

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 10

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 2012

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 10 Janeiro/Junho de 2012

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

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

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

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto 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 10 (Janeiro/Junho de 2012)
. — 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)

* Publicada no segundo semestre de 2013.

Editorial

Caros leitores,

É com renovada satisfação que o Departamento de Direito Comercial e do Trabalho, da Faculdade de Direito da UERJ, publica com o apoio dos habituais parceiros mais um número da RSDE. Neste número contamos com a participação de nove colaboradores, com trabalhos que representam o fruto de suas pesquisas nas áreas temáticas da Revista. Quero destacar a participação de cinco alunos do curso de mestrado em Direito da UERJ, na linha de pesquisa Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual, que submeteram seus trabalhos acadêmicos à análise do Conselho Executivo e lograram aprovação e seleção para o presente número. A RSDE procura, desta forma, prestigiar a produção intelectual oriunda dos meios acadêmicos, mas que também possui forte relação com a advocacia, eis que grande parte dos autores tem forte inserção profissional na advocacia empresarial, especialmente a societária e mercado de capitais.

A seção Direito Societário traz os artigos dos professores Paulo de Tarso Domingues, advogado, mestre, doutor em Direito e professor de direito comercial na Universidade do Porto, Portugal, e Ronald Amaral Sharp Junior, consagrado professor de Direito Comercial no Rio de Janeiro, ex-advogado do BNDES, e aluno do curso de mestrado. O instigante trabalho do prof. Paulo de Tarso expõe com proficiência e riqueza de informações a possibilidade de utilização de meios telemáticos no funcionamento da assembleia geral, sem descartar seu emprego em outros órgãos. Aspectos como a telemática e o direito das sociedades europeu e norte-americano, a consagração dos meios telemáticos no direito português com a reforma de 2006 no Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei n. 262/1986), bem como a convocatória, a preparação da assembleia e o voto eletrônico são abordados. O Dr. Ronald Sharp Junior enfrenta uma *vexata*

quaestio do direito societário – a responsabilidade dos sócios na sociedade simples – e a interpretação a ser dada aos artigos 997, VIII, 1.023 e 1.024, todos do Código Civil. Examinando as várias opiniões a respeito e analisando-as criticamente, o autor expõe sua posição pessoal na controvérsia.

Na seção Negócios Empresariais/Relações Internacionais Privadas contribuíram o prof. Luciano Benetti Timm, doutor em Direito pela UFRGS, advogado em Porto Alegre e integrante do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, e o Dr. Domingo Pietrangelo Ritondo, ex-aluno da UERJ, mestre em Direito e Tabelião do 3º Tabelionato de Protesto de Títulos de Belo Horizonte. O artigo do prof. Luciano Timm expõe a teoria geral do direito contratual norte-americano. O autor, com vastíssimo conhecimento sobre o tema através de seus estudos de LLM na *University of Warwick* e pós-doutorado na *U.C Berkeley*, traz a definição de contrato, seus elementos, seus princípios gerais, a sua formação e a sua extinção, em uma perspectiva comparativa com o Direito Brasileiro, a fim de poder fornecer ao leitor um parâmetro de comparação para a evolução do Direito Contratual brasileiro, tendo com uma das principais referências do Direito ocidental do século XXI o direito contratual norte-americano. O conhecimento e experiência profissionais sobre o protesto de títulos do Dr. Domingo Pietrangelo ficam patentes em sua exposição sobre o boleto bancário e a duplicata “eletrônica”, realçando suas diferenças conceituais, em especial a distinção entre o protesto por indicação (ou falta de devolução) e das indicações a protesto, para demonstrar a legalidade do protesto extrajudicial da duplicata, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.492/97, a partir de dados enviados pelo credor ou ao Tabelionato de Protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica.

A [im]possibilidade de dilação do prazo de suspensão das ações e execuções em face do devedor em recuperação judicial, sob a ótica jurisprudencial, é o tema do artigo publicado na seção Recuperação de Empresas e Falências pelos advogados e professores de direito comercial Carlos Martins Neto e Cláudio Luiz de Miranda. Com base nas premissas cronológicas adotadas pelo legislador falimentar que, sem

dúvida, nortearam a redação do parágrafo 4º do artigo 6º da Lei n. 11.101/2005, os autores analisam os diversos problemas de ordem prática que podem surgir no curso do processo de recuperação judicial e impedir que uma decisão sobre o pedido recuperacional seja prolatada em até 180 (cento e oitenta) dias. Como os Tribunais analisam a questão e a evolução jurisprudencial são aspectos meritórios do estudo.

O advogado e mestrando Felipe Barros Oquendo, em perfeita sintonia com a proposta da linha de pesquisa Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual, discorre na seção Propriedade Intelectual sobre a proteção jurídica da criação intelectual do empregado no Brasil e os regimes de alocação de direitos à luz dos diversos tipos de propriedade intelectual (como gênero). Em seu texto o autor se debruça sobre um princípio unificador da matéria, analisando tanto a Lei n. 9.279/96 como a Lei n. 9.609/98 e a posição do legislador ante o desenvolvimento da sistemática em outras áreas, inclusive muito próximas, como a proteção jurídica dos programas de computador.

O exercício da liberdade de contratar e seus limites são analisados à luz do direito da concorrência, na seção Direito Econômico, pelo advogado e mestrando Alexandre de Albuquerque Sá. Com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial especializadas, o autor expõe a influência da experiência alienígena, especialmente americana e europeia, na construção do Direito da Concorrência brasileiro, com o fito de compreender os limites à liberdade de iniciativa no contexto da defesa da livre concorrência e o papel do Estado como entidade garantidora de um ambiente concorrencialmente saudável.

Em Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais encontra-se o inteiro teor de acórdão da Quarta Turma do STJ (RESP 1.263.500- ES) onde o colegiado de Ministros, em decisão puramente técnica, considerou aplicável aos créditos garantidos por cessão fiduciária, nos termos do art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65, a exclusão dos efeitos da recuperação judicial nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. O voto da Ministra relatora Maria Isabel Gallotti, as manifestações dos demais Ministros da Quarta Turma, além da ressalva feita pelo Ministro Luiz Felipe Salomão em seu voto-vista, são funda-

mentais para a compreensão da “trava” bancária e a posição do credor por ela beneficiado no processo de recuperação.

A advogada e mestranda Adriana Machado da Rocha Ferreira, na seção Debates e Atualidades, apresenta sua pesquisa sobre os valores mobiliários como bem de família, consoante a previsão legal dos artigos 1.712, 1.713, 1.717 e 1.718 do Código Civil, ressaltando a importância de que a renda oriunda dos rendimentos de tais títulos seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

A todos, antigos e novos leitores, expressamos nossos agradecimentos pela sempre generosa acolhida.

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

Colaboraram neste número

Adriana Machado da Rocha Ferreira

Mestranda em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — Puc-Rio. Advogada.

Alexandre de Albuquerque Sá

Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Especialista em Direito de Empresas pela PUC-Rio. Advogado no Rio de Janeiro.

Carlos Martins Neto

Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Foi professor de Direito de Empresa da Faculdade de Direito — Centro, da Universidade Candido Mendes — UCAM. Advogado no Rio de Janeiro.

Claudio Luiz de Miranda Bastos Filho

Professor substituto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado no Rio de Janeiro.

Domingo Pietrangelo Ritondo

Mestre em Direito pela Uniflu — Centro Universitário Fluminense. Especialista em direito registral pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Tabelião do 3º Tabelionato de Protesto de Títulos de Belo Horizonte.

Felipe Barros Oquendo

Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Especialista em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

lista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. Advogado no Rio de Janeiro.

Luciano Benetti Timm

Pós-Doutor pela U. C. Berkeley. Master of Laws (LLM) pela Universidade de Warwick. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Adjunto da PUCRS e da ULBRA. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Advogado.

Paulo de Tarso Domingues

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direito na Área de Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado em Portugal.

Ronald Amaral Sharp Junior

Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Diplomado em Estudos Avançados de Doutorado pela Universidad de Alcalá — Espanha. Professor de Direito Comercial (empresarial) da Fundação Getúlio Vargas — FGV. Ex-advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES. Auditor-Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE. Vogal da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro — JUCERJA.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

OS MEIOS TELEMÁTICOS NO FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS SOCIAIS.
O REGIME PORTUGUÊS
Paulo de Tarso Domingues 3

A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NA SOCIEDADE SIMPLES DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
Ronald Amaral Sharp Junior 37

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES NO ÂMBITO DO
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA
Carlos Martins Neto e Claudio Luiz de Miranda Bastos Filho 67

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS / RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

COMMON LAW E CONTRACT LAW: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO
CONTRATUAL NORTE-AMERICANO
Luciano Benetti Timm 107

BOLETO BANCÁRIO, DUPLICATA ELETRÔNICA E SEU PROTESTO
Domingo Pietrangelo Ritondo 151

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIAÇÃO INTELECTUAL DO EMPREGADO
NO BRASIL - INDICAÇÕES PARA UMA POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO
Felipe Barros Oquendo 173

DIREITO ECONÔMICO

DELIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR À LUZ
DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA
Alexandre de Albuquerque Sá 203

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

ACÓRDÃO - STJ - RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA
EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI
4.728/1965. 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não
se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por
cessão fiduciária. 2. Recurso especial provido.233

DEBATES E ATUALIDADES

OS VALORES MOBILIÁRIOS COMO BEM DE FAMÍLIA
Adriana Machado da Rocha Ferreira263

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**OS MEIOS TELEMÁTICOS NO
FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS SOCIAIS.
O REGIME PORTUGUÊS**

**TELEMATIC MEANS IN THE OPERATION
OF ORGANS OF COMPANIES.
THE PORTUGUESE SYSTEM**

Paulo de Tarso Domingues

Resumo: No presente texto é analisado o regime do Código das Sociedades Comerciais português, introduzido pela grande reforma efetuada em 2006, relativo à possibilidade de utilização dos meios telemáticos no funcionamento dos órgãos societários.

Palavras-chaves: Meios telemáticos. Órgãos sociais. Código das Sociedades Comerciais português.

Abstract: In this article it is analyzed the regime of the Portuguese Companies Code, which has been introduced by the major reform carried out in 2006, on the possibility of using electronic means in the functioning of the organs of companies.

Keywords: Electronic means. Organs of companies. Portuguese Companies Code.

SUMÁRIO: 1 — A telemática e o direito das sociedades. 2 — A consagração dos meios telemáticos no direito português: a reforma de 2006 do CSC. 3 — Análise do regime: a convocatória. 4 — A preparação da assembleia. 5 — A realização da assembleia: os novos modelos de AG. 6 — O voto eletrónico.

1 — A telemática e o direito das sociedades.

A telemática consiste no “conjunto de serviços e técnicas que combinam a utilização de recursos informáticos com os das telecomunicações”¹. Ou seja, quando se fala de telemática, está-se a aludir à comunicação à distância através de meios informáticos; numa palavra está-se a falar fundamentalmente de Internet (e meios eletrónicos afins), pelo que a matéria que aqui nos propomos abordar é a forma como o direito societário assimilou e se ajustou a essas novas tecnologias.

Assinale-se, antes do mais, que, um pouco paradoxalmente², o direito das sociedades — *v.g.*, quanto à matéria de que agora cuidamos: o funcionamento dos órgãos sociais, *maxime* da assembleia geral — manteve-se refratário relativamente aos novos meios de comunicação que foram surgindo durante o século XX, nomeadamente o telegrama, o telefone, o telex, o fax, etc.³. Contudo, no dealbar do século XXI, este ramo do Direito não conseguiu ficar imune à “marcha triunfal”⁴, à atração irresistível desse “admirável mundo novo” que se abriu com a Internet, começando-se a assistir em direito com-

1 Cfr. Academia das Ciências de Lisboa, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. Lisboa: Verbo, 2001, entrada “telemática”, p. 3531. De resto, o vocábulo “telemática” resulta precisamente da aglutinação entre tele[comunicação] e [infor]mática.

2 Dados os princípios da liberdade de forma e celeridade nas operações negociais que subjazem a todo o direito comercial. Cfr. FERRER CORREIA. *Lições de direito comercial*, vol. II, *Sociedades comerciais — Doutrina geral*. Coimbra, 1968, p. 33 ss.; e Abreu, Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*, vol. 1. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2006, p. 22 ss.

3 Vide NOACK, Ulrich. *Moderne Kommunikationsformenvor den Toren des Unternehmensrechts*. ZGR, 3/1998, p. 592 ss. Cfr., entre nós, p. ex., o artigo 249º, nº 4 CSC (a exigência de uma “carta”, como instrumento necessário para a representação do quotista em AG; redação e exigência idênticas constavam do artigo 380º, nº 2, antes da reforma operada pelo DL 76-A/2006, para a representação nas SA); o artigo 248º, nº 3 CSC (exigência de carta registada para a convocatória da AG nas SQ; nas SA, antes das alterações introduzidas pelo DL 111/2005, de 08 de julho, a convocatória deveria ser publicada, nos termos dos artigos 377º, nº 2 e 167º CSC, no Diário da República e num jornal da localidade da sede); etc.

4 Cfr. NOACK, “Moderne Kommunikationsformen...”, p. 593.

parado à consagração dos meios telemáticos pelas legislações societárias mais progressivas.

Com efeito, embora com matizes e graus diferentes, a possibilidade de utilização das novas tecnologias de informação — nomeadamente no que respeita ao funcionamento dos órgãos societários — está já prevista e regulada em diversos ordenamentos jurídicos. Assim, nos EUA, o Estado de Delaware, que é indiscutivelmente “the leading state of incorporation”⁵⁶, alterou, em 2001, a sua *Delaware General Corporation Law*, no sentido de consagrar, em termos bastante generosos, o recurso aos modernos meios eletrónicos por parte das *corporations*⁵⁷. Na Europa, a introdução das novas tecnologias no

5 HAMILTON, R. *The law of corporations*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 2000, p. 67, e CARY, William. Federalism and corporate law: reflexions upon Delaware. *Yale Law Journal*, v. 83, 1974, p. 664 e ss.

6 Na verdade, mais de 50% das *public companies* norte-americanas são ali criadas, constatando-se que esse número se eleva para 60% quando se reduz o universo às 500 maiores sociedades. E os números tornam-se ainda mais impressionantes, se se tiver presente que o segundo Estado com maior número de grandes empresas constituídas é o de Nova Iorque com apenas 25 sociedades. Cfr. GREENFIELD, Kent. Democracy and the dominance of Delaware in corporate law. *Boston College Law School Faculty Papers*, Paper 27, 2004, p. 101 e ss., que se pode ler em “<http://lsr.nelco.org/bc/bclsfp/papers/27>”; e Roe, Mark J. Delaware’s Politics. *Harvard Law Review*, 118, June 2005, p. 2493 ss. Vide também CONAC, “Le capital dans le droit américain des sociétés”, in *Quel avenir pour le capital social?*, Paris, Dalloz, 2004, p. 154, nt 5, que dá notícia de que, em 2003, 45% das sociedades cotadas no NYSE eram sociedades constituídas no Estado de Delaware.

7 Vide COX, J.; HAZEN, T.L. *On corporations — vol. II*. New York: Aspen, 2003, § 13.16; e HOLZMAN, J.L.; MULLEN, T. A new technology frontier for Delaware corporations. *Delaware Law Review*, vol. 4, 2001, 1, p. 55 ss. — que se pode igualmente ler em “<http://www.prickeet.com/A%20NEW%20TECHNOLOGY.htm>” —, onde os AA. concluem: “The technology amendments, as another example of Delaware’s consistent efforts to modernize and adapt the General Corporation Law to maintain its relevance and preeminence, enable Delaware corporations to take advantage of the revolutionary advances in communication technologies experienced over the past decade as well as future technological developments. The amendments do this in an enabling and flexible way — permitting corporate practitioners to determine the most appropriate and effective means of incorporating modern technologies into corporate governance matters. Importantly, the amendments do not shift the balance of power among corporate constituents and do not alter traditional fiduciary principles that attach to stockholder and director action. The amendments do present, however, an opportunity for all Delaware corpora-

direito societário também já se verificou no direito alemão⁸, no direito francês⁹, no direito italiano¹⁰, e no direito espanhol¹¹. Por outro lado, ao nível da União Europeia, o Relatório *Winter*¹² veio igualmente re-

tions to enhance stockholder participation in corporate decision making and to conduct formal corporate affairs using technologies now commonly used in modern business practices.”

8 Na Alemanha, as alterações de regime têm sido efetuadas através de diversas leis, nomeadamente a *NaStraG* (*Gesetz zur Namensaktien und zur Erleichterung der Stimmrechtsübung*), de 18 de janeiro de 2001; a *FormVAnpG* (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*), de 13 de julho de 2001; a *TransPuG* (*Gesetz zur weiteren Reform des Aktien-Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität*), de 19 de julho de 2002; e a *UMAG* (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*), de 22 de setembro de 2005. Para uma primeira abordagem ao regime destas leis, em língua acessível, veja-se SCHMIDT, K. La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1998 y 2002, y el código Cromme. *RdS*, nº 22, 2004-1, p. 19 ss.; JUAN Y MATEU, Fernando. La reforma de la AktG alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005. *RdS*, nº 25, 2005-2, p. 187 ss.; e TURELLI, S.. Assemblée di società per azioni e nuove tecnologie. *RS*, 2004, 1, p. 133 ss.

9 Em França, o novo regime foi introduzido pela *Loi du 15 Mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (designada por “NRE”), que entrou em vigor em maio de 2002. Sobre esta lei, vide HAAS, Gerard. *Vote électronique et visioconférence en entreprise: mode d’emploi juridique*. Disponível em “<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique020702.shtml>”; e GUYON, Yves. Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (Présentation générale). *RevSoc*, 2001, 3, p. 593 ss.

10 Em Itália, a consagração — com um caráter bastante mais tímido — destas novas tecnologias foi realizada com a profunda reforma do direito societário operada pelo D.lgs. 6/2003, de 17 de janeiro (que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2004). Vide, por todos, S. TURELLI, “Assemblea”, p. 139 ss.

11 Através da chamada “Ley de transparencia” (Ley 26/2003, de 17 de julho), que alterou as leis espanholas das sociedades anónimas e do mercado de valores. Sobre o regime resultante desta “Ley de transparencia”, veja-se: GARAU, G. Alcover. Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico. *Derecho de sociedades anónimas cotizadas — 10º Aniversario Revista Derecho de Sociedades*, vol. I. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 375 ss.

12 A Comissão Europeia criou, em setembro de 2001, um grupo (designado *High Level Group of Company Law Experts*, a que nos referiremos, doravante, simplesmente por Grupo), constituído por especialistas de vários países membros, destinado a formular recomendações sobre a modernização do direito das sociedades. Este grupo era presidido por Jaap Winter, e daí, o nome por que, por antonomásia, se costuma designar o Relatório por ele elaborado e, cujo texto, na sua versão em francês, se pode ler em “http://europe.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_fr.pdf”. Note-se que este grupo de especialistas elaborou dois relatórios: um primeiro, de janeiro de 2002, relativo à proposta de diretiva sobre

comendar — e idêntica solução foi acolhida no Plano de Ação que a Comissão Europeia, adotou, em 2003, para a modernização do direito das sociedades¹³ — a modificação do direito comunitário no sentido de passar a ser possível a utilização da Internet e dos modernos meios eletrónicos nas relações que se estabelecem entre as sociedades e os respetivos sócios¹⁴.

É de realçar que as alterações legislativas referidas têm sido fundamentalmente impulsionadas pelos mercados de capitais, por força da internacionalização, a que se tem assistido, das praças bolsistas e da pressão exercida pelos investidores institucionais, no sentido de se melhorar a eficiência e transparência do mercado financeiro¹⁵. No que respeita à utilização dos meios telemáticos no funcionamento da AG, está sobretudo em causa facilitar e fomentar a participação dos sócios nas assembleias¹⁶, com isso se visando combater a

OPA(s); o segundo — mais abrangente, com o título “A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe” —, de 4 de novembro de 2002. Doravante, quando nos referirmos, sem mais, ao Relatório *Winter*, é a este segundo relatório que pretendemos aludir.

13 Que consta da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 21/05/2003, com o título “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia — Uma estratégia de futuro”, que se pode ler em “http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2003/com2003_0284pt01.pdf”, referenciada como “COM/2003/0284 final”, e que teve por base o Relatório *Winter* (cfr. p. 15).

14 As recomendações do relatório *Winter* apenas se referem, no entanto, no que a esta temática diz respeito, às sociedades cotadas. Vide Relatório *Winter*, pp. 11 ss. e 56 ss.

As recomendações do relatório *Winter* são também designadas por propostas SLIM-Plus, uma vez que elas, em grande medida, complementam as propostas do Grupo SLIM. A iniciativa SLIM (acrónimo para “Simpler Legislation for the Internal Market”) foi criada pela Comissão, em maio de 1996, com o objetivo de identificar possíveis formas de simplificar a legislação do mercado único. Esta iniciativa desdobrou-se em várias fases, tendo sido na quarta fase do SLIM, lançada em maio de 1998, que — para além de duas outras áreas legislativas — o grupo de trabalho, presidido por Eddy Wymeersch, se debruçou e produziu um relatório sobre o direito das sociedades.

15 Cfr. S. TURELLI, “Assemblea”, p. 119 ss., e Noack, “Moderne Kommunikationsformen”, p. 594.

16 Será, de facto, difícil — se não impossível — a um fundo de investimento, porventura com participações em centenas de sociedades, estar fisicamente representado em todas as assembleias gerais das sociedades de que é sócio. Sublinhe-se, no entanto, que a utilização dos meios

“apatia dos accionistas”¹⁷ e alcançar um mais eficiente sistema de *corporate governance*¹⁸.

Sublinhe-se ainda que, como acertadamente referem alguns autores¹⁹, a introdução deste novos meios tecnológicos no âmbito societário não se traduz numa mera substituição do “anacrónico” papel por novos suportes e formas de comunicação, mas implica uma profunda revisão e reformulação teórica dos problemas e conceitos tradicionais de direito societário.

2 — A consagração dos meios telemáticos no direito português: a reforma de 2006 do CSC.

O legislador português — alinhando coevamente com os movimentos legislativos acima referidos e colocando-se na vanguarda da utilização dos meios telemáticos — veio também, com a reforma operada pelo DL 76-A/2006, consagrar, entre nós, a possibilidade do recurso a estas novas tecnologias por parte das sociedades comerciais.

telemáticos facilitará e estimulará também a participação dos próprios acionistas individuais. Assim, S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 125; e LATHAM, Mark. *The Internet will drive corporate monitoring*. Disponível em “<http://www.corpmon.com/IntCM.htm>”.

17 Relatório *Winter*, p. 54. No mesmo sentido, veja-se: ABREU, Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 21; e ALCOVER GARAU, “Aproximación”, pp. 379 ss.

18 Sobre esta temática, e a importância da participação dos acionistas na governação das sociedades, vide Relatório *Winter*, pp. 54 ss. e, entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, pp. 21 ss. Para a relevância da participação dos investidores institucionais, veja-se: BLACK, Bernard S. Shareholder passivity re-examined. *Michigan Law Review*, 89, 1990, p. 520 ss.; GARRIDO, J. M.; ROJO, A. Institutional investors and corporate governance: solution or problem. *Capital markets and company law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2003, p. 427 ss.; e GARRIDO, J. M.. Optimism and pessimism: complementary views on the institutional investors’ role in corporate governance. *Capital markets and company law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2003, p. 449 ss.

