had at the time a de facto monopoly in that type of product – that bagless vacuum cleaners were manufactured by Dyson. It observed, however, that by that date the transparent collection chamber had not been actively promoted as a trade mark by Dyson. Accordingly, in the light of paragraph 65 of the judgment in Case C-299/99 *Philips* [2002] ECR I-5475, the High Court is uncertain whether a mere de facto monopoly can suffice to confer a distinctive character, given the association between the product and the manufacturer, or whether it is necessary to require in addition promotion of the sign as a trade mark.

13 In those circumstances, the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, decided to stay proceedings and to refer the following two questions to the Court for a preliminary ruling:

‘1. In a situation where an applicant has used a sign (which is not a shape) which consists of a feature which has a function and which forms part of the appearance of a new kind of article, and the applicant has, until the date of application, had a de facto monopoly in such articles, is it sufficient, in order for the sign to have acquired a distinctive character within the meaning of Article 3(3) of [the Directive], that a significant proportion of the relevant public has by the date of application for registration come to associate the relevant goods bearing the sign with the applicant and no other manufacturer?

2. If that is not sufficient, what else is needed in order for the sign to have acquired a distinctive character and, in particular, is it necessary for the person who has used the sign to have promoted it as a trade mark?’

14 By order of 12 October 2004, the Court stayed the proceedings in accordance with the third paragraph of Article 54 of the Statute of the Court of Justice until such time as the Court of First Instance had delivered final judgment in Case T-278/02 *Dyson v OHIM (Va-*

cuum cleaner), as that case raised the same question of interpretation as the present case.

15 By its action before the Court of First Instance, Dyson sought annulment of the decision of the First Board of Appeal of the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs), by which the latter had refused to register a trade mark intended for '[a]pparatus for cleaning, polishing and shampooing floors and carpets; vacuum cleaners; carpet shampooers; floor polishers; parts and fittings for all the aforesaid goods'. In the registration application form, Dyson described the mark sought as follows: 'The mark consists of a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner.'

16 After Dyson had withdrawn that trade mark application, the Court of First Instance, by order of 14 November 2005, held that the action had become devoid of purpose and that, accordingly, pursuant to Article 113 of the Rules of Procedure of the Court of First Instance, there was no need to adjudicate on the action. Consequently, the proceedings before this Court resumed on the same date.

On the questions referred for a preliminary ruling

17 By its questions, the national court asks, essentially, under what conditions a sign can acquire a distinctive character within the meaning of Article 3(3) of the Directive, where, as in the present case, the trader using the sign had, before its trade mark application was lodged, a de facto monopoly in the product bearing the sign.

18 It is apparent from the order for reference that those questions were raised concerning an application by Dyson to have registered two trade marks which, according to the wording of the application, consist of 'a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner as shown in the representation'.

19 As Dyson has stated on a number of occasions both in its written observations and at the hearing, and as the national court itself noted in its order for reference, the application does not seek to obtain registration of a trade mark in one or more particular shapes of transparent collecting bin – the shapes represented graphically on the application form being only examples of such a bin – but rather to obtain registration of a trade mark in the bin itself. It is, moreover, common ground that those marks consist not of a particular colour, but rather in the absence of any particular colour, namely transparency, which enables the consumer to see how much dust has been collected in the collecting bin and to know when the bin is full.

20 It follows that the trade mark application in the main proceedings covers all the conceivable shapes of a transparent collecting bin forming part of the external surface of a vacuum cleaner.

21 In its written observations and at the hearing, the Commission of the European Communities has argued that the subject-matter of such an application does not constitute a ‘sign’ within the meaning of Article 2 of the Directive and that it therefore cannot be registered as a trade mark. Accordingly, in its view, even if this question was not raised by the national court, it is necessary, before proceeding where appropriate with an interpretation of Article 3 of the Directive, to ascertain whether the subject-matter of that application fulfils the conditions laid down in Article 2 of that directive.