19 Cfr. W. TIM, “Das Gesellschaftsrecht im Cyberspace”, *Festschrift für M. Lutter*, Köln, 2000, p. 167 que expressivamente escreve: “toda a problemática societária deve ser profundamente reconsiderada sob a ótica da Internet”; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 126.

Trata-se de uma solução — diga-se, desde já, para que não restem quaisquer dúvidas sobre o sentido da nossa ulterior exposição — que é de louvar e aplaudir, dadas as apreciáveis vantagens e infindáveis portas que se abrem²⁰ com a utilização destas TCI (Tecnologias da Comunicação e Informação), nomeadamente no que diz respeito ao acesso e troca de informação, à redução de custos e à eliminação das dificuldades colocadas pelas distâncias geográficas²¹.

O problema não está, pois, na solução consagrada, mas no modo como ela foi regulada — *rectius*, não regulada! — no CSC.

Na verdade, se muitas vezes se legisla, em Portugal, com um pormenor e detalhe exagerados, no caso concreto caiu-se no pecado oposto, uma vez que se consagrou em termos muito genéricos a possibilidade de recurso aos meios telemáticos, deixando em aberto inúmeras questões que, como veremos, podem não ser de fácil resolução e que levantarão não pequenas dificuldades na aplicação do regime. Teria sido, por isso, aconselhável que o legislador, aqui, tivesse tido uma maior minúcia na regulamentação desta matéria.

É o regime relativo a estas novas tecnologias, agora previsto no CSC, que nos propomos abordar de seguida.

Há, porém, algumas notas prévias que importa referir:

1^a) O regime está especialmente previsto para as SA²², pelo

20 Com mais propriedade se deverá talvez, aqui, falar em “janelas” que se abrem.

21 Sendo que, como expressamente se refere no Relatório *Winter* (p. 55), a utilização das TCI são importantes para a plena integração do mercado europeu de capitais, ao assegurar a todos os acionistas, independentemente da sua concreta localização no espaço da UE, as mesmas possibilidades de acesso aos processos de informação, comunicação e tomada de decisões. Sobre as vantagens da utilização das TCI, vide também *Governo das sociedades anónimas: Proposta de alteração ao CSC. Processo de consulta pública n.º 1/2006*, CMVM, janeiro 2006, doravante abreviadamente designada por Proposta CMVM, pp. 20 ss.

22 De resto, a reforma societária operada pelo DL 76-A/2006, apesar de alterar aspetos gerais e estruturantes do regime societário, foi sobretudo perspetivada do ponto de vista dos interesses das sociedades anónimas (cfr. Proposta da CMVM, pp. 7 ss., que, como é sabido, esteve na base da alteração legislativa) e, em especial, das sociedades anónimas cotadas, o que não deixa

que, relativamente a cada questão, haverá que indagar em que medida a solução encontrada é válida e aplicável aos outros tipos sociais, em particular à SQ que, como é sabido, é o tipo social de longe mais numeroso na nossa *praxis* societária²³.

2ª) A nossa análise irá essencialmente incidir sobre a utilização dos meios telemáticos no funcionamento do órgão assembleia geral. Sem prejuízo das ressalvas que à frente se farão, deve entender-se, contudo, que o regime previsto para a AG é também aplicável e extensível aos outros órgãos societários, *v.g.*, ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização.

De resto, a utilização das novas tecnologias no funcionamento dos outros órgãos sociais era já — antes da reforma de 2006 do CSC — geralmente admitida e realizada na prática, mesmo entre nós²⁴. Em abono desta solução, estão também os trabalhos preparatórios, uma vez que, na Proposta da CMVM, expressamente se escrevia: “Considerou-se desnecessário consagrar a permissão de realização de reuniões de outros órgãos sociais através de meios telemáticos, dado que em relação aos órgãos de administração e de fiscalização não se exige atualmente a reunião física dos membros, sendo já prática em algumas sociedades a realização de reuniões através de vídeoconferência ou de conferência telefónica”²⁵. Note-se, porém, que o texto legislati-

de ser curioso: legisla-se essencialmente em função de cerca de meia centena de sociedades (!) — tantas quantas são as sociedades cotadas entre nós — para um universo de mais de 400.000 sociedades (vide nota seguinte).

23 Segundo os últimos dados estatísticos do RNPC, disponíveis em “http://www.dgrn.mj.pt/serv_centrais/estatist.asp”, as SQ são cerca de 400.000, enquanto as SA — o segundo tipo social mais utilizado — são apenas cerca de 20.000. Os outros dois tipos de sociedades comerciais têm um carácter meramente residual (existirão 24 SC e 672 SENC).

24 Assim, entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, pp. 20 ss., muito embora o A. referisse serem “aconselháveis alterações legislativas clarificadoras” (nt 45). No mesmo sentido, vide COX/HAZEN, *On corporations*, vol. I, § 9.05 e § 9.09, pp. 416 e 430; NOACK, “Moderne Kommunikationsformen”, pp. 595 ss.; e GUIDOTTI, Rolandino. Il consiglio di amministrazione e l'assemblea dei soci nell'era di internet. *Contratto e impresa*, 2001-2, p. 852 ss.

25 Cfr. Proposta CMVM, p. 22.

vo — que resultou do DL 76-A/2006 — acabou por consagrar expressamente a possibilidade do recurso aos meios telemáticos a propósito do órgão de administração (cfr. artigo 410º, nº 8 CSC), prescrevendo idêntica solução para o órgão de fiscalização (cfr. a norma remissiva do artigo 423º, 1).

3ª) O afã desformalizador que embebeu a reforma do CSC de 2006 levou a que, não apenas se eliminasse a necessidade de escritura pública, mas igualmente se prescindisse da própria forma escrita para a generalidade dos atos jurídicos societários. Com efeito, o artigo 4º-A CSC — aditado pela reforma —, consagra como princípio geral que a exigência, feita no CSC, de forma escrita ou documento assinado poderá ser sempre substituída por qualquer outro suporte ou meio de identificação que assegure idênticos níveis de “inteligibilidade, de durabilidade e de autenticidade”²⁶. Visa-se aqui, é inequívoco, fundamentalmente permitir a utilização das TCI e equiparar aos documentos em papel e às assinaturas manuscritas os documentos eletrónicos e as assinaturas digitais, cuja regulamentação está, entre nós, prevista e regulada no DL 290-D/99, de 2 de agosto²⁷ (e que deverá, por isso, ter-se em consideração na análise do regime da utilização dos meios telemáticos em direito societário).

3 — Análise do regime: a convocatória.

Tendo presente o que acima ficou dito, começaremos, seguindo uma ordem cronográfica, por tratar da convocação para a assembleia.

Nas SA, a convocatória para a AG deve, em princípio, ser publicada (artigo 377º, nº 2 CSC). Esta publicação que inicialmente, nos

26 É uma solução que já estava prevista no artigo 4º CVM.

27 Diploma que foi objeto de uma profunda alteração e republicado pelo DL 62/2003, de 3 de abril de 2003.

termos do artigo 167º CSC, tinha de ser feita no Diário da República e num dos jornais mais lidos na localidade da sede da sociedade, passou — com a redação que foi dada a esta norma, pelo DL 111/2005, de 8 de julho²⁸ — a ter de ser feita num sítio da Internet, de acesso público, mantido pela Direção-Geral dos Registos e Notariado^{29,30}. Trata-se esta, *il va sans dire*, de uma solução que, inquestionavelmente, atinge de forma mais eficaz o fim pretendido pela convocatória, qual seja, o de publicitar e dar a conhecer a realização da assembleia³¹, assim se perseguindo um dos objetivos visados pelas modernas correntes de *corporate governance*: estimular a participação e diminuir o absentismo nas reuniões de sócios.

O artigo 377º CSC estabelece, no entanto, no seu nº 3, duas outras modalidades alternativas de convocação da assembleia geral de uma SA.

28 Este regime entrou em vigor em 1 de janeiro de 2006 (cfr. artigo 4º da Portaria nº 590-A/2005, de 14 de julho, que veio regulamentar o DL 115/2005). Note-se que, com o regime instituído pelo DL 111/2005, a par da publicação no sítio da Internet, mantinha-se a exigência de publicação num dos jornais mais lidos na localidade da sede da sociedade. Com o DL 76-A/2006 — que revogou o artigo 167º, nº 2 CSC, onde tal estipulação era feita — deixou de ser necessária a publicação em qualquer jornal.

29 O *site* é “<http://publicacoes.mj.pt/>” (muito embora o *site* que consta da Portaria nº 590-A/2005 seja “www.mj.gov.pt/publicacoes”, o qual redireciona para aquele primeiro sítio da Internet referido). Solução idêntica foi também consagrada, na Alemanha, em 2002, com a *TransPuG*, passando a convocatória a ser publicada no *elektronische Bundesanzeiger*. Vide § 25 AktG com a redação que lhe foi dada pela *TransPuG*.

30 Nas “sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal”, a publicação deverá ainda ser efetuada no seu próprio sítio da Internet (cfr. artigo 5º do regulamento CMVM 1/2010). É uma solução que se encontra igualmente consagrada no ponto 2.3.1. do *Deutscher Corporate Governance Kodex* (vide RINGLEB; KREMER; LUTTER; V. WERDER. *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*. München: Beck, 2003, p. 73 ss.). Vide, no mesmo sentido, Relatório *Winter*, recomendação Ponto III.2, p. 11 e p. 56.

31 O jornal oficial não é, de facto, o jornal de leitura do pequeno almoço de quem quer que seja, sendo certo, por outro lado, que os investidores estrangeiros dificilmente terão acesso aos jornais nacionais. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, p. 21; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 124 ss.

Tratando-se de uma sociedade exclusivamente com ações nominativas³², a publicação da convocatória poderá ser substituída por “carta registada” (artigo 377º, nº 3 CSC)³³. À carta registada equiparase, no entanto — nos termos do DL 290-D/99, de 2 de agosto, que institui o regime jurídico dos documentos eletrónicos e da assinatura digital —, o envio do documento, *in casu*, da convocatória, por um meio de telecomunicação, com assinatura eletrónica qualificada³⁴, que assegure a sua efetiva receção (cfr. artigos 6º, nº 3 e 7º do referido diploma)³⁵. Isto significa que, na hipótese de todas as ações da sociedade serem nominativas, a convocatória poderá ser enviada por *e-mail*, desde que seja assinada pela forma indicada³⁶ e contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora^{37, 38}. Para que esta solução seja possível é necessário, ainda, que os sócios tenham facultado consensualmente, para esse fim, os seus endereços

32 Os valores mobiliários consideram-se nominativos, quando o emitente tenha a faculdade de conhecer a todo o tempo a identidade dos titulares (artigo 52º, nº 1 CVM). Sobre o fenómeno a que hoje se está a assistir, nomeadamente na Alemanha, de generalização do recurso a ações nominativas, veja-se Noack, Ulrich. Die Namensaktie — Dornröschen erwacht. *DB*, 1999, p. 1306 ss.

33 Este regime e esta modalidade de convocatória constavam já da redação inicial do CSC.

34 Sobre a caracterização deste tipo de assinatura, vide alíneas g) e d) do artigo 2º da 290-D/99.

35 É um regime que implicará o recurso a entidades terceiras, nomeadamente a entidades certificadoras. Tanto quanto pudemos apurar, os operadores no mercado ainda não disponibilizam um serviço que permita — ao contrário do que sucede já com as faturas eletrónicas — assegurar o cumprimento dos requisitos legalmente exigidos para o envio eletrónico das convocatórias. Sobre o modo de funcionamento das faturas eletrónicas — a que se assemelhará o envio das convocatórias eletrónicas —, vide o *Guia da fatura eletrónica*, da UMIC — Agência para a Sociedade do Conhecimento, que se pode ler em “http://www.unic.pcm.gov.pt/UMIC/Media/SaladeImprensa/guia_fatura_eletronica.htm”.

36 Em sentido idêntico, vide COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, p. 22, que já se pronunciava sobre esta temática, antes da reforma de 2006.

37 Desde logo, para permitir à sociedade opor ao sócio a data da expedição do *e-mail* (cfr. artigo 6º, nº 2 do DL 290-D/99). É um serviço que é já facultado pelos CTT (designado pelo acrónimo MDDE: Marca do Dia Eletrónica), mas que está apenas disponível para advogados.

38 Ficarão, assim, plenamente assegurados os idênticos níveis de inteligibilidade, durabilidade e autenticidade exigidos pelo artigo 4º-A CSC.

de correio eletrônico à sociedade (cfr. artigo 6º, nº 1 do DL 290-D/99)^{39,40}.

O regime acabado de referir é inteiramente válido para as SQ, uma vez que neste tipo social se estatui regime idêntico ao previsto no artigo 377º, nº 3: a convocatória dos quotistas deve ser efetuada mediante carta registada, enviada, neste caso, com a antecedência mínima de 15 dias (cfr. artigo 248º, nº 3CSC)⁴¹.

E o mesmo regime deve igualmente considerar-se aplicável à convocatória do órgão de administração e do órgão de fiscalização (cfr. artigo 410º, nº 3 e 445º, nº 2 CSC), uma vez que esta, nos termos da lei e a menos que o contrato disponha coisa diversa, deverá ser efetuada por escrito (cfr. artigo 410º, nº 3 e 445º, nº 2 CSC)⁴².

A parte final do artigo 377º, nº 3 — aditada pelo DL 76-A/2006 — veio estabelecer agora a possibilidade de a convocatória poder ainda ser efetuada “por correio eletrônico com recibo de leitura”, para os acionistas que comuniquem previamente o seu consentimento quanto a esta forma de convocação.

39 Pelo que a sociedade, pretendendo usar deste expediente, deverá solicitar aos sócios que lhe forneçam o respetivo endereço de correio eletrônico. Se não o fizer e enviar a convocatória, por via eletrónica, para o *e-mail* do sócio — que não lhe tenha sido fornecido por este — haverá um vício na convocatória daquele sócio que, de acordo com a melhor doutrina (cfr. XAVIER, Lobo. O regime das deliberações sociais no Projeto do Código das Sociedades. *Temas de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 15, e MAIA, Pedro. Deliberações dos sócios. *Estudos de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 202), determinará a nulidade das deliberações que vierem a ser tomadas na AG (cfr. artigo 56º, nº 1, al. a CSC). Em Itália, o endereço de correio eletrônico dos sócios deve ser inscrito no livro “soci”. Cfr. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 142.

40 Note-se que, tendo este consentimento de ser pessoal, sempre que houver transmissão de ações, o novo acionista deverá fornecer o seu *e-mail* à sociedade, para que seja possível o recurso a esta forma de convocatória.

41 Nas SA, a carta deverá ser enviada com a antecedência de 21 dias (cfr. artigo 377º, nº 4 CSC).

42 Há, no entanto, uma diferença a assinalar. Aqui não se exige que a convocatória seja efetuada por carta registada, pelo que não será necessário utilizar um “meio de telecomunicação que assegure a efetiva receção” (cfr. artigo 3º, nº 2 e 6º, nº 3 do DL 290-D/99).

Trata-se de uma solução que causa algumas perplexidades e merece alguns esclarecimentos interpretativos.

Desde logo, é questionável se este regime se aplica às sociedades que tenham exclusivamente ações nominativas. A resposta é negativa. Em primeiro lugar, porque esta solução do artigo 377º, nº 3 *in fine*, não está de acordo com a “unidade do sistema”⁴³, uma vez que, em situações paralelas, o CSC não exige a prova do recebimento da notificação⁴⁴; depois, porque se trata de um regime bem mais rigoroso (ao exigir o “recibo de leitura”), que, *in casu*, não se justifica atentos os interesses em causa, nomeadamente dos sócios⁴⁵, sendo certo que se perceberia mal que, tendo visado a reforma uma agilização e flexibilização de procedimentos, viesse, nesta sede, consagrar um regime mais exigente do que aquele que já se encontrava em vigor.

Deve, pois, entender-se que este dispositivo não se aplica às sociedades que tenham exclusivamente ações nominativas, para as quais valerá o regime que acima se referiu, aplicando-se apenas às SA que tenham (só ou também) ações ao portador.

A previsão legal terá, por outro lado, sobretudo interesse prático para as pequenas SA ou SA fechadas em que a administração sabe quem são todos os acionistas⁴⁶, podendo, por isso, substituir a

43 Cfr. artigo 9º, nº 1 CC.

44 Cfr., nomeadamente, o disposto no artigo 248º, nº 3 CSC, quanto à convocação dos quotistas.

45 Que ficam devidamente acautelados com o regime que resulta da aplicação do DL 290-D/99, acima referido.

46 Na Alemanha idêntica solução é consagrada no §121, 4 AktG, onde se permite a convocação por carta registada (assim se dispunha exclusivamente na redação inicial) nas sociedades em que os acionistas sejam “conhecidos pelo nome “ (*namentlich bekannt*). Esta norma foi alterada pela *FormVAnpG*, que lhe acrescentou o inciso “a menos que os estatutos disponham de forma diversa”, quanto à forma de convocação. Por isso, hoje, nestas sociedades a convocação dos acionistas pode também ser feita, desde que tal esteja contratualmente previsto, por *e-mail*. Vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2002, §121, *Rdn* 11e, p. 611.

publicação da convocatória pela convocação de todos os sócios por correio eletrônico⁴⁷.

Note-se que, nesta hipótese, todos os sócios devem ter dado previamente a sua autorização para serem notificados por esta forma, sendo ainda necessário que emitam o recibo de leitura do *e-mail*. Percebe-se muito mal esta última exigência, seja porque a lei não a faz, como vimos, para o caso em que todas as ações são nominativas, seja porque a regularidade da convocatória fica dependente da vontade individual de cada sócio de emitir (ou não) o referido recibo de leitura. Não nos parece, no entanto, possível defender aqui uma interpretação ab-rogante da norma⁴⁸, no sentido de não ser necessário

47 Se a administração não tiver conhecimento de todos os sócios, deverá necessariamente proceder à publicação da convocatória e não terá, por isso, qualquer vantagem em recorrer a este meio, uma vez que — como veremos de seguida em texto — a validade da convocação fica dependente da vontade individual de cada sócio de emitir (ou não) o recibo de leitura da convocatória.

48 Não há, na verdade, aqui qualquer contradição insanável entre normas que justifique a sua revogação, nem sequer se verificam os pressupostos que permitam uma interpretação corretiva. Cfr. MACHADO, Batista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 186. Desde logo, porque não há perfeito paralelismo entre a situação referida em texto e notificação da convocatória, por via eletrónica, quando todas as ações são nominativas. Com efeito, aqui a sociedade sabe necessariamente quem são os seus acionistas; diferentemente, havendo ações ao portador, a sociedade pode não saber quem são os atuais sócios (p. ex., por ter havido uma transmissão recente de que a sociedade não é conhecedora), justificando-se, por isso, uma maior exigência quanto à certeza do recebimento da convocatória (a fim de que o destinatário da mesma possa, se for caso disso, esclarecer a sociedade de quem é o novo sócio, até porque, se não o fizer, ele poderá eventualmente ser responsabilizado pelos prejuízos causados com essa omissão, uma vez que — não se esqueça — foi ele que expressamente consentiu em ser notificado por aquela via, enquanto fosse sócio). Em todo o caso, subjacente à solução legal não deixará de estar ainda alguma desconfiança do legislador relativamente a estes novos meios tecnológicos. Neste sentido, veja-se, p. ex., o disposto no artigo 2366 CCit, onde — após a reforma do direito societário operada pelo D.lgs. 6/2003 — se permite a notificação da convocatória por *e-mail*, conquanto tal esteja expressamente autorizado nos estatutos, e desde que se faça prova do respetivo recebimento com oito dias de antecedência relativamente à data da assembleia. É, no entanto, controvertido quando se deve ter por cumprida a exigência da lei: se no momento em que o *e-mail* é colocado no ISP (*internet service provider*) do destinatário, se no momento em que este abre o referido *e-mail*. Cfr. S. TURELLI, “Assemblea...”, pp. 140 ss. e nt 88.

este comprovativo do recebimento do *e-mail*. Daqui decorre que, na hipótese de que agora estamos a cuidar, a regularidade da convocatória ficará sempre dependente da vontade de cada sócio de emitir o tal comprovativo de leitura⁴⁹, o que faz com que esta forma de convocação se torne extremamente arriscada e incerta.

Tenha-se, contudo, em atenção que os acionistas — devendo dar o seu consentimento para que se possa fazer uso desta forma de convocação⁵⁰ — não podem, porém, exigir que a sociedade os notifique por esta via⁵¹, pelo que esta poderá sempre, querendo obstar à incerteza que decorre desta modalidade de convocatória, optar por proceder à sua publicação.

4 — A preparação da assembleia.

A realização das assembleias gerais deve ser precedida da colocação à disposição dos sócios da informação relevante que lhes permita deliberar e votar de forma esclarecida e conscienciosa⁵². É

49 É, há que reconhecê-lo, uma solução que pode ser dissuasora da utilização deste meio de convocação da AG. Em todo o caso, o requisito do recibo de leitura do *e-mail* poderá ter-se por preenchido, desde que a sociedade prove que o acionista tomou conhecimento da convocatória da AG.

50 O consentimento prestado pelo sócio tem caráter pessoal, pelo que, sempre que houver transmissão de ações, será necessário que o novo acionista preste idêntica autorização. Por outro lado, deve entender-se que o consentimento prestado é por período indeterminado, podendo o sócio revogá-lo livremente.

51 Muito embora a possibilidade de o sócio requerer a sua notificação por *e-mail* (sem, obviamente, a necessidade de emissão de recibo de leitura por parte do sócio), talvez seja a solução mais desejável.

52 Este direito à informação preparatória da AG não esgota o direito à informação dos sócios. Sobre a matéria, veja-se Abreu, Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*, vol. 2 — *Das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 251 ss. De resto, porque a informação — e o fácil acesso à mesma, nomeadamente por via eletrónica — é também importante para terceiros, a Diretiva 2003/58/CE, de 15 de julho de 2003 (publicada no JOUE, L 221, de 4 de setembro de 2003), que alterou a Primeira Diretiva sobre Sociedades, veio expressamente estabelecer que os atos registrais e a publicidade dos atos societários devem passar a estar acessíveis por via

um desiderato que fica, *ça va de soit*, extremamente facilitado com a utilização das TCI, com a qual saem beneficiados quer os sócios, quer a própria sociedade⁵³.

Trata-se de uma solução — precisamente pelas vantagens que se reconhecem, neste âmbito, à utilização das novas tecnologias⁵⁴ — que expressamente consta das recomendações feitas pelo Relatório *Winter*, onde se propõe, para as sociedades cotadas, a colocação no sítio da Internet da sociedade de “toda a documentação pertinente referente à AG”⁵⁵.

Esta recomendação encontra-se já, contudo, em grande medida consagrada no nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, desde finais de 2003⁵⁶, as sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado estão obrigadas, nos termos do artigo 5º do Regulamento CMVM 1/2010, à colocação no *site* da empresa de diversas informações, devendo, no que

eletrónica. Por outro lado, nos termos do artigo 4º da Primeira Diretiva, com a redação que lhe foi dada pela referida Diretiva 2003/58/CE, no *site* da empresa deve obrigatoriamente constar a indicação do registo comercial da sociedade. O regime que resulta desta Diretiva deverá ser transposto, pelos Estados-membros, para os ordenamentos jurídicos nacionais, até 31 de dezembro de 2006 (cfr. artigo 2º da Diretiva 2003/58/CE).

53 Ficam os sócios beneficiados porque, para além do mais, não necessitam de se deslocar para o efeito à sede da sociedade, e a solução é igualmente proveitosa para esta, porquanto a disponibilização da informação ser-lhe-á mais simples e menos onerosa. Assim, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, pp. 27 ss. Sobre a utilização dos meios eletrónicos para a comunicação da informação societária, vide recentemente RUIZ, Mercedes Sánchez. Medios electronicos para la comunicaci3n y la difusi3n de informaci3n en las sociedades an3nimas. *RdS*, nº 26, 2006-1, p. 333 ss.

54 Veja-se *supra* nota 21.

55 O Relatório *Winter* vai, no entanto, mais longe. Recomenda ainda que no *site* da sociedade se estabeleça a possibilidade de, eletronicamente, se conceder instrumentos de representação e dar instruções de voto. Vide Relatório *Winter*, p. 11. Sobre esta temática, veja-se ainda SÁNCHEZ RUIZ, “Medios electronicos”, pp. 343 ss.; HÜTHER, Mario. *Aktionärsbeteiligung und Internet*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2002, p. 1821 ss.; e NOACK, “Moderne Kommunikationsformen”, pp. 602 ss.

56 Data em que foi aditado o artigo 3º-A, de seguida referido em texto, pelo Regulamento CMVM 11/2003, de 2 de dezembro de 2003.

às AG diz respeito, ali ser inseridas — para além das convocatórias — as “propostas apresentadas para discussão e votação em assembleia geral, com a antecedência prevista na lei” (cfr. artigo 5º, al. g)).

Para a generalidade das SA, o DL 76-A/2006 veio, alterando o artigo 289º CSC, estabelecer que, com pelo menos 15 dias de antecedência relativamente à data da assembleia, devem ser disponibilizados no *site* da sociedade — caso exista⁵⁷ — os documentos e informações preparatórios da AG ali mencionados (cfr. artigo 289º, nº 4 CSC)⁵⁸. Se a sociedade não tiver um sítio na Internet — ou tendo-o, ali não disponibilizar a informação referida — poderá qualquer acionista requerer que a mesma lhe seja enviada pela sociedade, no prazo de oito dias após a receção do pedido, por correio eletrónico (artigo 289º, nº 3, al. e) CSC)^{59,60}.

57 A informação só não deverá ser colocada no *site*, se o pacto social expressamente o proibir (cfr. artigo 289º, nº 4, *in fine* CSC). Embora nos pareça que, atentos os interesses em jogo, esta solução de ficar na disponibilidade dos sócios — através de estipulação contratual — a colocação (ou não) da informação na *web* não seja a melhor, era isso que inequivocamente se dispunha na Proposta CMVM (cfr. o projeto de articulado da Proposta CMVM, p. 15). Advirta-se, no entanto, que na Proposta de Diretiva dos Direitos dos Acionistas, de 5 de janeiro de 2006 — referenciada como COM(2005) 685 final e que, segundo aí se dispõe, deverá ser transposta até final de 2007 —, este regime não tem caráter dispositivo (cfr. artigo 5º, nº 3 daquela Proposta de Diretiva), pelo que o artigo 289º, nº 4 poderá ter, nesta matéria, que vir a ser alterado.

58 O incumprimento desta obrigação poderá determinar a anulabilidade das deliberações que venham a ser tomadas na AG (cfr. artigo 58º, nº 1, al. c) e nº 4, al. b) CSC).

59 Esta possibilidade de envio, por *e-mail*, dos elementos de informação preparatórios da AG das sociedades cotadas consta também do artigo 17º, nº 2 da chamada Diretiva da Transparência — Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004, publicada no JOUE L390, de 31/12/2004 — que deverá ser transposta pelos Estados-membros até 20 de janeiro de 2007. É uma solução que está hoje igualmente já prevista, no direito societário alemão (cfr. § 125 AktG com a redação que lhe foi dada pela NaStraG). Vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, § 125, *Rdn*5, p. 636.

60 O não cumprimento desta obrigação poderá também acarretar a anulabilidade das deliberações que venham a ser tomadas na AG, por vício de procedimento (cfr. artigo 58º, nº 1, al. a) CSC). Vide PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, p. 209. Por outro lado, neste caso, o administrador que não envie a informação solicitada ficará sujeito a uma sanção penal (cfr. artigo 518º, nº 1 CSC).

Para o cumprimento desta obrigação de envio de informação por *e-mail*, deverá a sociedade certificar-se de que quem a solicita é efetivamente acionista e que a informação é, de facto, enviada para o endereço do correio eletrónico do sócio. Será, por isso, importante que a sociedade contenha um registo dos *e-mails* dos sócios, que lhe devem ser voluntariamente fornecidos pelos próprios para efeitos de troca de informação por via telemática (cfr. artigo 6º do DL 290-D/99), e que o pedido formulado seja assinado digitalmente pelo sócio, nos termos previstos no DL 290-D/99 (cfr. artigo 3º, nº 2 e 7º do mencionado DL).

A obrigação de prestar informação aos sócios — nomeadamente a preparatória da AG — por via eletrónica não substitui, porém, totalmente a obrigatoriedade de a facultar por via cartular⁶¹. Com efeito, o acionista poderá solicitar à sociedade que lhe seja enviada, por carta, a informação referida no artigo 289º CSC. Há, porém, aqui uma diferença, não negligenciável, relativamente ao pedido de envio da informação pela via eletrónica: o envio da informação em papel apenas pode ser requerido pelos acionistas que detenham, pelo menos, 1% do capital social (artigo 289º, nº 3, alínea a) CSC). Ou seja, o uso das TCI veio permitir alargar novamente o âmbito deste direito à informação⁶², atribuindo o direito a qualquer acionista — independentemente da participação social de que seja titular — de requerer o envio dos elementos mencionados no artigo 289º CSC.

O regime que acabámos de analisar está apenas previsto para as SA, no artigo 289º CSC. Não é, por isso, evidente se o mesmo é igualmente aplicável às SQ, até porque no artigo 214º, nº 7 CSC se faz uma expressa remissão para a aplicação a este tipo social do disposto

61 No sentido de que esta é, no estágio atual de desenvolvimento e acesso às novas tecnologias, a melhor solução, vide Relatório *Winter*, pp. 11 e 55. De resto, a maioria das respostas, no processo de consulta efetuado por aquele Grupo, pronunciava-se no sentido de não ser imposto, mas apenas permitido, às sociedades o uso das TCI (vide *op. loc. ultt. citt.*).

62 Era esse o regime que constava da redação inicial do artigo 289º CSC, em que qualquer acionista podia solicitar o envio, em papel, dos conteúdos ali referidos.

no artigo 290º CSC (que regula o direito à informação em AG) e não há norma idêntica quanto ao disposto no artigo 289º CSC. Deve, no entanto, entender-se que este regime é integralmente aplicável às SQ, seja por aplicação analógica do artigo 289º CSC, seja por força da remissão genérica do artigo 248º, nº 1 CSC, que determina a aplicação do regime das assembleias gerais das SA às SQ⁶³.

Nesta fase preparatória da AG, os acionistas que possuam ações correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social⁶⁴ poderão ainda requerer — no prazo de 5 dias a contar da publicação da convocatória⁶⁵ — a inclusão de assuntos na ordem do dia da assembleia a realizar (cfr. artigo 378º, 1 CSC). Estabelece o artigo 378º, nº 2 CSC que o requerimento “deve ser dirigido, por escrito, ao presidente da mesa da assembleia geral”, o que significa que tal requerimento poderá também ser efetuado por correio eletrónico, nos termos atrás expostos (cfr. artigo 4º-A CSC e DL 290-D/99).

Por outro lado, a nossa lei expressamente admite que um sócio se possa fazer representar em AG (cfr. artigo 380º, nº 1 CSC⁶⁶, para as SA e artigo 249º CSC, para as SQ⁶⁷). Como instrumento de repre-

63 Neste sentido, veja-se CUNHA, Paulo Olavo da. *Direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 249.

64 Este direito é, nas SQ, atribuído a todo e qualquer sócio, independentemente do valor da quota de que seja titular (cfr. artigo 248º, nº 2 CSC). Nas SA, poderá também ser um único acionista, desde que seja titular da participação referida em texto no capital social.

65 O artigo 378º, nº 2 CSC refere como termo inicial do prazo a “última convocatória”. Como vimos, no entanto, *supra* no ponto 3., agora há apenas uma única publicação, pelo que a norma deve ser lida em conformidade.

66 Com a redação dada ao artigo 380º CSC pelo DL 76-A/2006, deixou de existir qualquer limitação — salvo quanto aos membros dos órgãos de fiscalização e conselho geral e de supervisão (cfr. artigo 381º, nº 2 CSC) — relativamente às pessoas que podem representar os acionistas numa AG (cfr. também a eliminação do artigo 381º, nº 3 CSC).

67 Nas SQ, ao contrário do que sucede nas SA (em que o documento escrito de representação poderá ter um caráter mais genérico), a carta, enquanto instrumento de representação voluntária, apenas poderá ser utilizada para uma determinada assembleia geral (cfr. artigo 249º, nº 4, 380º, nº 2 e 281º, nº 1, al. a) CSC).

sentação voluntária do sócio, basta um documento escrito, com assinatura, dirigido ao presidente (cfr. artigos 249º, nº 4 e 380º, nº 2 CSC).

Por isso, mais uma vez atento disposto no artigo 4º-A CSC e no DL 290-D/99, o instrumento de representação para a AG poderá também aqui resultar do simples envio de um *e-mail*, com assinatura eletrónica avançada, dirigido ao presidente da mesa da assembleia geral^{68, 69}.

Finalmente, neste âmbito, cumpre dar notícia de um instrumento inovador, em direito comparado, criado no direito societário alemão e que consiste no chamado fórum de acionistas (*Aktionärsforum*)⁷⁰. Este fórum, que resultou da introdução do § 127a AktG pela *UMAG*⁷¹, consiste numa plataforma existente na Internet — mais concretamente numa secção do diário oficial eletrónico (*elektronischer Bundesanzeiger*) — independente das sociedades, onde cada sócio poderá fazer requerimentos ou convites dirigidos aos demais acionistas, nomeadamente quanto ao exercício conjunto do direito de voto na AG⁷².

68 No mesmo sentido, antes da reforma do CSC de 2006, se pronunciava já Coutinho de Abreu (cfr. *Governação das sociedades*, pp. 23 ss.).

69 Note-se que a Proposta de Diretiva dos Direitos dos Acionistas expressamente estabelece que, para a nomeação de um representante na AG por via eletrónica, apenas se poderá exigir a assinatura digital do *e-mail*; quaisquer outros requisitos apenas poderão ser exigidos na medida em “que sejam estritamente necessários para identificar o acionista e o representante” (cfr. artigo 11º, nº 2 da mencionada Proposta).

70 Vide, sobre esta temática, RÜDIGER VON ROSEN, *UMAG etabliert Aktionärsforum*, *Börsen-Zeitung*, de 9.11.2005, p. 6, que se pode ler em “<http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/9B33102A7DDCE19EC12570B400349D81?OpenDocument>”; RONDINELLI, Michele. Dalla Germania un forum per gli azionisti delle società quotate. *Rivista di diritto bancario*, Gennaio 2005, p. 1 ss.; F. JUAN Y MATEU, “La reforma de la AktG alemana”, pp. 196 ss.; e BELTRAMI, P. D.. Realizzazione dell’*Aktionärsforum* nel diritto societario tedesco. *RS*, 2006-1, pp. 163 ss.

71 Tendo entrado em vigor em 1 de dezembro de 2005, com a *AktFoV (Aktionärsforumsverordnung)*, de 22 de novembro de 2005.

72 O convite pode também destinar-se à instauração de uma ação judicial, nos termos previstos na AktG.

Apesar do nome, não se trata verdadeiramente de um fórum, uma vez que não é ali possível qualquer debate de ideias ou troca de opiniões seja entre os sócios⁷³, seja entre os sócios e a sociedade, não se permitindo sequer a inclusão de qualquer motivação ou fundamentação relativamente ao convite que é feito (cfr. § 127a, 2 AktG)⁷⁴.

Trata-se apenas — e já não é pouco — de uma plataforma digital que pretende, através do recurso às TCI, aproximar e pôr em contacto os acionistas, sobretudo os acionistas minoritários, visando-se com isso estimular a sua participação na vida da sociedade e combater o absentismo nas assembleias⁷⁵.

5 — A realização da assembleia: os novos modelos de AG.

Tradicionalmente, o regime-regra, no que respeita à realização das assembleias gerais, era o de que elas deviam ter carácter presencial, i.é, deviam traduzir-se numa reunião em que os sócios estivessem fisicamente presentes⁷⁶, assim se pretendendo assegurar a colegialidade do órgão⁷⁷. Trata-se, porém, de uma regra que fica clara-

73 Aliás, foram os riscos da utilização abusiva destes *fora* de discussão que levaram a que no Relatório *Winter* se não recomendasse a sua adoção, pelo menos sem um exame mais aprofundado sobre a questão (cfr. Relatório *Winter*, p. 58). Na verdade, a utilização destes mecanismos — sem regras, nem limitações — poderia servir para pôr em causa o bom nome de pessoas ou até para cometer delitos. Cfr. JUAN Y MATEU, “La reforma de la AktGalemana...”, p. 197.

74 É possível, no entanto, aos sócios e à sociedade colocar no fórum um *link* para a sua página *web*, onde se explicitem as razões do convite, bem como a tomada de posição da sociedade relativamente ao mesmo.

75 Cfr. BELTRAMI, “Realizzazione dell’*Aktionärsforum*...”, p. 164.

76 Sobre a necessidade da presença dos sócios na AG, vejam-se, entre nós, os artigos 379º, 382º e 383º CSC.

77 No direito societário português já se admitiam, no entanto, duas exceções a esta regra: as deliberações dos sócios poderiam ser tomadas sem uma reunião presencial dos mesmos, no caso das deliberações unânimes por escrito, previstas para todos os tipos sociais (artigo 54º,

mente posta em crise com a consagração legislativa dos meios telemáticos no funcionamento da AG⁷⁸.

Com efeito, o advento das TCI veio permitir a criação de novos modelos de AG, ao tornar exequível a realização de assembleias virtuais⁷⁹.

São fundamentalmente dois os novos modelos permitidos pelos modernos meios de telecomunicação eletrónica: as assembleias

nº 1, 1ª parte CSC) e no das deliberações por voto escrito, previstas apenas para as SQ (artigo 247º, nº 1 CSC). Sobre esta matéria, vide PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, pp. 179 ss.

Na Alemanha, a generalidade da doutrina continua a considerar — com base no § 118, 1 AktG que determina que os direitos dos sócios só possam ser exercidos na assembleia — que o único modelo de AG legalmente admissível é a *Präsenzauptversammlung*, muito embora se admita o uso das TCI, nomeadamente para transmissão áudio-visual (*Ton und Bild* — inovação introduzida pela *TransPuG*) da assembleia e para a transmissão do sentido de voto de um acionista ausente, devendo, porém, nesta hipótese, o voto ser exercido por um representante que esteja fisicamente presente na reunião. Vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, § 118, *Rdn* 5a, p. 584 ss.; NOACK, Ulrich. Die internetgestützte Hauptversammlung. *Unternehmensrecht und Internet*. München: Beck, 2001, p 34 ss.; K. SCHMIDT, “La reforma alemana”, p. 58 ss.; S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 131 ss. No sentido de que são já possíveis, de *iure condito*, no direito alemão, as assembleias virtuais, vide, contudo, HASSELBACH; SCHUMACHER, “Hauptversammlung im Internet”, *ZGR*, 2000, p. 260 ss.

Note-se, porém, que com a *NaStraG* foi criada a figura do representante para o exercício do direito de voto (*Stimmrechtsvertreter*) nomeado pela sociedade — cfr. § 134, 3 AktG —, o que permite a um sócio, que não esteja presente, acompanhar, à distância, o desenvolvimento da reunião e dar instruções sobre o seu sentido de voto em tempo real. Desta forma, é, pois, em grande medida já possível, no direito alemão, a realização de uma AG que, em termos práticos, se aproxima muito da assembleia *on-line*. Assim, S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 138 ss. Tenha-se, no entanto, presente que o *Stimmrechtsvertreter* apenas pode exercer o direito de voto de acordo com as instruções recebidas e já não intervir na assembleia em nome do seu representado, nomeadamente fazendo exposições ou colocando questões. Cfr. K. SCHMIDT, “La reforma alemana”, p. 60.

78 Sobre a consideração de que a tradicional assembleia presencial não assegura, hoje, a pretendida participação acionista na vida da sociedade, justificando-se por isso o recurso às TCI, vide Relatório *Winter*, p. 55.

79 Sobre esta matéria, veja-se em especial S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 127 ss.; K. SCHMIDT, “La reforma alemana”, pp. 58 ss.; HASSELBACH; SCHUMACHER, “Hauptversammlung im Internet”, pp. 260 ss.; e NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, pp. 34 ss.

on-line ou assembleias mistas e as ciber-assembleias ou assembleias virtuais propriamente ditas^{80, 81}.

Nas assembleias *on-line*, realiza-se a tradicional reunião presencial, permitindo-se, no entanto, que alguns sócios, estando noutros locais, possam presenciar e tomar parte na assembleia através do recurso às novas tecnologias^{82, 83}.

Nas assembleias virtuais propriamente ditas, não há qualquer reunião presencial dos sócios, participando todos eles na assembleia por via telemática (*v.g.*, através da Internet); ou seja, trata-se de uma assembleia totalmente virtual, na medida em que não se realiza em qualquer espaço físico, uma vez que todos participam nela através de meios de comunicação remotos.

O nosso CSC, no seu artigo 377º, nº 6 CSC — com a redação que lhe foi dada pelo DL 76-A/2006 — consagra, hoje, para as SA, a possibilidade de realização da assembleia pelo modelo tradicional (a

80 Coutinho de Abreu utiliza a designação alternativa de assembleias parcial ou totalmente virtuais. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades...*, p. 26.

81 K. Schmidt acrescenta a estes dois, um terceiro modelo: o da “assembleia paralela”, que ocorrerá quando uma sociedade — nomeadamente por não dispor de uma sala que comporte todos os acionistas — coloca numa sala contígua meios audio-visuais que permitem aos acionistas acompanhar em tempo real o decurso da assembleia. A admissibilidade deste modelo — que abre a porta a que a assembleia possa ser transmitida, por satélite, para locais remotos — é, no entanto, questionada pelo A., em face do direito alemão, na medida em que este obriga a que a reunião tenha lugar num único local. Cfr. K. SCHMIDT, “La reforma alemana”, p. 59.

82 Uma variante desta modalidade de assembleia é a chamada teleassembleia, que consiste no facto de a reunião ser transmitida por video-conferência para outros locais, nomeadamente para outras cidades, a fim de permitir que os acionistas possam assistir à mesma sem terem de se deslocar para o local onde ela está a ser realizada. Sobre esta matéria, vide NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, p. 32; M. BALZ, *Die Tele-Hauptversammlung*, ponto IV, que se pode ler em “<http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/hv/tele-hv.htm>”; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 128 ss.

83 Esta modalidade de assembleia pode também designar-se por assembleia mista, na medida em que, cumulativa e simultaneamente, se verifica a realização da reunião presencial e por via telemática.

AG presencial num local determinado)⁸⁴, bem como a possibilidade de, em alternativa, a AG ser realizada com recurso a meios telemáticos⁸⁵. A amplitude e a generosidade da formulação legal, quanto à utilização das TCI, parecem claramente permitir a realização das AG puramente virtuais, colocando o ordenamento jurídico português, nesta matéria, na vanguarda do direito societário comparado⁸⁶. E

84 Cfr. a alínea a) do nº 6 do artigo 377º CSC. Hoje — após a redação que à norma referida foi dada pelo DL 76-A/2006 — a reunião, não sendo na sede da sociedade, poderá ocorrer em qualquer local do país.

85 Cfr. a alínea b) do nº 6 do artigo 377º CSC. Note-se que o recurso aos meios telemáticos para a realização da AG apenas não será possível, quando o pacto expressamente o proibir. As soluções francesa e italiana são precisamente as opostas à consagrada na nossa lei: o recurso aos meios telemáticos só será possível, quando o pacto expressamente o autorizar. Cfr. artigo 225-107 do *code de commerce* (com a redação que lhe foi dada pela *Loi NRE*) e artigo 2370 CCit.

86 Com efeito, até à data, apenas os Estado norte-americanos do Delaware e do Minnesota terão expressamente admitido a realização de assembleias puramente virtuais. Vide COX; HAZEN, *On corporations*, vol. II, § 13.16.

No § 211(a), 1 da *DGCL* prescreve-se: “The board of directors may, in its sole discretion, determine that the meeting shall not be held at any place, but may instead be held solely by means of remote communication”, estatuindo o § 211(a)2, “If authorized by the board of directors in its sole discretion, and subject to such guidelines and procedures as the board of directors may adopt, stockholders and proxyholders not physically present at a meeting of stockholders may, by means of remote communication: a. Participate in a meeting of stockholders; and b. Be deemed present in person and vote at a meeting of stockholders, whether such meeting is to be held at a designated place or solely by means of remote communication, provided that (i) the corporation shall implement reasonable measures to verify that each person deemed present and permitted to vote at the meeting by means of remote communication is a stockholder or proxyholder, (ii) the corporation shall implement reasonable measures to provide such stockholders and proxyholders a reasonable opportunity to participate in the meeting and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceedings, and (iii) if any stockholder or proxyholder votes or takes other action at the meeting by means of remote communication, a record of such vote or other action shall be maintained by the corporation.”. Por seu turno, o § 302A.436 do *Minnesota Statutes* estabelece: “To the extent authorized in the articles or bylaws and determined by the board, a regular or special meeting of shareholders may be held solely by any combination of means of remote communication through which the shareholders may participate in the meeting” O “Participation by a shareholder by that means constitutes presence at the meeting in person”. A matéria relativa às AG virtuais está já, no entanto, a ser objeto de regulamentação em alguns Estados europeus. Assim, para além do regime alemão a que acima se aludiu (vide *supra* nota 77): Em Itália, a redação

idêntica solução vale também para as reuniões dos órgãos de administração e fiscalização (cfr. artigo 410º, nº 8 e artigo 423º, nº 5, devidamente corrigido).

A realização das assembleias por via telemática levanta, porém, no direito português — sobretudo pela forma extremamente enxuta com que foi regulada⁸⁷ —, não pequenos escolhos interpretativos quanto ao concreto regime que lhe é aplicável.

Há, desde logo, uma questão prévia que convém dilucidar: a de saber se, apesar da letra da al. b) no nº 6 do artigo 377º CSC, podem ser validamente realizadas, no ordenamento jurídico português, as AG virtuais.