22 According to Dyson and the United Kingdom Government, it is not for the Court, in the context of a reference for a preliminary ruling pursuant to Article 234 EC, to raise of its own motion a question which was not touched on by the national court. At the hearing, Dyson and the United Kingdom Government stated on this point that, during the administrative proceedings, the Registrar, after having voiced objections on the issue of whether the subject-matter of Dyson’s application was a sign capable of constituting a trade mark, withdrew those objections when Dyson withdrew the application in respect of four of the six trade marks for which registration was initially sought.

23 It should be borne in mind that, according to settled case-law, the referring court alone can determine the subject-matter of the questions it proposes to refer to the Court. It is solely for the national courts before which actions are brought, and which must bear the responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the special features of each case both the need for a preliminary ruling in order to enable them to deliver judgment and the relevance of the questions which they submit to the Court (see, to that effect, Case C-159/97 *Castelletti* [1999] ECR I-1597, paragraph 14, and Case C-154/05 *Kersbergen-Lap and Dams-Schipper* [2006] ECR I-0000, paragraph 21).

24 However, even though, strictly speaking, a national court directs its reference to the interpretation of certain Community provisions which might come into consideration, the Court is not thereby precluded from providing the national court with all those elements for the interpretation of Community law which may be of assistance in adjudicating on the case pending before it, whether or not that court has specifically referred to them in its questions (see, to that effect, Case C-387/01 *Weigel* [2004] ECR I-4981, paragraph 44, and Case C-152/03 *Ritter-Coulais* [2006] ECR I-1711, paragraph 29).

25 Moreover, under Article 3(1)(a) of the Directive, signs which cannot constitute a trade mark are not to be registered or if registered are liable to be declared invalid. That provision thus precludes the registration of signs which do not meet the conditions imposed by Article 2 of the Directive, the purpose of which is to define the types of sign of which a trade mark may consist (see, to that effect, *Philips*, paragraph 38).

26 In those circumstances, contrary to the contentions of Dyson and the United Kingdom Government, even though the wording of the questions from the national court relates solely to Article 3 of the Directive and that court did not, in the main proceedings, touch on the issue of whether the subject-matter of the application in ques-

tion may be viewed as a sign of which a trade mark may consist within the meaning of Article 2 of that directive, it is necessary as a preliminary matter to consider that question (see, to that effect, Case C-104/01 *Libertel* [2003] ECR I-3793, paragraph 22).

27 Article 2 of the Directive provides that a trade mark may consist of any sign, provided that it is, first, capable of being represented graphically and, second, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings (*Philips*, paragraph 32, and Case C-273/00 *Sieckmann* [2002] ECR I-11737, paragraph 39).

28 It follows that, to be capable of constituting a trade mark for the purposes of Article 2 of the Directive, the subject-matter of any application must satisfy three conditions. First, it must be a sign. Secondly, that sign must be capable of being represented graphically. Thirdly, the sign must be capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings (see, to that effect, *Libertel*, paragraph 23, and Case C-49/02 *Heidelberger Bauchemie* [2004] ECR I-6129, paragraph 22).

29 According to the Commission, the application lodged by Dyson does not fulfil the first of those conditions because it relates to a concept, in this case, the concept of a transparent collecting bin for a vacuum cleaner, irrespective of shape. Since a concept is not capable of being perceived by one of the five senses and appeals only to the imagination, it is not a 'sign' within the meaning of Article 2 of the Directive. If a concept were able to constitute a trade mark, the logic behind Article 3(1)(e) of the Directive, namely to prevent trade mark protection from granting its proprietor a monopoly on technical solutions or functional characteristics of a product, would be frustrated. Accordingly, it should not be possible to achieve that advantage by registering all the shapes which a particular functional feature might have, which would be the result of allowing the registration of a concept which can cover many physical manifestations.

30 By contrast, Dyson, supported on this point by the United Kingdom Government, takes the view that, even if it is true, as it stated at the hearing, that a concept is not a sign capable of being registered as a trade mark, its application does relate to a 'sign' within the meaning of Article 2 of the Directive. The concept of a 'sign', which is defined broadly by the case-law, in fact covers any message which may be perceived by one of the five senses. It is apparent from the main proceedings that consumers associate the transparent collecting bin which is the subject-matter of the application with Dyson. Moreover, consumers are able, first, to see that collecting bin, which is a physical component of the vacuum cleaner, and, second, to see that it is transparent. The transparent collecting bin is thus perceptible by sight and therefore cannot be considered to be a product of consumers' imagination.