Na verdade, a nossa lei obriga a que a AG se realize no dia, na hora e no lugar designados para o efeito (cfr. artigo 377º, nº 5 CSC

atual do artigo 2370 CCit parece admitir a realização de assembleias virtuais, desde que tal seja autorizado e regulado pelo contrato social. Cfr. S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 156 ss. Já em França, o artigo 225-107, II do *code de commerce*, permite a utilização da telemática, desde que contratualmente autorizada, ao estabelecer: “Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l’assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d’application sont déterminées par décret en Conseil d’Etat.”. Cfr. HAAS, *Vote électronique et visioconférence*, ponto 3. Em Espanha, diferentemente, a “Ley de Transparencia” veio, mais restritivamente, permitir apenas — com a redação dada ao artigo 105 TRSA — a possibilidade de recurso, desde que contratualmente previsto e regulado, ao voto eletrónico. Cfr., sobre a matéria, G. ALCOVER GARAU, “Aproximación”, pp. 375 ss. A nível da União Europeia, a Proposta de Diretiva dos Direitos dos Acionistas — que apenas se dirige às sociedades admitidas à negociação num mercado regulamentado — propondo que se eliminem todos os obstáculos jurídicos à participação eletrónica nas AG, reconhece, todavia, que “a tecnologia não está suficientemente avançada para garantir, em todos os casos, a participação eletrónica ativa em condições suficientemente seguras, para além da introdução desses mecanismos ser onerosa”, pelo que, de acordo com aquela Proposta de Diretiva, a realização das AG virtuais deverá ter caráter meramente facultativo e não obrigatório (vide p. 4). Em todo o caso, o artigo 8º, II da Proposta estabelece que quaisquer requisitos ou exigências que possam constituir um obstáculo à participação na AG por meios eletrónicos só deverão ser admitidos, quando sejam justificados pela necessidade de garantir “a identificação dos acionistas e a segurança das comunicações eletrónicas”.

87 A regulamentação da realização das AG por via telemática reduz-se exclusivamente ao disposto no artigo 377º, nº 6, al. b) CSC. Regulamentação exatamente idêntica consta do artigo 410º, nº 8, para a realização das reuniões do CA.

que contém os elementos mínimos que devem constar da convocatória). A utilização do artigo definido (“o lugar”) na norma citada demonstra claramente a vontade legislativa de que a assembleia se realize num único local^{88, 89}. Ou seja, a AG deve efetuar-se, conforme dispõe imperativamente aquela norma, no local determinado, sob pena de serem nulas por vício de procedimento as deliberações que aí venham a ser tomadas (cfr. artigo 56º, nº 2 CSC). Ora, porque na realização de uma assembleia virtual os seus participantes se encontram dispersos por vários locais, poderia pensar-se que aquele requisito legal nunca se poderia ter por verificado nesta modalidade de assembleia.

No que respeita às assembleias puramente virtuais, parecidos, contudo, que o local da assembleia — que deverá nomeadamente constar da convocatória — deve ser considerado o sítio⁹⁰ onde os sócios, no dia e hora marcados, possam aceder, participar na discussão dos assuntos e votar. O local da reunião será, pois, nestas assembleias, aquele sítio — *v.g.*, no ciber-espço —, através do qual os sócios estabelecem comunicação, pelo que a exigência da lei quanto à localização única da assembleia fica, desta forma, satisfeita.

Não há, pois, assim o cremos, obstáculos legais relativamente à admissibilidade das assembleias puramente virtuais no nosso direi-

88 Usando argumentação idêntica para, na Alemanha — com fundamento no § 121, 3 AktG —, se recusar a admissibilidade das teleassembleias, vide M. BALZ, *Die Tele-Hauptversammlung*, pp. 6 ss.; e K. SCHMIDT, “La reforma alemana”, p. 58.

89 Discurso idêntico já não se aplica, contudo, ao funcionamento dos outros órgãos societários, nomeadamente os órgãos de administração e de fiscalização. Relativamente a estes, não se exige qualquer local de reunião (cfr. artigos 410º e 423º CSC), pelo que — não se verificando tal imposição legal — poderá, inquestionavelmente, a reunião ser puramente virtual: todos os membros do órgão poderão estar em sítios diferentes, realizando-se a reunião integralmente pela Internet. Tenha-se igualmente em consideração que, dado o número reduzido de membros que normalmente compõem estes órgãos, será aqui mais fácil organizar e realizar a reunião por esta via.

90 Que poderá ser um *site* na Internet, um endereço de correio eletrónico, um número de telefone, etc.

to societário. Apesar disso, o recurso às mesmas deverá ser feito — pelo menos no estágio atual de desenvolvimento e utilização das TCI — com extrema cautela e parcimónia.

É preciso não esquecer, de facto, que nem todos os sócios podem ter acesso às novas tecnologias; que, independentemente do acesso às TCI, pode um sócio preferir participar presencialmente na assembleia, já que sempre se perde alguma coisa na comunicação à distância; que uma AG com inúmeros participantes, por via telemática, poderá revelar-se impraticável e inexequível. Mas sobretudo há que atender ao facto de a colegialidade — *v.g.*, a discussão dos diferentes pontos de vista sobre os assuntos da ordem do dia — ficar, ou poder ficar, no estágio atual da técnica, fortemente prejudicada nas assembleias realizadas por meios de comunicação à distância^{91, 92}. A Proposta CMVM era, nesta matéria, bem mais prudente: apenas permitia a realização da AG por via telemática, quando todos os sócios prestassem o seu consentimento para o efeito⁹³. Com tal solução, o recurso aos meios telemáticos apenas seria possível, por via de regra, nas sociedades com uma pequena estrutura acionista. Acontece que, até que as TCI evoluam de modo a permitir a coeva e recíproca par-

91 Tenha-se também presente que, se se verificar a interrupção ou dificuldades na transmissão — seja em resultado da ingerência de terceiros, nomeadamente *hackers*, seja devido a problemas ou avarias técnicas —, isso poderá determinar a invalidade das deliberações tomadas na assembleia. Cfr. S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 154 ss. Sobre os riscos da interferência dos *hackers* na AG, vide também HASSELBACH; SCHUMACHER, “Hauptversammlung im Internet”, pp. 268 ss.

92 No sentido de que as novas técnicas levarão a que, no futuro, se esvazie o carácter colegial da assembleia (onde se informava, discutia e votava), passando a mesma a ser sobretudo configurada como um processo para a obtenção das deliberações, veja-se NOACK, Ulrichi. Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und moderne Kommunikationstechnik- aktuelle Bestandsaufnahme und Ausblick. *NZG*, 2003, p. 249 *apud* TURELLI, “Assemblea ...”, nt 123, que se pronuncia em sentido idêntico (pp. 156 ss.). Sobre o regime colegialidade na era das AG virtuais, vide R. GUIDOTTI, “Il consiglio di amministrazione”, pp. 845 ss. e PALMERI, Massimiliano. Diritto societario virtuale: la video assemblea diventa realtà. *Contrario e impresa*, 2000-2, pp. 835 ss.

93 Cfr. o projeto de articulado da Proposta CMVM, p. 23.

ticipação audio-visual dos sócios⁹⁴, esse deverá ser o campo de eleição para a realização das assembleias puramente virtuais⁹⁵.

Mais problemática é, em face do nosso quadro legislativo, a admissibilidade das assembleias *on-line* ou assembleias mistas. Com efeito, o artigo 377º, nº 6, al. b) CSC parece permitir a realização da AG por meios telemáticos, em alternativa⁹⁶ à AG presencial referida na al. a) da norma, pelo que, aparentemente pelo menos, a assembleia com recurso às novas tecnologias não deverá cumular-se com a realização da reunião presencial. I.é, a norma do artigo 377º, nº 6, al. b) prevê apenas, assim parece, a realização da AG puramente virtual e já não da assembleia *on-line*.

Acresce que a exigência de um local único para a realização da assembleia coloca igualmente dificuldades quanto à admissibilidade desta modalidade de AG no nosso direito societário. Na verdade, não há aqui um local único onde se desenrola a assembleia, uma vez que — ao contrário do que sucede nas assembleias puramente virtuais — a reunião realiza-se num determinado espaço físico, permitindo-se igualmente que os sócios participem na assembleia, através de meios de comunicação remotos, a partir de outras localizações^{97,98}.

94 Cfr. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 150.

95 No sentido de que a realização virtual da AG — à semelhança do que sucede com as reuniões do *Aufsichtsrat*, que podem ter, p. ex., 20 membros — deveria ser possível nas pequenas SA, vide NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, p. 35.

96 Tenha-se em atenção a utilização da conjunção disjuntiva “ou” com que termina a alínea a) da norma.

97 Imagine-se, p. ex., uma AG a ter lugar em Lisboa, assegurando, contudo, a sociedade a sua transmissão para um local determinado na cidade do Porto, a fim de os acionistas do Norte poderem ali participar na assembleia.

98 Note-se que a realização de uma assembleia *on-line* acarreta ainda dificuldades adicionais. Com efeito, é preciso não esquecer que a sociedade, permitindo que os sócios participem na AG através do recurso às TCI, deve assegurar o princípio da igualdade de tratamento dos sócios, nomeadamente entre os sócios fisicamente presentes na reunião e os que se encontram noutros locais, o que implica a utilização de meios audio-visuais que garantam aos sócios ausentes condições de participação idênticas às dos sócios presentes na reunião, o que poderá

Apesar destes constrangimentos legais, parece-nos, contudo, que deverão admitir-se também, entre nós, de *iure condito*, as assembleias *on-line* ou assembleias mistas. Na verdade, se se permite o mais (as assembleias puramente virtuais), deverá igualmente permitir-se o menos (as assembleias *on-line*, uma vez que os problemas que se suscitam naquelas outras revestem aqui um caráter bem mais restrito e limitado⁹⁹).

Admitindo-se esta modalidade de assembleia, o local da realização da mesma deverá considerar-se — nomeadamente para efeitos dos artigos 277º, nº 5 e 56º, nº 2 CSC — o espaço físico onde os sócios poderão reunir pessoalmente e onde se devem encontrar os membros da mesa da assembleia, designadamente o seu presidente e secretário^{100, 101}.

Por outro lado, sendo possível esta modalidade de AG, os sócios que nela participam *on-line* deverão — à semelhança do que sucede nas assembleias puramente virtuais — poder intervir plenamente na reunião¹⁰², permitindo-se-lhes colocar questões, fazer propostas e votar¹⁰³.

não ser fácil de conseguir. Sobre esta matéria, vide S. TURELLI, “Assemblea ...”, pp. 146 ss.

99 Pense-se, p. ex., que, nesta modalidade de AG, o sócio poderá, desde logo, caso o deseje, participar e estar pessoalmente presente no local físico onde se realiza a reunião.

100 O qual deverá ser, por princípio, o da sede da sociedade. Apesar de esta solução estar apenas prevista na alínea a) do nº 6 do artigo 377º CSC, não vemos razões para se deixar de aplicar o princípio aí contido, no caso de realização de uma AG com recurso a meios telemáticos.

101 Em sentido idêntico, vide COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades*, p. 27. Veja-se também PALMERI, “Diritto societario virtuale”, p. 846.

102 I.é, — diferentemente do que sucede no direito alemão (cfr. *supra* nota 77) — os sócios não terão que ficar limitados a assistir passivamente ao desenrolar da mesma, podendo, quando muito, dar instruções a um representante seu que se encontre no local da reunião.

103 Só assim, de resto, se perseguirá eficazmente o fim que se visa alcançar com a utilização dos meios telemáticos, qual seja, o de potenciar a participação dos sócios no funcionamento da AG, evitando os custos e incómodos que, porventura, a sua presença física no local da reunião poderia implicar.

Relativamente a qualquer das modalidades de assembleia virtual, deve ter-se presente que cabe à “sociedade assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações” (cfr. artigos 377º, nº 6, al. b), *in fine* e 410º, nº 8, *in fine* CSC¹⁰⁴). De resto, antes disso, deverá a sociedade verificar a qualidade dos participantes na assembleia. São questões que ficam extremamente facilitadas no caso da chamada teleassembleia, em que se verifica a transmissão por meios audio-visuais da assembleia para outro ou outros locais previamente definidos pela sociedade, e onde esta pode colocar pessoal que não só verifique a identidade dos sócios como assegure a sua plena participação na AG¹⁰⁵. Em todo caso, o estágio atual da técnica já permite que se possa, na Internet, identificar os participantes e restringir — p. ex., através da atribuição de um nome de utilizador e de uma palavra-passe — o acesso ao desenrolar da assembleia¹⁰⁶, pelo que aquelas exigências legais não constituem obstáculo a que as assembleias se realizem, já hoje, no ciber-espaço¹⁰⁷.

Por outro lado, deverá entender-se que a realização da AG por via telemática é uma decisão que compete exclusivamente à sociedade, não podendo os sócios exigir a sua participação na mesma através de meios de comunicação remotos. Na verdade, deve caber unicamente à sociedade¹⁰⁸, avaliando a situação concreta, decidir sobre a viabilidade e a conveniência da realização da AG por esta via, no-

104 As normas referidas obrigam ainda a que se proceda ao registo do conteúdo da assembleia e dos seus intervenientes, o que obriga a que se adotem medidas que acautelem o registo e divulgação de dados que possam pôr em causa a tutela de direitos de personalidade.

105 NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, pp. 18 ss.

106 Não se pode olvidar que a AG, ainda que transmitida por via telemática, deve revestir carácter privado, sendo apenas acessível a sócios. Sobre o carácter não público das AG, vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2002, § 118, *Rdn* 16, p. 587.

107 Cfr. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 153.

108 A decisão de realização da AG por via telemática será da competência do Presidente da Mesa, que, contudo, só a deverá tomar depois de ter obtido a confirmação junto do órgão de administração de que a realização da mesma por aquela forma é possível.

meadamente verificando a existência dos requisitos de segurança e autenticidade exigidos pela lei.

Refira-se finalmente que o regime supra mencionado, referente às reuniões por meios telemáticos, embora apenas previsto para as SA, deve considerar-se inteiramente válido para as SQ, seja por aplicação remissiva do regime relativo à AG (cfr. artigo 248º, nº 1 CSC), seja por aplicação analógica, no que respeita aos órgãos de gerência e de fiscalização.

6 — O voto eletrónico.

Relativamente à utilização dos meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais, importa, por último, destacar o regime do voto eletrónico. Na verdade, a realização da AG virtual só ficará plenamente assegurada, se se puder garantir que o direito de voto seja exercido por também por via telemática¹⁰⁹.

Há aqui que distinguir duas situações: o voto eletrónico, emitido em tempo real, nas assembleias virtuais, e o voto por correspondência (eletrónico) nas assembleias presenciais.

Relativamente às assembleias virtuais — sejam as ciber-assembleias ou assembleias puramente virtuais, sejam as assembleias *online* —, não há dúvidas de que o atual regime do CSC autoriza que os sócios que nelas participam por via telemática possam exercer o seu direito de voto, em tempo real, por via eletrónica, conquanto a sociedade “assegure a autenticidade das declarações” emitidas (cfr. artigo 377º, nº 6, al. b) CSC)^{110, 111}. Para este efeito, deverá a sociedade criar

109 Veja-se, sobre esta matéria, NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, pp. 18 ss.

110 “Declarações” onde, obviamente, se devem incluir as declarações de voto.

111 O artigo 12º, nº 2 da Proposta de Diretiva dos Direitos dos Acionistas expressamente determina que os Estados-membros deverão proibir quaisquer requisitos que impeçam o exercício do direito de voto por via eletrónica, salvo quanto ao que seja estritamente necessário para garantir a identificação dos acionistas e a segurança das telecomunicações.

uma plataforma que, garantindo a fiabilidade da transmissão e participação telemáticas, permita verificar a identidade dos participantes e a segurança das comunicações eletrónicas dos sócios¹¹².

Quanto às assembleias presenciais¹¹³, o CSC veio — com a introdução do nº 9 na norma do artigo 384º CSC, efetuada pelo DL 76-A/2006 — expressamente consagrar a admissibilidade, para todas as SA¹¹⁴,¹¹⁵, de os sócios ausentes da reunião poderem, a menos que tal expediente seja proibido pelos “estatutos”, exercer o voto por correspondência¹¹⁶. É uma solução com que se visa, uma vez mais, facilitar e estimular a participação dos sócios na AG, assim combatendo o seu absentismo. A utilização desta modalidade de voto apresenta, todavia, um senão que é preciso não esquecer: a colegialidade da assembleia, sobretudo com a utilização generalizada do voto por correspondência, fica seriamente posta em causa¹¹⁷.

No âmbito da matéria que constitui o objeto do presente estudo, convém lembrar que à tradicional forma de correspondência por

112 Nomeadamente, através da atribuição de um nome de utilizador e de uma palavra-passe.

113 Sejam as assembleias puramente presenciais ou as assembleias mistas.

114 Trata-se de um regime que, em princípio, se deverá considerar igualmente aplicável às SQ, por força da remissão do artigo 248º, nº 1 CSC.

115 Antes da reforma do CSC, o voto por correspondência já era admitido — a menos que o pacto o proibisse — nas sociedades abertas. Cfr. artigo 22º CVM e Recomendações da CMVM relativas ao exercício do voto por correspondência nas sociedades abertas, de 15 de fevereiro de 2001, que se pode ler em “<http://www.cvm.pt/NR/exeres/650F0A22-1E5B-45E0-BD8E-47A1A0EFE06B.htm>”.

116 Trata-se de um regime extremamente vulgarizado nos EUA. Sobre o *proxy voting* e o mais recente *electronic proxy voting*, vide COX; HAZEN, *On corporations*, vol. II, §§ 13.16 e 13.25 ss.; e HÜTHER, *Aktionärsbeteiligung und Internet*, pp. 129 ss.

117 Vide, porém, as observações feitas *supra* na nota 93. O regime origina, de facto, alguns desvios significativos no esquema tradicional da AG. Pense-se, p. ex., na recente e muito mediatizada AG do conglomerado alimentar “Heinz”, em que o acionista e investidor Nelson Peltz pretendia ter acesso à administração. Porque em causa estava sobretudo uma *proxy battle*, a contagem dos votos — e o conseqüente apuramento do sentido da votação — prolongou-se durante várias semanas. As notícias sobre o desenrolar deste processo podem ler-se em “<http://www.flexnews.com/console/Search.aspx?str=Heinz>”.

escrito, deve acrescentar-se agora a correspondência eletrônica, pelo que, em princípio, esta modalidade de voto poderá também ser exercida — nos termos atrás vistos — por *e-mail*, com assinatura eletrônica avançada¹¹⁸.

Há, no entanto, neste caso uma dificuldade adicional: o artigo 384º, nº 9 CSC impõe que o voto por correspondência se mantenha confidencial até ao momento da votação. Ora, se não for possível assegurar esta confidencialidade ao voto eletrónico — e poderá efetivamente revelar-se difícil tal desiderato —, não será de admitir o exercício do voto por correspondência por *e-mail*, mas apenas pela tradicional forma escrita.

Abreviaturas usadas:

- AG Assembleia geral
- AktG Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por ações, de 6 de setembro de 1965
- CC Código civil
- CCit Código civil italiano, de 16 de março de 1942
- CI Contratto e impresa
- CMVM Comissão do mercado de valores mobiliários
- CSC Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de setembro)
- CVM Código dos valores mobiliários (aprovado pelo DL nº 486/99, de 13 de novembro)

118 Vide artigo 4º-A CSC e artigo 3º, nº 2 do DL 290-D/99. Assim, também Coutinho de Abreu, *Governança das sociedades*, p. 24. Note-se que, se o sócio tiver exercido o seu direito de voto por correspondência, mas comparecer na reunião — pessoalmente ou através de um representante —, isso implicará a revogação do respetivo voto por correspondência. Em sentido idêntico, vide Recomendações da CMVM relativas ao exercício do voto por correspondência nas sociedades abertas, ponto 7.

DB	Der Betrieb
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
JOUE	Jornal oficial da União Europeia
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RdS	Revista derecho de sociedades
Rev Soc	Revue des sociétés
RNPC	Registo nacional de pessoas coletivas
RS	Rivista delle società
SA	Sociedade anónima
SC	Sociedade em comandita
SENC	Sociedade em nome coletivo
SQ	Sociedade por quotas
TCI	Tecnologias da comunicação e informação
TRSA	Lei espanhola sobre sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de dezembro)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NA SOCIEDADE SIMPLES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

THE LIABILITY OF PARTNERS IN THE SIMPLE COMPANY OF THE BRAZILAIN CIVIL CODE

Ronald Amaral Sharp Junior

Resumo: Este trabalho tem como objetivo geral aprofundar o conhecimento da sistemática das sociedades simples em sentido estrito e o objetivo específico de identificar o regime jurídico da responsabilidade dos sócios nesse tipo societário, mediante análise dos dispositivos do Código Civil de 2002 e os comparando com dispositivos similares das legislações suíça e italiana que lhe serviram de inspiração. O problema reside na exegese isolada do art. 1.023 do Código Civil, ou na exegese conjugada desse dispositivo com o art. 997, inc. VIII, do mesmo diploma legal, surgindo daí diferentes interpretações. A hipótese estabelecida neste trabalho leva em conta que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade simples frente a terceiros dependerá do que for previsto no respectivo contrato social, como facultado pelo art. 997, inc. VIII, do Código Civil, e que a aplicação do art. 1.023 do mesmo código é condicionada por aquela previsão contratual. Para os fins deste trabalho, a metodologia adotada foi exploratória e baseada em fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Direito societário. Sociedade simples em sentido estrito. Regime jurídico da responsabilidade dos sócios.

Abstract: This paper aims to deepen the knowledge of the general system of the simple companies (“sociedades simples”) in the strict sense and the specific goal of identifying the legal liability of partners in this type of company, by analyzing the provisions of the Civil Code of 2002 and comparing them with similar provisions of the laws Swiss and Italian that inspired him. The problem lies in the art of exegesis alone article 1023 of the Civil Code, or the exegesis of this provision combined with article 997, subsection VIII, the same law, there came different interpretations. The hypothesis established in this work takes into account that the liability of the partners for the company’s obligations with third parties simply depend on what is foreseen by the articles of association, as provided by article 997, subsection VIII, of the Civil Code, and the application of article. 1023 of the code is conditioned by that provision of the articles of association. For the purposes of this study, the methodology was exploratory and based on bibliographic sources.

Keywords: Corporate law. Simple company in the strict sense. Law system of liability of partners.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Fontes de inspiração da sociedade simples no direito brasileiro. 2. Regra básica de responsabilidade dos sócios na sociedade simples do direito brasileiro. 3. posições doutrinárias sobre a responsabilidade ilimitada dos sócios. 4 posições doutrinárias sobre a responsabilidade limitada ou ilimitada dos sócios. 5 Posição pessoal do autor. Conclusão.

Introdução

A sociedade simples foi introduzida no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002 e se encontra positivada em seus artigos 997 a 1.038. Representa um novo tipo societário sob os aspectos da disciplina normativa, funções e abrangência, embora possa ser “vista como

uma reformulação da antiga sociedade civil”, nesse sentido particular não caracterizando uma autêntica novidade.¹

Quanto à disciplina normativa, a sociedade civil era regulada na Parte Especial do Livro III do Código Civil de 1916, figurando entre as espécies de contratos, ao lado da compra e venda, doação, locação, mandato. A sociedade simples, a seu turno, é regida no Livro II, da Parte Especial, do Código Civil de 2002, que compõe o Direito de Empresa, deixando de receber o tratamento de mera espécie contratual, para ocupar um lugar de destaque na disciplina dos exercentes de atividades econômicas.

A função desempenhada pela sociedade simples também é distinta da que era reservada às sociedades civis, porque estas podiam ter ou não finalidades econômicas e não representavam um esquema padrão que atuasse como fonte supletiva ou subsidiária para as demais sociedades. A sociedade simples, além de ser um tipo societário próprio e de servir de estrutura jurídica para atividades econômicas não empresariais, cumpre simultaneamente a função de parte geral ou estatuto básico (sociedade-modelo, padrão, *standard*, núcleo mínimo) do direito societário brasileiro, contendo regras básicas de direito societário aplicáveis diretamente a outros tipos de sociedades e constituindo fonte subsidiária destas.²

Enquanto as sociedades civis se contrapunham às mercantis em relação ao objeto, as sociedades simples não se distinguem pelo objeto (dentro do que se considerava civil ou mercantil), mas pelo modo, qualitativamente organizado ou não, pelo qual a atividade econômica é desempenhada, podendo assim compreender aquelas

1 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 93.

2 O professor Sylvio Marcondes, autor do Livro II, da Parte Especial do Código Civil de 2002, afirmou na exposição de motivos complementar ao respectivo Anteprojeto, que a sociedade simples constitui um compartimento comum de portas abertas para receber e dar resposta às inúmeras questões afetas a todas as sociedades. (*apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 1º vol., 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 417).

cujo objeto antes era considerado mercantil, mas que, por ausência de estrutura e organização, atualmente não se credenciam como empresa.

As sociedades simples também podem acomodar os interesses de sócios que sejam uns contribuintes de capital e outros, exclusivamente prestadores de serviços, como sucedia na antiga sociedade de capital e indústria, esta abolida pelo Código Civil de 2002. Nas sociedades em que, dada a regulamentação de certas profissões, como contadores, médicos, agentes da propriedade industrial, for exigida a responsabilidade pessoal dos sócios pelos atos relativos ao exercício profissional, a regra será a utilização do tipo societário simples. Permite o art. 21 da Lei federal nº 11.771/08 que as atividades de turismo sejam exercidas por sociedades do tipo simples, como expressão de que elas não se resumem ao exercício de atividades intelectuais.

Nesse ponto, não procede a opinião manifestada por TOMAZETTE, para quem “Na prática, dificilmente alguém fará a opção pela sociedade simples pura. Normalmente, será utilizada a forma de uma sociedade limitada, dada sua simplicidade de constituição e funcionamento (...)”.³ Outro festejado autor, TAVARES BORBA, assume posição contrária e sustenta que “(...) considerando que a sociedade limitada, com a vigência do novo Código Civil, tornou-se mais complexa e menos flexível, o que vem sendo observado, no que concerne aos pequenos negócios, tem sido adoção da forma típica da sociedade simples.”⁴

Para viabilizar direito fundamental de se associar a outras pessoas para fins inclusive econômicos, contemplado no art. 5º, inc. XVII, da Constituição brasileira, o legislador previu a sociedade simples como tipo societário básico e livre das regras extremamente

3 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*, volume 1, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 293.

4 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 94.

complexas sobre convocação e deliberação dos sócios, atas e livros societários, necessidade de individualizar o administrador, redução e aumento de capital etc., incidentes nas sociedades limitadas, o que contraria o citado pensamento de TOMAZETTE.

A sociedade objeto do presente trabalho é a sociedade simples em sentido estrito ou simples pura, ou seja, visa especificamente ao tipo jurídico societário estabelecido nos artigos 997 a 1.038 do Código Civil, na medida em que, pelo art. 983 do mesmo diploma, a sociedade de natureza simples pode, por opção dos sócios, adotar a forma societária das sociedades empresárias, exceto a sociedade por ações. O estudo empreendido não contempla esta última hipótese.

Tem o trabalho o objetivo geral de aprofundar o conhecimento da sistemática das sociedades simples em sentido estrito e o objetivo específico de identificar o regime jurídico da responsabilidade dos sócios nesse tipo societário, fazendo uma análise dos dispositivos do Código Civil de 2002 e os comparando com dispositivos similares das legislações suíça e italiana que lhe serviram de inspiração.

Além de sofrerem de certo descaso, como se nota das palavras acima de TOMAZETTE, em desfavor das sociedades simples ainda foi inicial e amplamente ressaltado que a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade era sempre ilimitada. No ano de promulgação do Código Civil, o Enunciado 61 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal chegou a fixar o entendimento de que a responsabilidade dos sócios era mesmo ilimitada, sugerindo a interpretação de que o termo “subsidiariamente”, aludido no inc. VIII, do art. 997, do Código Civil, devesse ser substituído por “solidariamente”, para compatibilizar tal dispositivo com o art. 1.023 do mesmo estatuto.⁵ Vários autores de-

5 JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 23.

fenderam e ainda defendem a tese da responsabilidade ilimitada dos sócios, como Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Marlon Tomazette.

Contra essa ordem de ideias, e realizando uma análise cuidadosa e sistemática dos dispositivos do Código Civil específicos das sociedades simples, sem deixar de identificar as distinções do direito alienígena, o qual serviu de fonte para o legislador brasileiro, outra considerável parcela da doutrina, como Alexandre Assumpção Alves, Tavares Borba, Rúbia Carneiro, Sérgio Campinho, sustenta que a responsabilidade será limitada ou ilimitada, conforme previsto pelos sócios por cláusula do respectivo contrato social.

O problema reside na exegese isolada do art. 1.023 do Código Civil, ou na exegese conjugada desse dispositivo com o art. 997, inc. VIII, do mesmo diploma legal, surgindo daí diferentes interpretações. Afinal, nas sociedades simples em sentido estrito, os sócios ordinariamente respondem ou não ilimitadamente pelas obrigações sociais?

A existência de entendimentos tão divergentes entre si é fonte de insegurança jurídica para as sociedades simples em sentido estrito já constituídas e por se constituírem, afetando a decisão dos sócios quanto ao tipo societário eleito e alimentando vacilações e incertezas e quando esse tipo for mandatário em função da atividade a que se proponha a sociedade.

A hipótese estabelecida neste trabalho leva em conta que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade simples frente a terceiros dependerá do que for previsto no respectivo contrato social, como facultado pelo art. 997, inc. VIII, do Código Civil, e que a aplicação do art. 1.023 do mesmo código é condicionada por aquela previsão contratual.

Para os fins deste trabalho, a metodologia adotada foi exploratória e baseada em fontes bibliográficas.

1. Fontes de inspiração da sociedade simples no direito brasileiro

Segundo leciona José da Silva PACHECO, as sociedades simples no direito brasileiro resultam da combinação de dois diplomas alienígenas: a) do Código Suíço das Obrigações de 1911 (art. 530, 2^a alínea), pelo qual são sociedades simples aquelas que não adotam determinada forma societária específica, e b) do Código Civil italiano de 1942, que considera como tais as sociedades que têm como objeto atividade diversa da empresarial (art. 2.249, 2^a alínea, arts 2.195 e 2.251 e ss).⁶

O Código Suíço das Obrigações foi incorporado ao Código Civil daquele país, passando-lhe a constituir o Livro V. Foi elaborado com base no Código Federal Suíço das Obrigações de 14 de junho de 1881, como observa Washington de BARROS MONTEIRO, ao prefaciar a obra de DINIZ de tradução do Código Civil Suíço.⁷ De fato, regulada nos artigos 530 a 551, entre as espécies contratuais, tal como o fazia o Código Civil brasileiro de 1916 no tocante às sociedades civis, a sociedade é simples, conforme o art. 530, 2^a alínea, no sentido empregado pelo Código, sempre que não se apresentarem os pressupostos de outra sociedade regulada por lei.⁸ Mas adverte DINIZ que

6 PACHECO, José da Silva. Do direito de empresa no novo código civil, em relação à falência, da qual se exclui a sociedade simples. *Boletim Informativo COAD*, nº 25/2003. Rio de Janeiro: COAD, 2003, pp. 357-355.

7 DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 18. Idem Gustavo TEPEDINO *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 71: “A sociedade simples originou-se no direito suíço (Código das Obrigações, art. 530), no qual assumiu qualidade de estrutura base para os demais tipos societários. Inspirou-se o legislador brasileiro no exemplo do CC italiano, o qual, seguindo a inovação suíça, estabeleceu regras especiais para as sociedades simples.”

8 “É ela uma sociedade simples (*einfache Gesellschaft*), no sentido deste título, sempre que não se apresentarem os pressupostos de uma outra sociedade regulada por lei”. (DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 18. Idem Gustavo TEPEDINO *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 239).

a tradução para o vernáculo deu-se diretamente do alemão (idioma original da redação do Código Suíço e que foi posteriormente vertido para o italiano e para o francês) e que deste modo preserva melhor o sentido do texto primitivo. Os exemplos são do próprio DINIZ, que diz que exemplifica a passagem Die juristischen Personen iuridiquem, que é vertido no texto em francês para *Des Personnes Morales*, uma vez que é assim que os franceses chamam.⁹

Era a sociedade geral, que passava a ser o tipo societário aplicável sempre que os sócios não fizessem a opção de regência por uma forma societária típica e não estava sujeita a inscrição em órgão de registro, ao contrário das sociedades disciplinadas na Terceira Parte, do Código Suíço das Obrigações. A Terceira Parte do Código Suíço das Obrigações intitula-se *Das Sociedades Comerciais e da Sociedade Cooperativa* e prevê a obrigatoriedade de registro para a todas as sociedades ali disciplinadas (arts. 554, 595, 643, 780, 830, 840).

O Código Civil italiano enumera as atividades empresariais (art. 2.195), diversamente do Código brasileiro, que adota o critério prevalente da organização (art. 982 c/c art. 966), e para elas impõe a observância de um dos tipos mercantis regulados nos Capítulos III e seguintes do Título V de seu Livro V. As sociedades que tenham como objeto o exercício de atividades diversas são reguladas como sociedades simples (2.249, 2ª aliena, e 2.251 e seguintes). As sociedades simples italianas não estão sujeitas a obrigatoriedade de registro (art. 2.200), embora o contrato deva ser levado ao conhecimento de terceiros por meios idôneos (art. 2.267), conforme o art. 2.200 do respectivo código.

9 “A segunda razão pela qual não escolhemos o texto em francês, ou mesmo italiano, é porque se afastam eles, inteiramente, da forma do texto original alemão, do seu modo de dizer a coisa, da terminologia por ele adotada, substituindo tudo isso pelo linguajar comum entre os cultores dos direitos franceses e italianos. Os artigos se encontram aí **não traduzidos**, mas por inteiro refeitos, outra a ordem, até pontuação diversa.” (DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 18. Idem Gustavo TEPE-DINO et al. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 19).

Em parecer de 06.08.2012, Fábio Ulhoa COELHO afirma que

Infelizmente, as normas do Código Civil italiano sobre società semplice não podem servir de subsídios ao estudo das sociedades simples do direito brasileiro. Lá, os empresários são classificados em comerciais e não-comerciais e as sociedades simples são as reservadas a estes últimos empresários. Não existe, portanto, no direito italiano, como claramente dispôs o legislador brasileiro, a contraposição entre sociedades simples e empresárias. Sobre a matéria, consultar Francisco Ferrara Jr., *Gli Impreditori e le Società*, Milão, 1994, Giuffrè, 9ª edição, especialmente os capítulos II e IX.¹⁰

Ao contrário das legislações suíça e italiana, a sociedade simples no Brasil constitui determinada forma societária típica (arts. 997 e seguintes), sujeita-se à inscrição em registro público (art. 998), adquire personalidade jurídica própria em consequência desse registro (art. 985) e é disciplinada entre as demais sociedades no Livro II da Parte Especial relativo ao Direito de Empresa. É válida, portanto, a precitada advertência do professor Fábio Ulhoa COELHO, uma vez que, consideradas as distinções acima, não se pode invocar incondicionalmente o direito alienígena para resolver problemas da sociedade simples no direito brasileiro, sem antes realizar as necessárias adaptações.

2. Regra básica de responsabilidade dos sócios na sociedade simples do direito brasileiro

Em decorrência de sua personalidade jurídica própria, é o patrimônio da sociedade simples que responde diretamente pelas obrigações contraídas em nome desta, nos termos do art. 1.024 do Código Civil. Em qualquer sociedade personificada, é o seu patrimônio que,

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer. São Paulo, 2012. Disponível em “<http://www.rcpjrj.com.br/rcpj.web/#>”. Acesso em: 24.05.2013.

em primeiro lugar, se vê alcançado pela efetivação do princípio da responsabilidade, insculpido tanto no Código Civil (art. 391) quanto no Código de Processo Civil (arts. 591). Por força da autonomia patrimonial, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei (CPC, arts 592, inc. II, e 596) Como a responsabilidade dos sócios sujeita-se a reserva legal em cada tipo societário ou nas situações especialmente estabelecidas em lei, sua conformação, quando e caso admitida, é de caráter subsidiário.

Pode-se distinguir a responsabilidade dos sócios em duas modalidades: a) ordinária, decorrente do próprio regramento da espécie societária cogitada e diante da insuficiência de bens desta, e b) extraordinária, incidente nos casos de fraude, abuso, má-fé e atos ilícitos de modo geral por parte de sócios e administradores, onde se imputa responsabilização pessoal e direta ao causador dos danos. Nesse sentido, a responsabilidade ordinária dos sócios nas sociedades simples se define pelo disposto nos arts. 997, inc. VIII, e 1.023, ambos do Código Civil. Com efeito, estabelecem referidos artigos:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...)

VIII — se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

A norma do art. 997, inc. VIII, harmoniza-se plenamente com o disposto no art. 46, inc. V, também do Código Civil, relativamente ao ato registrário das pessoas jurídicas de direito privado, o qual preceitua que o registro mencionará se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Assim também estatua o

art. 19, inc. IV, do Código Civil brasileiro de 1916. Identicamente, o art. 120, inc. V, da Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre o registro civil de pessoas jurídicas, incumbido do registro das sociedades simples (arts. 998 e 1.150 do Cód. Civil), prescreve que o registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, feita em livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com a indicação de se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Em primeiro lugar, observa-se dos citados dispositivos que o registro refletirá o que houver sido pactuado entre os membros no ato constitutivo da sociedade, deixando o Código Civil a critério deles a definição sobre se respondem ou não pelas obrigações sociais. Em segundo lugar, essa responsabilidade, desde que prevista pelos sócios, será sempre em caráter subsidiário, jamais em regime de solidariedade com a sociedade, uma vez que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Cód. Civil).

Vale então assentar que, ou os sócios prevêm sua responsabilidade ordinária pelas obrigações sociais no contrato social da sociedade simples e ela se dará em caráter subsidiário ou, afastada essa responsabilidade no contrato social, simplesmente não responderão pelas obrigações sociais, muito menos solidariamente, conforme o citado art. 265 do Cód. Civil. A sociedade simples em sentido estrito é uma sociedade dotada de personalidade jurídica (arts. 997 a 1.038 do Cód. Civil, integrantes do Capítulo I, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II, da Parte Especial do Cód. Civil, relativo às sociedades personificadas, combinado com o art. 44, inc. II, também do Cód. Civil) e, como tal, é ela quem responde por suas obrigações, somente havendo responsabilidade dos sócios nos casos em que a lei determinar, nos termos dos citados arts. 592, inc. II, e 596, ambos do Código de Processo Civil.

No enfrentamento do assunto, é recorrente na doutrina a invocação aos dispositivos da sociedade simples do Código Civil italiano

e do Código Suíço das Obrigações, no tocante à sociedade simples daqueles ordenamentos jurídicos, fonte de inspiração da sociedade simples do direito brasileiro.¹¹

Efetivamente, dispõem os art. 2.267 e 2.280 do Código Civil italiano:

Art. 2.267. Os credores da sociedade podem fazer valer os seus direitos sobre o patrimônio social. Também respondem pelas obrigações sociais, pessoal e solidariamente, os sócios que atuarem em nome e por conta da sociedade e, salvo convenção em contrário, os demais sócios.

O contrato social deve ser levado ao conhecimento de terceiros pelos meios idôneos, e, caso contrário, a limitação da responsabilidade ou a exclusão da solidariedade não é oponível àqueles que delas não tiverem conhecimento.¹²

Art. 2.280. Os liquidatários não podem repartir entre os sócios, nem mesmo parcialmente, os bens sociais, até que sejam pagos os credores da sociedade ou estejam postas de lado as importâncias necessárias para pagá-los.

Se os fundos disponíveis se mostrarem insuficientes para o pagamento dos débitos sociais, poderão os liquidatários pedir aos sócios as quantias ainda devidas sobre as respectivas quotas, e quando for o

11 Alfredo Gonçalves de Assis Neto, ao afirmar a que responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios na sociedade simples brasileira, assim se pronuncia: “Esse é também o regime jurídico da sociedade simples no direito suíço (Código das Obrigações, art. 549, n. 2) e no direito italiano – neste com a possibilidade de restrição em relação a alguns sócios (Cci, arts. 2.280 e 2.267).” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 175).

12 No original: *Art. 2267 Responsabilità per le obbligazioni sociali. I creditori della società possono far valere i loro diritti sul patrimonio sociale. Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente (2740) e solidalmente (1292 e seguenti) i soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci. Il patto deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei; in mancanza, la limitazione della responsabilità o l'esclusione della solidarietà non è opponibile a coloro che non ne hanno avuto conoscenza (att. 204)*. Disponível em “http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/codciv.htm”. Acesso: 04.03.2013.

caso, as importâncias necessárias, nos limites da respectiva responsabilidade e na proporção da parte de cada um nas perdas. Na mesma proporção se reparte, entre os sócios, o débito do sócio insolvente.¹³

A seu turno, dispõem os arts. 544, n. 3, e 549, n. 2, do Código Suíço das Obrigações:

Art. 544 (...)

3. Se os sócios, em comum, ou por representação, ante um terceiro, contraírem obrigação, responderão eles solidariamente, respeitadas as convenções em contrário.¹⁴

Art. 549, (...)

2. Se, depois da extinção das dívidas e do reembolso das despesas e adiantamentos, não bastar o patrimônio comum para a devolução das entradas patrimoniais, terão os sócios de suportar a falta como perda.¹⁵

Observe-se, em primeiro lugar, que a norma do art. 2.280 do Código Civil italiano e do art. 549 do Código Suíço das Obrigações

13 No original: *Art. 2280 Pagamento dei debiti sociali I liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finché non siano pagati i creditori della società o non siano accantonate le somme necessarie per pagarli (2452, 2625). Se i fondi disponibili risultano insufficienti per il pagamento dei debiti sociali, i liquidatori possono chiedere ai soci i versamenti ancora dovuti sulle rispettive quote e, se occorre, le somme necessarie, nei limiti della rispettiva responsabilità e in proporzione della parte di ciascuno nelle perdite. Nella stessa proporzione si ripartisce tra i soci il debito del socio insolvente.* Disponível em “http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm”. Acesso: 04.03.2013.

14 No original: *Art. 544. (...). Haben die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so haften sie ihm solidarisch, unter Vorbehalt anderer Vereinbarung.*

15 No original: *Art. 549. 1 Verbleibt nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen na einzelne Gesellschafter und nach Rückerstattung der Vermögensbeiträge ein Überschuss, so ist er unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen. 2 Ist nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen das gemeinschaftliche Vermögen nicht ausreichend, um die geleisteten Vermögensbeiträge zurückzuerstatten, so haben die Gesellschafter das Fehlende als Verlust zu tragen.* Disponível em “<http://www.lex-find.ch/dtah/90287/2/>”. Acesso em: 13.03.2013.

tratam da responsabilidade dos sócios na liquidação da sociedade, a qual não necessariamente expressa o regime geral de responsabilidade ordinária dos sócios. Esse regime por ser transmudado em decorrência da liquidação, independentemente do tipo societário e da responsabilidade que lhe seja característico na fase ativa, como estatui o art. 1.110 do Código Civil brasileiro. GONÇALVES NETO, ao comentar o referido artigo, assim se manifesta:

De fato, a teor do enunciado da regra sob análise, os sócios passam a responder limitadamente pelos respectivos créditos não satisfeitos, independentemente do regime societário adotado. Assim, se se tratar de uma sociedade que possua sócios com responsabilidade solidária e ilimitada pelas dívidas sociais, uma vez encerrada a liquidação, referidos sócios passam a ter sua responsabilidade limitada àquilo que receberem do acervo social.¹⁶

Em segundo lugar, parece fora de dúvida de que a sociedade simples suíça não possui personalidade jurídica¹⁷ e, desse modo, seus sócios respondem pessoal e ilimitadamente, sendo-lhes facultado, contudo, afastar a solidariedade para instituírem a responsabilidade proporcional, mas sempre ilimitada (art. 544, n. 3). A previsão do Código Suíço das Obrigações da sociedade simples entre as espécies de contratos e a ausência de normas sobre registro e atribuição de personalidade dão-lhe características das sociedades em comum do direito brasileiro (arts. 986 a 996 do Cód. Civil pátrio).

Para saber se a sociedade simples do direito italiano possui ou não personalidade jurídica, no intuito de determinar sua autonomia patrimonial e admitir eventual limitação da responsabilidade dos sócios, é preciso verificar os requisitos comuns necessários à constitui-

16 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 498.

17 Cf. ABRÃO, Carlos Henrique. *Sociedade simples*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 6.

ção das pessoas jurídicas de direito privado. Segundo a doutrina, exigir-se-á a) conjugação de uma vontade humana criadora e/ou um conjunto de bens; b) liceidade de seus objetivos (elementos materiais); e c) observância de prescrições legais relativas ao seu nascimento, como adoção de instrumento público ou particular, imposição de certas cláusulas mínimas, obrigatoriedade de registro, autorização governamental quando for o caso (elemento formal)¹⁸. O contrato social da sociedade simples italiana não requer forma especial (art. 2.251 do Cód. Civil italiano) nem se submete a registro em órgão específico, ao contrário das demais sociedades, que devem ser inscritas no Registro das Empresas (art. 2.200 do Cód. Civil italiano). Suas cláusulas são oponíveis a terceiros por qualquer meio idôneo (art. 2.267, 2ª parte, do Cód. Civil italiano).

Portanto, a sociedade simples italiana não reúne os requisitos para a constituição das pessoas jurídicas privadas, sendo desprovida de personalidade jurídica própria. Daí a razão pela qual seus sócios respondem pessoal e ilimitadamente pelas dívidas sociais. Para confirmar a tese, no âmbito do Código Civil italiano, as sociedades em nome coletivo e em comandita simples, enquanto não registradas, regem-se pelas regras da sociedade simples (arts. 2.297 e 2.317 do Cód. Civil italiano), exatamente como ocorre com a sociedade em comum do Código Civil brasileiro (art. 986), carente de personalidade jurídica e atributiva de responsabilidade ilimitada aos sócios (art. 990).

A questão da personalidade jurídica liga-se à responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, na medida em que somente nas sociedades personificadas admite-se segregar o patrimônio dos sócios das obrigações contraídas pela sociedade, por constituir um ente autônomo sujeito de direitos e deveres. A definição da personalidade jurídica não pode ser marcada por incertezas e exige precisa normatividade, porque o surgimento de um novo ente, distinto de seus

18 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 298-299.

membros, repercute na esfera de terceiros que com ele se relacionarão.

Considerando que se compreende por sociedade tanto o arranjo contratual societário quanto a entidade dele derivada, desde que acompanhado de certas formalidades legais, constata-se que as sociedades simples italiana e suíça conformam-se a um mero contrato de sociedade, sem ensejar um ente dotado de existência jurídica própria. Do exposto resulta ser equivocado recorrer aos direitos italiano e suíço, sem antes realizar as necessárias adaptações, para encontrar respostas aos problemas interpretativos gerados pelo Código Civil brasileiro. Em suma, as sociedades simples dos direitos suíço e italiano, por não desfrutarem de personalidade jurídica, consagram a regra de responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais. Ainda que alguns dispositivos aludam a “patrimônio social” e “patrimônio comum” (ex.: art. 2.267 do Cód. Civil italiano e art. 542, n. 2, do Código Suíço das Obrigações), estão se reportando ao patrimônio dos próprios sócios em regime de co-titularidade ou comunhão, para se distinguirem dos demais bens dos sócios não incluídos nesse regime.