31 It should be borne in mind that, according to Article 2 of the Directive, a trade mark may consist of any sign, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging.

32 Although that provision mentions only signs which are capable of being perceived visually, are two-dimensional or three-dimensional and can thus be represented by means of letters or written characters or by a picture, it is however clear from the language of both Article 2 of the Directive and the seventh recital in the preamble thereto, which refers to a 'list [of] examples' of signs which may constitute a trade mark, that that list is not exhaustive. Accordingly, the Court has held previously that Article 2 of the Directive, although it does not mention signs which are not in themselves capable of being perceived visually, such as sounds or smells, does not expressly exclude them (*Steckmann*, paragraphs 43 and 44, and Case C-283/01 *Shield Mark* [2003] ECR I-14313, paragraphs 34 and 35).

33 However, if that condition is not to be deprived of all substance, it cannot be accepted that the subject-matter of any trade mark application necessarily constitutes a sign within the meaning of Article 2 of the Directive.

34 As the Court has held previously, the purpose of that requirement is in particular to prevent the abuse of trade mark law in order to obtain an unfair competitive advantage (*Heidelberger Bauchemie*, paragraph 24).

35 In the present case, it is common ground that the subject-matter of the application in the main proceedings is not a particular type of transparent collecting bin forming part of the external surface of a vacuum cleaner, but rather, in a general and abstract manner, all the conceivable shapes of such a collecting bin.

36 In that regard, Dyson cannot maintain that the subject-matter of its application in the main proceedings is capable of being perceived visually. What consumers can identify visually is not so much the subject-matter of the application as two of Dyson's graphic representations as contained in the application. Those representations cannot be assimilated to the subject-matter of the application because, as pointed out by Dyson on a number of occasions, they are merely examples of it.

37 It follows that, unlike the applications which gave rise to the judgments in *Sieckmann* and *Shield Mark*, the subject-matter of the application in the main proceedings is capable of taking on a multitude of different appearances and is thus not specific. As pointed out by the Advocate General in point 51 of his Opinion, the shape, the dimensions, the presentation and composition of that subject-matter depend both on the vacuum cleaner models developed by Dyson and on technological innovations. Likewise, transparency allows for the use of various colours.

38 Given the exclusivity inherent in trade mark right, the holder of a trade mark relating to such a non-specific subject-matter would obtain an unfair competitive advantage, contrary to the purpose pursued by Article 2 of the Directive, since it would be entitled to prevent its competitors from marketing vacuum cleaners having any

kind of transparent collecting bin on their external surface, irrespective of its shape.

39 It follows that the subject-matter of the application at issue in the main proceedings is, in actual fact, a mere property of the product concerned and does not therefore constitute a 'sign' within the meaning of Article 2 of the Directive (see, to that effect, *Libertel*, paragraph 27).

40 Accordingly, the answer to be given to the national court must be that Article 2 of the Directive is to be interpreted as meaning that the subject-matter of an application for trade mark registration, such as that lodged in the main proceedings, which relates to all the conceivable shapes of a transparent bin or collection chamber forming part of the external surface of a vacuum cleaner, is not a 'sign' within the meaning of that provision and therefore is not capable of constituting a trade mark within the meaning thereof.

41 In those circumstances, it is not necessary to interpret Article 3(3) of the Directive.

Costs

42 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Article 2 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks is to be interpreted as meaning that the subject-matter of an application for trade mark registration, such as that lodged in the main proceedings, which relates to all the conceivable shapes of a transparent bin or collection chamber forming part of the external

surface of a vacuum cleaner, is not a 'sign' within the meaning of that provision and therefore is not capable of constituting a trade mark within the meaning thereof.

[Signatures]

* Language of the case: English.