Aliás, o art. 989 do Código Civil brasileiro, ao tratar da sociedade em comum, cujo traço peculiar é ser despida de personificação, utilizou as expressões “patrimônio especial” e “bens e dívidas sociais”. Bem esclarece o Enunciado 210 da III, Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que “O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica”.¹⁹

19 JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 42.

3. Posições doutrinárias sobre a responsabilidade ilimitada dos sócios

A seguir serão destacados os posicionamentos doutrinários que defendem a tese da responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios nas sociedades simples em sentido estrito do Código Civil brasileiro.

Com efeito, Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, sobre o tema, assim se pronuncia:

Na sociedade simples, a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais é ilimitada e subsidiária, a teor do que estabelecem os arts. 1.023 e 1.024 do Código Civil. Nela há, portanto, uma responsabilidade objetiva dos sócios pelas dívidas sociais. Essa sempre foi a tradição do direito brasileiro em matéria de sociedade civil de que qualquer outra sociedade não revestida de tipo especial garantidor da limitação de responsabilidade dos sócios (em comandita, para os comanditários, limitada e anônima). Esse é também o regime jurídico da sociedade simples no direito suíço (Código das Obrigações, art. 549, n. 2), e no direito italiano neste com a possibilidade de restrição em relação a alguns sócios (Cci, arts. 2.280 e 2.2267).

No entanto, a norma do inciso VIII, do art. 997 teria alterado, aparentemente, essa orientação. Não é assim, porém. Na busca de uma solução satisfatória, que afaste a antinomia, entre essa disposição e a dos mencionados dispositivos de natureza cogente (arts. 1.023 e 1.024), que compõem o regime jurídico da sociedade simples, a 1ª Jornada de Estudos do Código Civil, promovido pelo Centro de Estudos da Justiça Federal, aprovou o Enunciado n. 61, com esta conclusão: “o termo subsidiariamente constante do inciso VIII, do art. 997, deve ser substituído por solidariamente, a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1.023 do mesmo Código”. Trata-se, porém, de orientação de *lege ferenda*, que não soluciona a questão diante do direito posto.

Em verdade, o inciso VIII do art. 997 não figurava no projeto aprovado pela Câmara Federal. Foi introduzido pela Emenda n. 84, no Senado Federal, reproduzindo a a regra contida no art. 120, IV, da Lei

de Registros Públicos, que no seu contexto jurídico justificava-se por abranger outras pessoas jurídicas de direito privado, que não exclusivamente as sociedades civis.

Para uma interpretação razoável dessa disposição legal, deve-se considerar que as regras do art. 997 têm abrangência geral, por serem aplicáveis tanto a ela quanto às demais sociedades. Com essa premissa, leve-se em conta que os sócios de determinados tipos societários podem avençar a não assunção de responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais. A regra de isenção de responsabilidade subsidiária, assim, só será admissível quando o tipo societário adotado o permitir. “É, portanto, cláusula compatível, apenas, com a sociedade de responsabilidade limitada (arts. 1.052 e 1.055, § 1º) e com a sociedade cooperativa que opte pela limitação de responsabilidade dos sócios ao valor de suas quotas-partes (art. 1.095, § 1º). Se a sociedade simples revestir-se do tipo de suma sociedade limitada, sujeitar-se-á ao respectivo regime jurídico (art. 983, 2ª parte) e excluirá a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais, apesar de permanecer simples e com inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (art. 1.150)”^{20,21}

Marlon TOMAZETTE, tratando do assunto, manifesta que:

O traço distintivo de um tipo societário é a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade. Neste particular, há que se destacar que a sociedade simples, que ora analisamos, é um dos tipos de sociedade de que podem se servir os exercentes de atividades não empresariais.

A princípio, responde pelas obrigações sociais o patrimônio da própria sociedade (art. 1.024 do Código Civil de 2002), dada a autonomia patrimonial inerente às pessoas jurídicas. Todavia, no caso de insuficiência desse patrimônio, os sócios podem ser chamados a responder com o seu patrimônio pessoal. Reitere-se aqui que não entendemos

20 TOMAZETTE, Marlon. *Lições de direito societário*, v. 1, n. 50, p. 129.

21 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 175. Idem quanto aos comentários do autor na mesma obra em relação ao art. 1.023.

ser possível a disposição dos sócios sobre tal matéria no âmbito do contrato social.

Na sociedade simples, a regra geral é que os sócios respondem subsidiariamente, na proporção de sua participação no capital social (art. 1.023), vale dizer, o patrimônio pessoal do sócio só responde na insuficiência do patrimônio social e pela parte da dívida equivalente à sua parte no capital social.²²

No entendimento de Ricardo NEGRÃO:

A sociedade é primariamente responsável, como pessoa jurídica, pelas obrigações assumidas perante terceiros. Entretanto, se os bens sociais não cobrirem as dívidas sociais, os sócios respondem pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, conforme já se estudou. É possível ainda, que o contrato estabeleça a responsabilidade solidária dos sócios, e, assim, a obrigação será ilimitada em relação a seus bens particulares até o pagamento integral dos débitos existentes. Em um outro caso, a responsabilidade dos sócios é secundária, garantindo-lhes o benefício de ordem: os bens particulares somente serão executados após todos os bens sociais.²³

Conforme observa Arnaldo WALD:

375. Assim sendo, quando excluída ou não incluída no contrato social cláusula estabelecendo a solidariedade, a responsabilidade dos sócios seria subsidiária, nos termos do artigo 1.023, não se permitindo a extensão dos bens particulares dos sócios por dívidas sociais, senão depois de excedidos os bens da sociedade (artigo 1.024).

376. Poderíamos, assim, concluir que a regra contida no artigo 997 serve para possibilitar a ratificação da disposição do artigo 1.023 e a

22 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 300.

23 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial*, vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 330.

opção dos sócios se dá entre a subsidiariedade ou a solidariedade em relação à sociedade, mas não autoriza que se convencie a ausência de responsabilidade. Não estaria se referindo o artigo à limitação da responsabilidade quanto à extensão.²⁴

Entretanto, em parecer datado de 30.09.2004, respondendo a consulta formulada pelo Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro, versando sobre questões relacionadas ao registro de sociedades simples, o mesmo professor Arnoldo Wald expressa que:

189. No que se refere à responsabilidade dos sócios, disciplinada na Seção IV, que trata das relações com terceiros, traz o novo Código Civil a opção pela responsabilidade subsidiária. Isto porque, de acordo com o art. 997, inciso VIII do Código Civil em vigor, o contrato social da sociedade simples mencionará se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

190. Em razão deste dispositivo, depreende-se que cabe ao contrato social estabelecer o regime de responsabilidade dos sócios a ser adotado, não sendo obrigatória a adoção da responsabilidade subsidiária.

191. A responsabilidade subsidiária representa a necessidade de se exaurir primeiro o patrimônio social para, somente após isto, o credor ir buscar a satisfação do seu crédito nos bens dos sócios, na proporção da participação destes nas perdas resultantes da atividade social. O Código estabelece que a responsabilidade subsidiária é proporcional à participação nas perdas sociais, conforme a entrada de cada sócio ou ao que o contrato estabelecer.

192. Observe-se, ainda, que o artigo 1.023 estipula que fica a critério dos sócios, na elaboração do contrato social, a estipulação da solidariedade entre os sócios pelas dívidas sociais.

²⁴ WALD, Arnoldo; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*, v. XIV: livro II, do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 129.

193. Desta forma, da conjugação das disposições contidas nos artigos 997, inciso VIII e 1.023, do Código Civil, depreende-se que cabe ao contrato social estabelecer o regime de responsabilidade a ser adotado, não sendo obrigatória a adoção da responsabilidade subsidiária, nem que se estipule a solidariedade entre os sócios.²⁵

Como o direito é algo dinâmico, em constante evolução, não raro juristas de escol mudam de opinião, o que não deixa de representar um sinal evidente de sua vitalidade e de que o conhecimento não se apresenta como uma obra perfeita e acabada.

4. Posições doutrinárias sobre a responsabilidade limitada ou ilimitada dos sócios

Para realizar o necessário cotejo com as orientações acima expostas, cumpre destacar a corrente que profliga a possibilidade de o contrato social dispor sobre se os sócios respondem subsidiariamente ou não pelas obrigações sociais, tornando neste último caso a sociedade de responsabilidade limitada.²⁶

25 WALD, Arnaldo. Parecer. São Paulo: 2004. Disponível em “<http://www.rcpj.com.br/rcpj.web/#>”. Acesso em: 24.05.2013.

26 Optou-se, por uma questão metodológica e já capaz de expressar a densidade das posições em sentido contrário assumidas pela doutrina, de limitar no corpo deste trabalho as transcrições ao pensamento de quatro autores. Entretanto, convém deixar adicionalmente registrado o posicionamento de Marcelo Feres: “O art. 997, VIII, do Código Civil, ao dispor sobre o contrato de sociedade simples, exige que dele conste cláusula esclarecendo se os sócios têm ou não responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais. Mais adiante, no art. 1.023, estipula que se ‘os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária’. Assim, da leitura conjunta dessas duas regras, na prática, podem se configurar distintos regimes de responsabilidade dos sócios da sociedade simples. Podem existir: i) sociedade simples em que os sócios não respondem subsidiariamente pelas obrigações sociais; ii) sociedade em que os sócios respondem subsidiária e proporcionalmente; e iii) sociedade com responsabilidade subsidiária e solidária dos sócios”. (FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61).

Assevera Rúbia Carneiro NEVES:

Também o art. 1.023, do NCC, trata dessa mesma responsabilidade por dívidas da sociedade, e determina de modo cogente, que “se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”.

Segundo o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para se interpretar corretamente este último dispositivo deve-se admitir que a responsabilidade dos sócios, então, é subsidiária e ilimitada, o que significa que, uma vez exaurido o patrimônio social, cada sócio responde pessoalmente e sem limitação de valor, variando sua responsabilidade consoante a proporção ajustada. Assim, se a sociedade não tem mais patrimônio e deve 1.000,00 o sócio que tem 10% de participação nas perdas pagará 100 e o que tem 90% pagará 900 dessa dívida”.

Concorda-se com referido professor quanto à interpretação, mas vale dizer que a aplicação dessa regra em princípio cogente, pode ser perfeitamente afastada, pois trata-se de previsão normativa que não se coaduna com a permissão conferida pelo inciso VIII, do art. 997, do NCC, que claramente autoriza os sócios a declararem no contrato se eles respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Desde que devidamente averbado o contrato no registro público, o mesmo tem eficácia *erga omnes* e pode perfeitamente afastar a responsabilidade dos sócios quanto às dívidas contraídas em nome da sociedade simples.²⁷

Na mesma linha, ressalta TAVARES BORBA:

Ora, se cabe ao contrato (art. 997, VIII) dispor a respeito da responsabilidade subsidiária dos sócios, adotando-a e tornando a responsabilidade de responsabilidade ilimitada, ou recusando-a e conferindo à sociedade a característica da sociedade limitada, a norma do art.

27 NEVES, Rúbia Carneiro; RODRIGES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 182-183.

1.023 apenas se aplicaria quando acolhida no contrato a responsabilidade ilimitada dos sócios.²⁸

No escólio de Sérgio CAMPINHO:

Os sócios, na sociedade simples, poderão, ou não, responder subsidiária e ilimitadamente pelas dívidas sociais. A questão deverá vir definida no contrato social (inciso VIII, do artigo 997). Não havendo responsabilidade subsidiária, o sócio fica obrigado tão-somente pelo valor de sua quota. Caso sua contribuição esteja integralizada, cessa sua responsabilidade.²⁹

O mesmo raciocínio é exposto por TEPEDINO *et al*, ao comentar o artigo 997, inciso VIII, do Código Civil:

Estabelece ainda o artigo em análise — reproduzindo norma que já constava do CC1916, relativamente às sociedades civis (art. 19) — que o contrato contenha obrigatoriamente cláusula acerca do regime de responsabilidade dos sócios pelas dívidas societárias. Esta poderá ser limitada ou ilimitada e, nesse último caso, em caráter solidário ou não. Pelo regime da responsabilidade limitada, os sócios, uma vez integralizado o capital social, não respondem pelas dívidas da sociedade (tal como se tratasse de responsabilidade limitada); no de responsabilidade ilimitada, podem ser chamados a responder perante terceiros por dívidas sociais que excedam as forças do patrimônio da pessoa jurídica, nos termos do art. 1.023. Nesta hipótese, há que se verificar o caráter da responsabilidade dos sócios, isto é, se escolheram ou não a responsabilidade solidária. No primeiro caso, respondem os sócios pela totalidade da dívida; na segunda hipótese, apenas poderão os credores exigir dos sócios o percentual de sua participação nas perdas, excluído o sócio de serviços. Em ambos os casos,

28 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 97.

29 CAMPINHO, Sérgio. *Direito de empresa à luz do novo código civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

impõe-se aos credores que primeiro esgotem o patrimônio social para, insatisfeita a dívida, cobrá-la dos sócios na medida de sua responsabilidade.³⁰

E acrescenta TEPEDINO *et al* no que se refere ao art. 1.023 do Código Civil:

Atribui-se ao contrato social, na esteira do sistema anterior, o papel de estabelecer as regras sobre a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais. Apesar de, a princípio, o artigo impor a responsabilidade dos sócios na medida de sua participação, permite-se que o contrato apresente cláusula em sentido diverso. Abre-se, assim, aos sócios, a possibilidade, conferida pelo art. 997, VIII, de estipulares que não respondem pelas dívidas sociais, a fixar, assim, regime de responsabilidade limitada (v. comentários ao art. 997). Observa-se que o regime eleito deve se aplicar a todos os sócios, não se admitindo a presença de duas espécies de sócios com responsabilidades diversas. Esta última possibilidade apenas se admite quanto à sociedade em comandita simples.³¹

5. Posição pessoal do autor

Como examinado anteriormente, a sociedade simples do Código Civil brasileiro, embora inspirada nos modelos com o mesmo *nomem iuris* do Código Suíço das Obrigações e do Código Civil italiano, deles se afasta principalmente em matéria de obrigatoriedade de registro e de aquisição de personalidade jurídica daí derivada. No direito suíço, a sociedade simples nem mesmo configura um tipo societário, correspondendo a um regime que atua ante a ausência de aquisição de personalidade jurídica. Não podem por isso, sem algum

30 TEPEDINO, Gustavo *et al*. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 76.

31 TEPEDINO, Gustavo *et al*. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 108.

esforço adaptativo, ser utilizadas as sociedades simples italiana e suíça para resolver problemas suscitados pela sociedade simples do direito pátrio.

Nos moldes do Código Civil de 2002, a sociedade simples está incluída entre as sociedades dotadas de personalidade jurídica e, portanto, de autonomia patrimonial, o que faz com que a responsabilidade ordinária dos sócios, se houver, assumam caráter apenas subsidiário.

É bem de ver que a sociedade simples, conforme já exposto, cumpre a função de núcleo do direito societário, *standard* ou padrão, despontando como verdadeira parte geral cujas regras são aplicáveis subsidiariamente a outros tipos de sociedades. Porém, não se pode dizer que a norma do inciso VIII, do art. 997, do Código Civil, que permite que o contrato social disponha acerca da responsabilidade subsidiária ou não dos sócios, justamente o primeiro artigo da sociedade simples, não seja aplicável a ela e vise a outros tipos societários. Jamais se admitiria que um dispositivo destinado a regular originariamente a sociedade simples não comportasse incidência em sua disciplina. O raciocínio correto induz a que a norma se aplique a ela mesma e, conforme o caso, a outros tipos societários, diante de lacuna do regramento destes e quando houver compatibilidade.

Outro equívoco está em interpretar isoladamente o art. 1.023 do Código Civil brasileiro, o qual, embora integrante da disciplina da sociedade simples, precisa ser conjugado com o sobredito art. 997, inciso VIII, que também lhe é próprio. A exegese isolada do art. 1.023 importa em fazer tabula rasa do art. 997, inciso VIII. Já a exegese que compreenda os dois dispositivos permite aplicar ambos, sem que um exclua o outro. Toda interpretação é sistemática, sob pena de não ser interpretação, porque não se pode analisar um dispositivo de forma isolada, fora do sistema em que está inserido.³²

32 Ingo Wolfgang Sarlet cita a importante obra de Juarez de Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, 2005, p. 49 e ss., atribuindo a ele o pensamento de que “toda interpretação ou é sistemática ou não é interpretação”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa*

Assim, se o contrato social estipular que os sócios não respondem pelas obrigações sociais, não haverá aplicação do art. 1.023 do Código Civil. Por outro lado, caso o contrato preveja a responsabilidade dos sócios, então incidirá a norma do art. 1.023, pela qual a responsabilidade, neste caso, será subsidiária e ilimitada, mas proporcional à participação de cada um nas perdas sociais, calculada em princípio de acordo com a parcela que detenham do capital social (art. 1.007). O preceito em questão permite que os sócios, em admitindo a responsabilidade subsidiária, afastem a proporcionalidade e instituem, por disposição da vontade, a responsabilidade solidária entre eles.

Há, portanto, aparente antinomia entre os arts. 997, inciso VIII, e 1.023, a qual é facilmente solucionada na fórmula exposta, tendo em conta ser possível a compatibilização dos dispositivos.

Caso se entenda, para efeito de mera argumentação, que a responsabilidade dos sócios na sociedade simples seja sempre subsidiária e ilimitada, tal regra seria facilmente contornada com a participação no quadro social de pessoa jurídica de responsabilidade limitada (com o que se impediria chegar até eventuais pessoas físicas detentoras indiretas do capital), uma vez que o art. 997, inciso I, do Código Civil permite que pessoas jurídicas tomem parte como sócias em sociedade do tipo simples.

Além disso, quando o Código Civil brasileiro quis que a responsabilidade ilimitada fosse a regra, a ponto de atingir as pessoas naturais detentoras de capital, fê-lo de modo expresso na sociedade em nome coletivo (art. 1.039) e na sociedade em comandita simples em relação ao sócio comanditado (art. 1.045, primeira parte). Tanto é verdade que inexistente restrição de que pessoas jurídicas sejam sócias comanditárias.

humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82).

Uma palavra final pode ser dita quanto ao sócio da sociedade simples cuja contribuição consista exclusivamente em serviço, como o permitem os arts. 997, inciso V, e 1007 do Código Civil de 2002. Não há regra legal que preveja sua participação nas perdas sociais, mas somente nos lucros. Era a sistemática do Código Comercial de 1850 (art. 321) e do Código Civil de 1916 (art. 1.409, parágrafo único), que se preserva no atual ordenamento, tendo em vista a perda do sócio de serviço traduz-se no dispêndio de energia e dedicação pessoais sem garantia de contrapartida.³³

Conclusão

A sociedade simples não se classifica *a priori* como tipo societário de responsabilidade limitada ou ilimitada. Somente o exame particular de cada sociedade, a partir de seu contrato social, revelará o regime de responsabilidade dos sócios. A responsabilidade pode ser limitada ou ilimitada, esta subsidiária e proporcional à participação na sociedade, podendo os sócios pactuar a ainda solidariedade entre si, porque:

a) A sociedade simples em sentido estrito é uma pessoa jurídica com existência distinta da dos seus membros e, em princípio, somente ela responde por suas obrigações. A personificação é uma técnica de segregação jurídico-patrimonial.

b) A aplicação isolada dos art. 1.023 e 1.024, sem considerar o disposto no art. 997, inc. VIII, levaria à inutilidade deste, devendo ser privilegiada a interpretação sistemática.

c) A responsabilidade pode ser limitada ou ilimitada, esta subsidiária e proporcional à participação na sociedade, podendo os sócios pactuar a solidariedade, porque:

³³ TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. III vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 89.

d) Um dispositivo da própria sociedade simples, ainda que sirva às demais sociedades, não poderia deixar de ser aplicado a ela mesma, sob pena de grave equívoco lógico.

d) A responsabilidade ilimitada, quando rigidamente fixada, foi prevista de modo expresse e sem alternativas pelo legislador (ex. art. 1039).

e) Tal responsabilidade ilimitada é assegurada pela exigência de apenas pessoas naturais como sócias, como obrigatoriamente acontece na sociedade em nome coletivo (citado artigo 1.039).

e) As sociedades simples podem ter como sócias pessoas jurídicas, indiferentemente de estas serem limitadas ou ilimitadas (art. 997, inc. D).

f) Os sócios de serviços não possuem responsabilidade pelas obrigações sociais, somente participando dos lucros.

Para encerrar esta conclusão, transcreva-se o Enunciado 479 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal — CJF, alinhado à posição pessoal do autor:

Art. 997, VII. Na sociedade simples pura (art. 983, parte final, do CC/2002), a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Em caso de omissão, será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/2002.³⁴

Vale esclarecer que os Enunciados do CJF, embora sem força de súmula, sintetizam a interpretação consensual de renomados especialistas sobre dispositivos controvertidos do Código Civil de 2002, tornando-se referência no meio jurídico nacional como balizadores de estudos e interpretações.

³⁴ JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 68.

**RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS
E FALÊNCIAS**

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

THE PERIOD OF SUPPRESSION OF ACTIONS ON THE CORPORATE REORGANIZATION PROCEDURE: EVOLUTION OF CASE LAW

Carlos Martins Neto
Claudio Luiz de Miranda Bastos Filho

A lei deve guardar consonância com a realidade social e econômica da época em que é elaborada, prevenindo estímulos a comportamento desejáveis no futuro. Sobre a tentativa de moldar a sociedade ao desenho da lei deve prevalecer o movimento em sentido oposto: o conhecimento desenvolvido pelas ciências sociais deve ser integrado à lei, servindo-lhe de base. A lei deve espelhar o conhecimento do mundo ao mesmo tempo que deve infundir, na dinâmica social, os valores sociais prevalecentes. O conhecimento do mundo progride, amplia-se e não estará nunca limitado ao círculo do conhecimento jurídico momentâneo¹.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar o encadeamento dos prazos estabelecidos pela Lei nº 11.101/2005 no âmbito do

1 Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC nº 71, que resultou na Lei nº 11.101/2005, tendo sido relator o Senador Ramez Tebet. Brasília, 04 mai 2004, p. 12. Disponível em “www.senado.gov.br”. Acesso em 13.06.2013.

processo de recuperação judicial até o momento de deliberação, pelos credores, a respeito do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Da análise, se depreenderá que, na prática, a teoria é outra. Explica-se: os prazos foram pensados de forma ordenada para que o processo de recuperação fosse célere e eficiente. Contudo, como alguns prazos decorrem de publicações e a máquina judiciária, excessivamente sobrecarregada, não consegue providenciar tais publicações com a agilidade necessária, alguns prazos fixados na lei acabam por perder sua função. É exatamente esse o caso do prazo de suspensão das ações e execuções estabelecido no art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101/2005. Para mitigar essa inconsistência entre a finalidade da lei, o prazo fixado e a realidade dos tribunais brasileiros, decisões judiciais passaram a flexibilizar o prazo estipulado no referido §4º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005. Serão apresentadas, no presente trabalho, a evolução do entendimento da jurisprudência e, ao final, breves reflexões dos autores sobre o tema.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Prazo de suspensão das ações e execuções. Extensão do prazo por decisão judicial. Evolução da jurisprudência.

Abstract: This paper aims to analyze all the deadlines established by Law No. 11.101/2005 in the scope of corporate reorganization until the moment that the creditors deliberate about the reorganization plan submitted by the debtor. From the analysis, we can conclude that in practice, the theory has not been confirmed. We explain: the deadlines were planned in an orderly way so that the corporate reorganization would be quick and efficient. However, the trigger of these deadlines are some publications on the official newspaper and the judicial machinery, excessively overburdened, fails to provide such publications quickly enough. As a result, some deadlines sets forth by law eventually lose their function. This is exactly the case of the period of suppression of actions and executions established in Article 6, § 4, of Law No. 11.101/2005, which is being eventually flexibilized by court decisions which seek to mitigate this inconsistency between the purpose of the law, the deadlines sets forth by the law

and the reality of Brazilian courts. Finally, this paper will present the evolution of case law and also brief reflections of the authors on the subject.

Keywords: Corporate Reorganization. Period of suppression of actions. The extension of the period by judicial order. Evolution of case law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os prazos do processo de recuperação judicial fixados pela Lei nº 11.101/2005 até a fase processual de deliberação a respeito do plano de recuperação apresentado pelo devedor. 2. O prazo de suspensão das ações e execuções: finalidade e realidade. 3. A evolução do entendimento do judiciário sobre o prazo de suspensão das ações e execuções e a possibilidade de sua flexibilização. 3.1. A evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. 3.2. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema. Conclusão.

Introdução

Passados oito anos da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005², já é possível avaliar aspectos positivos, aspectos negativos e pontos específicos que podem ser melhorados no diploma legislativo que teve por escopo remodelar a disciplina jurídica da empresa em crise no Brasil.

Não há dúvidas que a nova lei, que substituiu o então sexagenário Decreto Lei nº 7.661/45, avançou ao abolir o instituto da concordata (preventiva e suspensiva) e introduzir no ordenamento jurídico pátrio as novas figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, tendo por eixo central a preservação das empresas economicamente viáveis.

2 Nos termos do seu art. 201, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 entrou em vigor 120 dias após sua publicação, ou seja, em 9 de junho de 2005.

Desta feita, a Lei nº 11.101/2005 logrou sistematizar comandos de direito processual e de direito material que visam, primordialmente, viabilizar a recuperação das empresas economicamente viáveis que estejam passando por uma crise e, caso tal recuperação não seja economicamente viável, colocar a falência como “último recurso”³, para fins de promover a liquidação de forma célere e eficiente dessa empresa.

A respeito do processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 11.101/2005⁴, vale lembrar os 12 (doze) princípios adotados na análise do Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003 e nas modificações propostas no substitutivo aprovado pelo Senado, conforme consignados no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que teve a relatoria do Senador Ramez Tebet:

- (i) Preservação da empresa;
- (ii) Separação dos conceitos de empresa e empresário;
- (iii) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis;
- (iv) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis;
- (v) Proteção aos trabalhadores;
- (vi) Redução do custo do crédito no Brasil;
- (vii) Celeridade e eficiência dos processos judiciais;
- (viii) Segurança jurídica;
- (ix) Participação ativa dos credores;

3 A partir da vigência da Lei nº 11.101/2005 deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura jurídica da “concordata suspensiva”, de forma que uma vez decretada, em definitivo, a falência da empresa economicamente viável, não há mais que se falar em sua recuperação.

4 O processo legislativo teve início na Câmara dos Deputados em 22.12.1993, com a apresentação do anteprojeto de lei pelo Poder Executivo (PL nº 4.371/1993). Após a tramitação e aprovação pela Câmara, o projeto de lei seguiu para o Senado em 23.10.2003 (PLC nº 71/2003), que o aprovou com substitutivo, devolvendo-o à Câmara em 12.07.2004. Em 14.12.2004 a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do texto da nova lei e o enviou para a Sanção Presidencial em 17.12.2004, o que ocorreu em 09.02.2005, pouco mais de 11 (onze) anos após o início do processo legislativo, e com veto de 3 (três) dispositivos constantes do projeto aprovado pelo Poder Legislativo.

- (x) Maximização do valor dos ativos do falido;
- (xi) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e
- (xii) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação.

Boa parte desses princípios constam da redação do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, que trata do objetivo da recuperação judicial. Veja-se:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Buscando comparar a eficiência entre a Lei nº 11.101/2005 e o Decreto Lei nº 7.661/45, em 2010, a Fundação Getúlio Vargas realizou pesquisa empírica, de cunho quantitativo, que analisou os dados referentes ao fluxo do processo e os reflexos do novo sistema sobre a capacidade de recuperação das empresas, bem como sobre a realização de créditos por parte dos credores. Dentre as conclusões da referida pesquisa, destacam-se as seguintes:

(...) houve significativo aperfeiçoamento do sistema em razão da diminuição do tempo de duração dos procedimentos concursais. Esta conclusão está em conformidade com a percepção dos entrevistados, que entendem que as modificações no processo falimentar o tornaram mais célere; e, também, está em conformidade com a percepção dos entrevistados que o procedimento de recuperação judicial de empresas previsto na lei é mais célere, se comparado com o procedimento da concordata.

(...)

pode-se concluir que o simples fato de ter ocorrido diminuição no tempo de duração dos processos concursais já é, *per se*, suficiente

para embasar a conclusão de que houve aumento da capacidade de recuperação empresarial, seja por propiciar uma mais eficiente recuperação de empresas viáveis que recorrem ao processo de recuperação judicial, seja por realizar uma liquidação falimentar mais eficiente, de modo a promover-se o princípio da maximização do valor dos ativos do falido. Além disso, ainda sob o ponto de vista da diretriz obrigatória 2.1.2, as empresas que estão recorrendo ao processo de recuperação judicial de empresas são, de regra, economicamente viáveis, o que vai ao encontro do princípio de que empresas economicamente viáveis devem submeter-se ao procedimento de recuperação judicial, ao passo que empresas economicamente inviáveis devem ser liquidadas pelo procedimento falimentar.

(...)

Quanto ao processo de recuperação judicial de empresas, de acordo com a pesquisa de percepção realizada, o percentual esperado de satisfação dos credores no procedimento de recuperação judicial de empresas é entre 60% e 80%. (...) Ademais, por serem, de regra, empresas economicamente viáveis que postulam recuperação judicial, esta característica reforça a resposta obtida na pesquisa de percepção segundo a qual a nova legislação tem possibilitado a preservação dos postos de trabalho de empresas em crise entre 40% e 60%.

O alto índice esperado de satisfação de credores, bem como o relevante índice de manutenção dos postos de trabalho, são relevantes indicadores sobre a eficiência do procedimento de recuperação judicial de empresas⁵. (grifos acrescentados)

Como se sabe, no âmbito da tentativa de recuperação de uma empresa em crise, o fator “tempo” é fundamental. Quanto mais tem-

5 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “Avaliação da Nova Lei de Falências (Lei 11.101/05)”. Resumo do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD no Projeto “Pensando o Direito”. *Série Pensando o Direito*. nº 22/2010. Referência PRODOC BRA 07/2004. Rio de Janeiro/Brasília: Fundação Getúlio Vargas, junho de 2010, pp. 73-75.

po se transcorre sem que se alcance uma solução para a crise, maior é a probabilidade de agravamento da situação patrimonial do devedor. Na hipótese de insucesso da tentativa de recuperação que se alongou demasiadamente, certamente terá ocorrido deterioração considerável dos ativos do devedor, o que se traduz, em última análise, em prejuízo para os credores, que terão que concorrer a um montante menor para a satisfação de seus créditos.

Não há dúvidas que a nova lei avançou no sentido de projetar um processo célere e eficiente de recuperação judicial, visando possibilitar, assim, um ambiente adequado para que o devedor apresente seu plano de recuperação e os credores deliberem sobre sua aprovação (ou não) num curto espaço de tempo.

A celeridade e a eficiência projetadas pelo legislador foram corporificadas na lei por meio dos diversos prazos fixados de forma ordenada. Entretanto, na prática, como alguns prazos decorrem de publicações e a máquina judiciária, excessivamente sobrecarregada, não consegue providenciar tais publicações com a agilidade necessária, alguns desses prazos acabam por perder sua função.

Nessa linha, um dos grandes problemas que vêm sendo enfrentados pelos devedores em recuperação judicial é o descasamento entre os prazos, projetados na lei, de suspensão das ações e execuções contra o devedor⁶ e para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial⁷, e os prazos que têm efetivamente se verificado nos processos em curso.

Assim, este artigo irá expor os prazos fixados no processo de recuperação judicial, com atenção especial ao prazo de suspensão das ações e execuções. Na sequência, será apresentada a evolução do entendimento do judiciário sobre o prazo de suspensão das ações e

6 Prazo de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005.

7 Prazo máximo de 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 56, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

execuções e a possibilidade de sua flexibilização. E, por fim, serão consignadas breves reflexões dos autores sobre o tema.

1. Os prazos do processo de recuperação judicial fixados pela Lei nº 11.101/2005 até a fase processual de deliberação a respeito do plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Pode-se dizer que o processo de recuperação judicial inicia-se, de fato, com o despacho que defere o processamento da recuperação (art. 52 da Lei 11.101/2005), pois é por meio desse despacho que o juiz determina uma série de providências necessárias para a condução do processo, bem como é a partir dele que se inicia a contagem dos prazos (i) de 180 dias, de suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005) e (ii) de 150 dias, para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação (art. 57, § 1º, da Lei 11.101/2005)⁸.

8 Registre-se que a doutrina diverge quanto ao termo inicial da contagem desses prazos. O Prof. Sérgio Campinho sustenta que a contagem tanto do prazo de suspensão das ações e execuções quanto do prazo para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano tem por termo inicial a data da publicação da decisão que defere o processamento da recuperação, endereçando os seguintes argumentos: “A despeito da literalidade do preceito, que faz menção ao prazo de cento e oitenta dias ‘contado do processamento da recuperação’, sustentamos que o início de sua contagem se realiza não da data da decisão, mas sim daquela em que ganhou publicidade, o que se verifica com o edital de sua publicação no órgão oficial. Interpretação contrária viria a vulnerar o sistema da própria legislação, porquanto o prazo de habilitação dos credores se conta desta publicação (§1º, do artigo 7º), a qual servirá, de forma indireta, para o cômputo do prazo para que o administrador judicial anuncie, por edital, a relação de credores elaborada (§2º, do artigo 7º), do qual se conta o prazo para os credores objetarem o plano de recuperação apresentado (artigo 55), cuja ocorrência enseja a convocação da assembléia-geral de credores para sobre ele deliberar (artigo 56). Outrossim, é a partir dela que também flui o prazo para o devedor apresentar seu plano de recuperação em juízo. Ora, como adiante se demonstrará, o prazo de suspensão das ações encontra-se intimamente ligado com o procedimento de apresentação do plano e sua análise pela assembléia-geral de credores, caso sofra impugnação. Portanto, o interregno de cento e oitenta dias não pode ter como termo *a quo* senão o da publicação da decisão de processamento da recuperação, sob pena de se romper com o sistema” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144

Dentre as providências ordenadas pelo juízo em razão do deferimento do processamento da recuperação judicial, encontra-se a publicação do edital a que se refere o art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, que deverá conter:

- (i) resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;
- (ii) relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; e
- (iii) a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

A data de publicação do edital a que se refere o art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 é o termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias para apresentação (ao administrador judicial) de habilitações ou divergências quanto aos créditos relacionados no referido edital, conforme fixado no §1º do art. 7º da referida lei.

– nota de rodapé nº 147). O Prof. Geraldo Fonseca de Barros Neto manifestou sua concordância com tal posicionamento (BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*. Ano 35, nº 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2010, p. 78). Por outro lado, do que se extrai dos seus respectivos comentários à Lei nº 11.101/2005, os Profs. Fábio Ulhoa Coelho, Manoel Justino Bezerra Filho e Paulo F. C. Salles de Toledo entendem que a contagem do prazo inicia-se na data do despacho que defere o processamento da recuperação (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65; TOLEDO, Paulo F.C. Salles de. Comentários ao art. 6º. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17). Nessa mesma linha, entendem o Prof. Frederico Simionato (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53), os Profs. Luiz Roberto Ayoub e Cassio Cavalli (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 148) e José da Silva Pacheco (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 59).

Nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, no prazo de 45 dias contados do fim do prazo fixado no §1º do art. 7º do mesmo diploma, isto é, no prazo de 60 dias contados da publicação do edital a que se refere o art. 52, § 1º da lei, o administrador judicial deverá publicar edital contendo a relação de credores por ele elaborada.

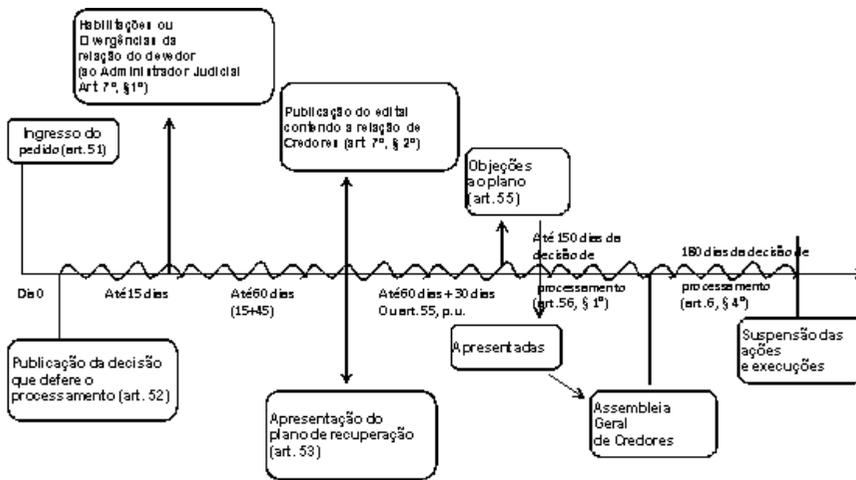
No sexagésimo dia contado da data de publicação do edital a que se refere o art. 52, § 1º da Lei 11.101/2005, encerra-se o prazo para o devedor apresentar em juízo o seu plano de recuperação.

A data de publicação do edital a que se refere o art. 7º, §2º, da Lei 11.101/2005, por sua vez, é o termo inicial (i) do prazo de 10 dias para apresentação (ao juiz) de impugnações à relação de credores e (ii) do prazo de 30 dias para os credores manifestarem objeções ao plano de recuperação apresentado pelo devedor, caso já tenha sido publicado o edital a que se refere o parágrafo único do art. 53 da Lei nº 11.101/2005 (aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação)⁹.

Caso qualquer credor manifeste sua objeção ao plano apresentado pelo devedor, o juiz deverá convocar assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, não podendo a data designada para tal assembleia exceder 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, conforme já indicado acima.

A evolução do processo de recuperação até a deliberação, pelos credores, a respeito do plano de recuperação, pode ser resumida da seguinte forma:

9 Nos termos do art. 55, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, caso, na data da publicação do edital a que se refere o art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, o edital a que se refere o parágrafo único do art. 53 da Lei 11.101/2005 ainda não tenha sido publicado, o prazo de 30 dias para manifestação de divergências, pelos credores, sobre o plano de recuperação, será contado da data de publicação desse último edital.



Da análise do diagrama acima, resta claro que o processo de recuperação foi moldado de forma a se atingir uma definição sobre a concessão (ou não) da recuperação judicial do devedor no prazo de até 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação. Caso a decisão dos credores fosse a de rejeitar o plano de recuperação e o juiz convolvesse a recuperação em falência, nos termos do art. 56, § 4º c/c art. 73, III, ambos da Lei nº 11.101/2005, o processo falimentar seria iniciado em tempo razoável para que os ativos do devedor não fossem severamente deteriorados e, assim, os credores teriam maiores chances de recuperar os seus créditos (pelos menos em tese).

Infelizmente, a teoria não se verifica na prática. Tendo em vista que o prazo de 30 dias para que os credores manifestem suas objeções ao plano – fato que enseja a convocação da assembleia geral de credores – só é contado a partir da publicação do edital a que se refere o art. 7º, § 2º ou do edital de aviso de recebimento do plano (art. 53), conforme o caso, muitas das vezes a morosidade na publicação desses editais acaba por emperrar todo o processo.

Tal morosidade pode decorrer da ineficiência do Poder Judiciário que, excessivamente sobrecarregado, não consegue praticar os atos processuais em prazos razoáveis. Assim, a simples providência de se publicar um edital pode levar vários meses para ser implementada,

dependendo da quantidade de processos e da quantidade de serventários alocados no cartório de determinado juízo recuperacional.

Pode também o devedor dar causa ao atraso nas referidas publicações, caso não providencie o recolhimento das custas necessárias para a publicação dos editais na imprensa oficial.

O fato é que em boa parte dos processos de recuperação judicial, dificilmente os prazos estabelecidos na lei são cumpridos, de forma que a assembleia geral de credores incumbida de deliberar sobre o plano de recuperação acaba por não ocorrer até o 150º dia contado do deferimento do processamento da recuperação. Daí decorre um descasamento entre o prazo da realização da referida assembleia e o prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor, que são intimamente ligados, o que pode resultar na inviabilidade da recuperação de uma empresa em crise economicamente viável, conforme se demonstrará no item a seguir.

2. O prazo de suspensão das ações e execuções: finalidade e realidade.

O prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor fixado no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005¹⁰ é de improrrogáveis 180 dias. Como já mencionado acima, tal prazo está diretamente relacionado com o prazo de 150 dias para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, estabelecido no art. 56, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Nas palavras do Prof. Paulo F. C. Salles de Toledo, “o prazo é relativamente curto, mas se adapta ao espírito da LRE, e é coerente,

10 Lei nº 11.101/2005: “Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...) § 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo **em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação**, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamiento judicial”.

por exemplo, com o fixado como limite para a realização da assembleia geral de credores, em que se irá deliberar sobre o plano de recuperação: 150 dias a partir da mesma decisão de deferimento”¹¹.

A ideia por trás do encadeamento desses prazos é a de que não devem prosseguir as execuções contra o devedor até que o plano de recuperação seja apreciado pela assembleia geral de credores. Nesse sentido, manifestaram-se o Min. João Otávio de Noronha e Sérgio Mourão Corrêa Lima:

Na hipótese de recuperação judicial, a suspensão (art. 6º, *caput*) ocorre por até 180 (cento e oitenta) dias, contados do deferimento de seu processamento, **prazo suficiente para que o devedor apresente o plano em Juízo (art. 53) e os credores manifestem oposição (art. 55) e deliberem sobre ele (art. 45)**¹². (grifos acrescentados)

Como bem indicado pelo Prof. Sérgio Campinho, a suspensão das ações e execuções permite ao empresário “lidar de forma mais aliviada com o estado de crise econômico-financeira em que se vê inserido, pois estará, ainda que momentaneamente, livre de novas penhoras de seus bens e do fantasma da falência. (...) Terá o devedor um período de tranquilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar a sua empresa”¹³.

Sobre esse particular, é importante destacar que, a partir do ajuizamento do pedido de recuperação, o devedor deve concentrar seus esforços em solucionar a crise, elaborando seu plano de recuperação, que deverá ser apresentado ao juízo em até 60 dias contados do deferimento do processamento de sua recuperação. No âmbito do

11 TOLEDO, Paulo F.C. Salles de. Comentários ao art. 6º. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

12 NORONHA, João Otávio; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96.

13 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

plano, o devedor pode propor a utilização de seus ativos para fazer caixa ou garantir dívidas que serão novadas por meio do plano.

Daí decorrem dois aspectos fundamentais da suspensão das ações e execuções contra o devedor em razão do deferimento do processamento de sua recuperação: (i) condições de elaborar um plano de recuperação sem ter que dividir sua atenção e seus esforços com as execuções em curso; e (ii) a possibilidade de dispor de seus ativos no âmbito do plano, sem a ameaça de excussão de tais ativos até a definição sobre a aprovação do seu plano pelos credores, o que acabaria por esvaziar seu conteúdo.

Veja-se, nesse sentido, a manifestação do Prof. Fábio Ulhoa Coelho:

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores¹⁴.

No que diz respeito à extensão do prazo de suspensão, a lei procurou ser taxativa quanto à impossibilidade de sua extensão, ao dispor que “na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo [6º] em hipótese nenhuma (SIC) excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”.

Na visão do legislador, não obstante o reconhecimento da necessidade de conceder ao devedor condições de negociar sua recuperação (mediante a suspensão das ações e execuções por 180 dias), a maior preocupação foi vedar a possibilidade de prorrogação judicial do prazo de suspensão, a fim de garantir um mínimo de segurança jurídica aos credores e aos demais *stakeholders* envolvidos com o

14 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40.

procedimento recuperacional e, assim, não prejudicar a avaliação de risco das empresas brasileiras¹⁵.

Registre-se que a definição improrrogável do mencionado prazo de 180 dias tem por escopo resguardar não só os interesses dos credores diretamente envolvidos com o processo de recuperação judicial do devedor, que poderão retomar suas ações e execuções contra o devedor, como também conferir segurança jurídica ao mercado, reduzindo riscos para a recuperação de créditos (parte relevante do chamado “custo Brasil”) e, assim, contribuindo para o amadurecimento do mercado.

Em seus comentários ao § 4º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, o Prof. Manoel Justino Bezerra Filho expressa seu posicionamento a esse respeito da seguinte forma:

O parágrafo entende que o credor tem o direito de receber o que lhe é devido. Entendeu a lei que, nesse caso, já estaria formado em favor

15 No relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, quando da tramitação do projeto de lei que veio a se tornar a Lei nº 11.101/2005, o Senador Ramez Tebet registrou que: “Modificamos, ainda, a redação do § 5º do art. 7º do PLC nº 71, de 2003, não só para torná-lo mais objetivo, mas também e principalmente para dar-lhe redação que deixe claro que o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial é absolutamente improrrogável, mesmo que o atraso na aprovação do plano não se dê por responsabilidade do devedor. A suspensão das ações é medida gravíssima em relação aos direitos dos credores, que só se justifica excepcionalmente, pela necessidade de se conceder ao devedor alguma tranquilidade para negociar sua recuperação. Abrir a mínima possibilidade de que uma decisão judicial, dessintonizada dos objetivos de eficiência econômica da lei, prorogue a suspensão – em um processo que seja – significa prejudicar a credibilidade e a avaliação do risco de todas as empresas brasileiras, pois jamais se saberia com certeza por quanto tempo essa suspensão de cunho legal poderia arrastar-se. A melhor solução é o estabelecimento de um prazo único, de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, findo o qual as ações e execuções voltam a correr normalmente, independentemente de pronunciamento judicial. Dessa maneira, a lei estimula a conduta diligente do devedor, que deverá apresentar a seus credores um plano viável e envidar seus melhores esforços para que seja aprovado em 180 dias, já que, se não o for, as ações e execuções iniciarão ou continuarão seu curso, reabrindo-se a possibilidade de decretação da falência por inadimplemento de obrigações anteriores ao pedido de recuperação” (Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC nº 71, que resultou na Lei nº 11.101/2005, tendo sido relator o Senador Ramez Tebet. Brasília, 04 mai 2004, p. 23. Disponível em “www.senado.gov.br”. Acesso em 13.06.2013).

do autor da ação o direito ao recebimento e que, portanto, diante do não recebimento dos créditos no prazo estipulado, a empresa em recuperação deve ser penalizada com a continuidade das referidas ações¹⁶.

De um lado, portanto, a lei projeta prazos relacionados entre si, a fim de que as ações e execuções contra o devedor estejam suspensas até a deliberação, pela assembleia geral de credores, a respeito do plano de recuperação. Tal medida visa, em última análise, potencializar a efetividade do princípio da preservação da empresa.

Por outro lado, a lei, reconhecendo eventuais atrasos no cumprimento dos prazos – pelas mais diversas razões – faz questão de deixar claro que o prazo de suspensão das ações e execuções, por 180 dias, é improrrogável. Sob essa vertente, o legislador optou por “lavar as mãos”, buscando preservar a segurança jurídica dos credores e deixando o devedor cuja recuperação é viável à sua própria sorte, lutando contra todas as ineficiências do sistema judiciário brasileiro.

Assim, há que se concordar que, nesse particular, a lei é, no mínimo, incoerente.

Tendo em vista que o eixo principal da Lei nº 11.101/2005 é a recuperação da empresa em crise que possua viabilidade econômico-financeira, não parece razoável que o devedor diligente, que cumpriu todos os prazos estabelecidos pela lei, bem como recolheu tempestivamente todas as custas necessárias para as providências do processo recuperacional – dentre as quais destacam-se as publicações previstas na lei –, tenha seus bens excutidos em execuções individuais posteriormente ao termo final do período de suspensão, mas anteriormente à deliberação dos credores a respeito do plano, por culpa exclusiva da morosidade do judiciário.

Tal hipótese, muito provavelmente, resultaria na inviabilização da recuperação do devedor, pois possivelmente ativos envolvi-

16 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 65-6.

dos diretamente com o meio de recuperação constante do plano apresentado pelo devedor não mais comporiam o patrimônio deste, de forma que o plano restaria esvaziado e, por conseguinte, a finalidade maior da Lei nº 11.101/2005 – recuperação da empresa em crise que possua viabilidade econômico-financeira – cairia por terra.

Ao analisar o problema do poder de controle nas companhias em recuperação judicial, o Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes foi muito feliz ao discorrer sobre a necessidade de se empregar coerência sistemática à Lei nº 11.101/2005 por meio da ponderação de princípios. Veja-se:

O problema maior no âmbito da crise empresarial consiste em manter a coerência do ordenamento, a partir da justa tutela de um ou outro interesse cujo titular esteja em posição adequada para buscar a dita proteção, conforme sintetiza Lorenzo Stanghellini. Falar em abstrato a esse respeito poderia conduzir à desconsideração de legítimas pretensões de certos grupos de credores e dos próprios sócios, relativamente à companhia devedora em recuperação.

Por isso, o melhor caminho parece ser a busca circunstancial pela coerência sistemática, interpretando a norma (legal, regulamentar, estatutária e contratual) segundo os fatos que se fazem presentes no contexto da recuperação judicial e à luz dos princípios ofertados pela Constituição Federal, que conduzirão à adequada valoração daquelas normas.

Verifica-se, assim, que os valores consagrados pelo sistema constitucional são realinhados no âmbito das relações jurídicas firmadas pela companhia em recuperação judicial, como resultado da ponderação dos interesses na situação de crise empresarial.¹⁷

17 MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *O poder de controle nas companhias em recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 159. A referência a Lorenzo Stanghellini diz respeito à tradução livre feita pelo referido autor do trecho original “Le procedure d’insolvenza, lungi dall’essere un’isola nel sistema economico e giuridico, sono di questo un’importantissima proiezione e con questo debbono armonizzarsi. Loro compito è dunque mantenere e af-

Nessa tentativa de se conferir uma coerência sistemática à Lei nº 11.101/2005 quanto à questão do prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito da recuperação judicial, poder-se-ia cogitar, como elementos de ponderação, os princípios da função social da propriedade (art. 170, III, Constituição Federal, do qual decorre o princípio da função social da empresa e, por conseguinte, o princípio da preservação da empresa) e o da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII, Constituição Federal, que sustenta o princípio da preservação da empresa sob o prisma da manutenção da fonte produtiva e, conseqüentemente, dos postos de trabalho), num contexto em que a Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), todos em contraposição ao princípio geral da segurança jurídica.

Assim, entende-se que é possível que, a despeito da redação do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, o juízo da recuperação prorogue o prazo de suspensão das ações e execuções para além do prazo de 180 dias previsto na lei até a efetiva realização da assembleia geral de credores convocada para deliberar sobre o plano, naqueles casos em que o devedor foi diligente e não contribuiu para o atraso na realização de tal assembleia (sendo tal circunstância absolutamente involuntária para o devedor).

Considerando-se a realidade do sistema judiciário brasileiro, pensar de modo diferente seria praticamente aniquilar o instituto da

fermare il sistema di valori che regola *in generale* (e non solo in quel momento) l'attività economica: non è pensabile che, solo perché un'impresa è insolvente, venga cambiato e stravolto l'apparato di incentivazione degli investimenti su cui si basa l'intero sistema. Il compito più difficile è, piuttosto, mantenere la coerenza di tale sistema anche in presenza di un contesto completamente diverso e che si presta a opposti opportunismi. Da un lato, infatti, vi è il rischio che, a causa del fatto che i creditori sono deboli e poco organizzati, l'attivo su cui essi debbono soddisfarsi venga impiegato per obiettivi che trovano tutela nei confronti di azionisti ben organizzati, e dall'altro il rischio, diametralmente opposto, che in nome della tutela dei creditori si sacrifichino interessi che invece erano precedentemente tutelati" (STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 89-90).

recuperação judicial. Daí a justificativa para o que se chama de ativismo judicial “moderado” para a razoável solução dessa questão, com vistas à implementação de uma aplicação sistemática da Lei nº 11.101/2005.

A respeito da possibilidade de prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções pelo judiciário, vale transcrever as lúcidas reflexões dos Profs. Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli:

Com efeito, não ocorrerá a retomada das execuções após o decurso de 180 dias caso o plano não tenha ainda sido apreciado pela assembleia-geral de credores em razão de fatos relacionados à administração da justiça, isto é, em razão de fatos não imputáveis à empresa devedora, sob pena de violaram-se os princípios da razoabilidade e da preservação da empresa. Vale lembrar que não é a empresa devedora quem convocará a assembleia-geral de credores. À empresa devedora incumbe o dever de apresentar o plano em até 60 dias após o deferimento do processamento da recuperação. Por isso mesmo, atrasos na convocação da assembleia não são, de regra, imputáveis à empresa devedora e, portanto, não deve ela ser penalizada caso não haja apreciação no prazo de 180 dias. Nesse sentido, aliás, é o Enunciado 42, lavrado por ocasião da I Jornada de Direito Comercial do CJF, de teor seguinte: “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

A prorrogação do período de suspensão não se dá automaticamente. A empresa devedora necessita postular a prorrogação, que ficará a depender de pronunciamento do juízo da recuperação judicial.¹⁸

Nessa mesma linha é o entendimento do Prof. Sérgio Campinho, que se manifestou sobre esse particular nos seguintes termos:

18 AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 154-6.

Assim ocorrendo, pensamos possa, e deva, o magistrado prorrogar o prazo de suspensão das ações e execuções até que se ultime a deliberação assemblear dos credores sobre o plano, desde que não haja contribuição do devedor para o atraso. A regra de suspensão consubstanciada no § 4º, do art. 6º, é bem verdade, é mandatória, ao estabelecer que “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável”, mas também o é a regra do § 1º do art. 56, ao determinar que “a data designada para a realização da assembleia-geral não excederá” os cento e cinquenta dias. Tais normas devem ser harmonizadas e equilibradas, de modo a se buscar a teleologia dos princípios nela enumerados.¹⁹

Colocado o problema, passa-se, nas linhas que se seguem, a analisar a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema.

3. A evolução do entendimento do judiciário sobre o prazo de suspensão das ações e execuções e a possibilidade de sua flexibilização.

Inicialmente, cumpre registrar que a Lei nº 11.101/2005 se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro como um ato legislativo relativamente recente, de forma que boa parte de seus preceitos – e eventuais controvérsias decorrentes de sua interpretação pelos aplicadores do direito – ainda não foram objeto de apreciação e definição pelo Poder Judiciário.

Ainda assim, é possível traçar um panorama de decisões que demonstram a evolução do entendimento dos principais tribunais brasileiros no que se refere à interpretação a ser conferida ao art. 6º,

19 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 164. No mesmo sentido, v. BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*. Ano 35, nº 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2010, p. 102.

§ 4º, da Lei nº 11.101/2005, para fins de apurar a possibilidade (ou não) de prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor.

Para essa finalidade, será comentada no item a seguir a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade (ou não) de prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, uma vez que é atribuição desse tribunal superior pacificar o entendimento acerca dos dispositivos contidos na Lei nº 11.101/2005 (uniformizando a interpretação de lei federal em matéria infraconstitucional). Em seguida, serão brevemente expostos os aspectos mais importantes do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o assunto.

3.1. A evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar e julgar os primeiros casos sobre o tema, posicionou-se no sentido de prestigiar, como regra, a improrrogabilidade do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, interpretando quase que literalmente o dispositivo contido no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 e seguindo à risca o texto legal (posicionamento legalista do STJ).

Vale transcrever, a esse respeito, a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, julgado em 08.09.2010²⁰:

20 STJ. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250/DF, Rel. Ministra Nancy Andrichi, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.09.2010, publicado no DJe 16.09.2010.

COMERCIAL. AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E DO TRABALHO. LEI 11.101/05. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO.

— Superado o prazo de suspensão previsto no art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 11.101/05, sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa.

— O legislador concatenou o período de suspensão de 180 dias com os demais prazos e procedimentos previstos no trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora.

— A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação.

— Outrossim, uma vez aprovado o plano de recuperação, não se faz plausível a retomada das ações e execuções individuais após o decurso do prazo legal de 180 dias, pois nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05, tal aprovação implica novação.

— Em situações excepcionais, a serem oportunamente enfrentadas por esta Corte, a regra pode comportar exceções. Todavia, o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar.

— Agravo não provido. (grifos acrescentados)²¹.

Registre-se o seguinte trecho do voto da Rel. Min Nancy Andrighi ao julgar a causa, bem ilustrativo do posicionamento então adotado por esse tribunal sobre o tema:

O termo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, guarda consonância com diversos outros prazos e procedimentos, tais como os dos arts. 53 e 56, §§ 1º e 4º, segundo os quais: (i) o plano de recuperação deverá ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial; (ii) a realização da assembleia-geral de credores não excederá 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial; e (iii) rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor. Consta-se, portanto, ter o legislador concatenado o período de suspensão de 180 dias com o trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora. Em outras palavras, fixou-se um termo de suspensão de 180 dias porque, pela sistemática da Lei nº 11.101/05, esse prazo seria mais do que suficiente para que o devedor apresente seu plano de recuperação, credores manifestem eventuais objeções, bem como seja realizada assembleia-geral para sua aprovação. Com efeito, não podem os credores aguardar indefinidamente pela apresentação e aprovação de um plano de recuperação, sendo prejudica-

21 Nesse mesmo sentido, destaca-se o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EDcl na MC nº 17.719, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 14.04.2011 e publicado no DJe de 03.05.2011, cuja ementa dispõe que: “PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS. *FUMUS BONI IURIS* NÃO CARACTERIZADO. 1. Não evidenciada em juízo de cognição sumária a concreta possibilidade de êxito do recurso especial (*fumus boni iuris*), é de rigor o indeferimento da medida cautelar tendente a agregar-lhe efeito suspensivo. 2. A utilização, pela empresa recuperanda, do benefício estabelecido no caput do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, mesmo após transcorrido o prazo de 180 dias previsto no § 4º, somente se viabiliza na hipótese de ter sido aprovado e homologado o respectivo plano de recuperação judicial. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento”.

dos pela inércia do devedor. **A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo.** A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. (...) Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação. (...) Dessa forma, a rigor, superado o prazo de suspensão sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e Execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa. Não se ignora que hão de surgir situações excepcionais, a serem oportunamente enfrentadas por esta Corte, em que a regra pode comportar exceções. Todavia, o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar. (grifos acrescentados)

Pode-se perceber, assim, a forte influência da herança negativa decorrente do prolongamento anos a fio de procedimentos de concordata, durante a vigência do revogado Decreto-Lei nº 7.661/45, para a composição do entendimento inicial do tribunal sobre o tema, rigidamente legalista. Dessa forma, com a aplicação *ipsi literis* do texto legal, eram resguardados os interesses dos credores envolvidos, evitando que o prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor fosse indefinidamente prorrogado.

Todavia, tal posição estritamente legalista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça não permaneceu vigente por muito tempo, sendo alterada em razão do ativismo judicial empreendido por esse tribunal.

Com efeito, o entendimento inicial sobre o tema foi objeto de posterior flexibilização pelo próprio STJ, que passou a entender ser possível, em situações excepcionais, a prorrogação do prazo de 180

dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, desde que o devedor fosse capaz de comprovar sua diligência e obediência aos comandos legais (cumprimento de prazos e pagamento tempestivo das respectivas custas), para fins de aprovação do plano de recuperação judicial dentro do prazo legal.

Cite-se, nesse sentido, a seguinte decisão, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 111.614, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, de 19.11.2010²², pouco mais de dois meses após a primeira decisão, em sentido diverso:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. PRAZO DE 180 DIAS PARA A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS EM FACE DA EMPRESA EM DIFICULDADES. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADJUDICAÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1 — O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou.

2 — Na hipótese dos autos, a constrição efetuada pelo Juízo do Trabalho ocorreu antes da aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela suscitante e após o prazo de 180 dias de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face da devedora.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (grifos acrescentados).

22 STJ. AgRg no CC nº 111.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 10.11.2010 e publicado no DJe de 19.11.2010.

Cumpra registrar o seguinte trecho do voto da Relatora Min. Nancy Andrighi, ao apreciar esse julgado, flexibilizando o entendimento anteriormente proferido pela própria Ministra quando da decisão do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250 mencionado acima:

Com a apresentação do plano, outra sequência de providências tem lugar, como a publicação de edital aos credores (art. 51, § 1º, da Lei 1.101/05) e a exibição de relatórios mensais endereçados ao administrador (art. 22, II. C, da Lei 11.101/05). Verifica-se, assim, que o processo de recuperação é relativamente complexo e burocrático. Mesmo que a empresa em recuperação cumpra rigorosamente o cronograma demarcado pela legislação, é razoável supor que a aprovação do plano de recuperação ocorrerá somente após o prazo de 180 dias previsto pelo art. 6º, § 3º, da Lei. Resta evidente, deste modo, que por vezes a aprovação do plano de recuperação judicial não ocorre por motivos administrativos, inerentes à própria estrutura do Judiciário ou mesmo à dimensão da sociedade em recuperação. Não é aceitável, portanto, penalizar a empresa em dificuldades, que não contribuiu para a extensão indevida do prazo de suspensão das ações e execuções contra ela ajuizadas. Portanto, nas hipóteses em que foi ultrapassado o prazo de 180 dias e houver sido constatado o cumprimento de todas as determinações legais, permitir a retomada de execuções individuais equivaleria a aniquilar qualquer possibilidade de recuperação da empresa em dificuldades. Essa atitude certamente desencadearia uma “corrida de credores”, na qual cada um deles, individualmente, buscaria a satisfação de seu crédito no menor período de tempo possível, em detrimento do princípio da “par conditio creditorum.” Diante deste quadro, não só é possível, mas também recomendável, a prorrogação do prazo de 180 dias para a sociedade que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano que apresentou. A possibilidade de prorrogação, contudo, deve ser examinada com cuidado, considerando as peculiaridades de cada caso concreto.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o que se chama de ativismo judicial “em grau mínimo”, reinterpretando o disposto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, de modo a preencher a lacuna legislativa e permitir a prorrogação do prazo em tela, nas hipóteses em que o devedor for capaz de comprovar o cumprimento de suas obrigações, prazos e o pagamento das respectivas custas.

A flexibilização do comando legal previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 não parou por aí. O Superior Tribunal de Justiça novamente alterou seu entendimento sobre o tema, passando a implementar um ativismo judicial “em grau máximo”, ao determinar, como regra, a prorrogabilidade do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, a ser aplicada abstratamente pelos operadores do direito.

Sob o fundamento de fazer cumprir o princípio da preservação da empresa e de dar concretude aos princípios constantes do já mencionado art. 47 da Lei nº 11.101/2005, o Superior Tribunal de Justiça inverteu a lógica atribuída pelo legislador ao prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor, entendendo que o mero decurso de 180 dias do deferimento do processamento da recuperação sem a aprovação do plano não seria suficiente para que as ações e execuções contra o devedor voltassem automaticamente a tramitar.

A propósito, veja-se a ementa do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 113.001, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 14.03.2011²³, que bem sintetiza o entendimento atual do STJ sobre o tema:

23 STJ. AgRg no CC 113.001/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julg. em 14.03.2011, publicado no DJe de 21.03.2011. Nessa mesma linha, podem-se citar as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça: AgRg no CC 119.624/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 13.06.2012 e publicado no DJe 18.06.2012; AgRg no CC 117.211/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 08.02.2012 e publicado no DJe de 14.02.2012; AgRg no CC 101.628/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 25.05.2011 e publicado no DJe de 01.06.2011; CC 112.799/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 14.03.2011 e publicado no

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/2006, ART. 6º, § 4º. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE 180 DIAS. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. PROVA DO RETARDAMENTO. AUSÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

I. O deferimento da recuperação judicial carrega ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.

II. A extrapolação do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 não causa o automático prosseguimento das ações e das execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação.

III. Agravo regimental improvido. (grifou-se).

Cite-se, a esse respeito, o seguinte trecho do voto do Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ao julgar o caso em tela:

(...) salvo quando cabalmente demonstrado que a empresa promove ações deliberadas para retardar a homologação do plano de recuperação judicial não existem motivos para que as execuções trabalhistas voltem a tramitar. Necessário frisar que devem ser realizadas assembleias, feitas as habilitações e que os próprios credores e o Ministério Público podem criar incidentes cuja solução pode não permitir o atendimento do prazo legal. (...) Ademais, após o deferimento da recuperação, os atos são fiscalizados por administrador de confiança do Juízo, de sorte que não se pode responsabilizar exclusivamente a empresa por eventual atraso. Com uma ou outra ressalva, prevalece

DJe de 22.03.2011; AgRg no CC 112.812/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. em 14.03.2011 e publicado no DJe de 21.03.2011; CC 111.614/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. em 12.06.2013, publicado no DJe de 19.06.2013.

no âmbito deste Colegiado o entendimento que acolhe a flexibilização do prazo (...).

Isto posto, o Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que a retomada das ações e execuções contra o devedor não deve ser automática, cabendo aos eventuais interessados comprovarem a efetiva culpa do devedor – ou seja, o não cumprimento dos prazos e o não pagamento das custas processuais que lhe são atribuíveis – para o transcurso do prazo de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, sem a efetiva aprovação do plano.

O exame crítico da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça leva à conclusão de que tal tribunal tem exagerado em seu ativismo, quando da interpretação e aplicação do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005.

Com efeito, cabe ao legislador suprir a lacuna legal, interpretando o comando abstratamente previsto na norma, à luz dos aspectos específicos do caso concreto, para fins de adoção da saída mais justa.

Todavia, não é atribuição do judiciário aplicar abstratamente seu entendimento acerca de determinado dispositivo legal, invertendo de modo radical o sentido atribuído pelo legislador. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário estaria, de fato, legislando, e, portanto, invadindo esfera de competência que não é sua e violando o princípio constitucional da separação dos poderes.

Dessa forma, a prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo Poder Judiciário deve pautar-se na efetiva comprovação por parte do devedor do cumprimento dos prazos e pagamento de custas processuais que lhe são atribuíveis, demonstrando a inexistência de culpa para a não aprovação do plano de recuperação judicial no prazo legal.

Para fins de melhor disciplinar o tema, evitando a adoção de posicionamentos extremos sobre o assunto (como, por exemplo, o

legalismo em sentido estrito e o ativismo judicial “em grau máximo”), seria recomendável a alteração do texto legal para incluir a possibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor em decisão fundamentada do órgão judicial competente, desde que comprovada a diligência do devedor no cumprimento de seus prazos e pagamento das custas processuais cabíveis.

Assim, o legislador poderia orientar a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da prorrogabilidade (ou não) do referido prazo, coibindo orientações jurisprudenciais abstratas e permitindo ao devedor diligente, que comprovadamente não teve culpa para a não aprovação tempestiva do plano de recuperação judicial, que promova a continuidade de sua empresa, com vistas a sua recuperação.

Destaque-se ser justamente esse o posicionamento adotado no âmbito do Enunciado nº 42 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial (realizada de 22 a 24 outubro de 2012), no qual há previsão de que “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

3.2. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema.

Não obstante o entendimento a respeito da interpretação dos dispositivos constantes da Lei nº 11.101/05 seja uniformizado e consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, convém tecer breves comentários acerca do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) sobre a possibilidade (ou não) de prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, sobretudo quando se tem em vista a importância e o elevado número de decisões proferidas por esse tribunal quando se trata de matérias relacionadas ao direito recuperacional e falimentar.

Com base na análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cumpre destacar que, ainda hoje, inexistente uma posição consolidada desse tribunal a respeito da matéria em análise.

Isto posto, percebe-se a existência de dois principais entendimentos sobre o tema: (i) de um lado, adota-se o ativismo judicial “em grau máximo”, entendendo-se pela extrema flexibilização do referido prazo; e (ii) de outro lado, destacam-se julgados em linha com o ativismo judicial “em grau mínimo”, desenvolvendo interpretação mais rígida do dispositivo constante art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005.

Para fins de ilustrar tal controvérsia, exemplificando e apresentando as principais linhas expostas pelos defensores de cada um desses entendimentos, ressaltam-se os recentes julgados dispostos a seguir:

A respeito do posicionamento aderente à linha do ativismo judicial “em grau máximo”, convém registrar o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0029358-59.2013.8.26.0000, recentemente apreciado pelo TJSP, flexibilizando a aplicação do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/05:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções em face da recuperanda. Possibilidade — Não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias, conforme previsto no art. 6º, § 4º, da LRE, quando a empresa em recuperação não tem qualquer culpa na demora da aprovação do referido plano — Precedentes do C. STJ. Decisão em conformidade com o Enunciado n.º 42 da 1ª Jornada de Direito Comercial – Não provimento²⁴.

Frise-se que, no âmbito desse julgamento, o Rel. Des. Enio Zuliani interpretou e aplicou ao caso sob sua análise o posicionamento

²⁴ TJSP. Agravo de Instrumento nº 0029358-59.2013.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, julg. em 13.06.2013.

do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, aplicando diretrizes abstratas, conforme se depreende do trecho de seu voto reproduzido a seguir:

Não se desconhece a proposição taxativa do §4º do art. 6º da Lei n.º 11.101/05 no sentido de que o prazo da suspensão das ações e execuções em face da recuperanda “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação”. Entretanto, há tempos o C. STJ vem flexibilizando a rigidez do dispositivo, na medida em que, **muitas vezes, e a depender do caso concreto analisado, a retomada das ações e execuções em face da empresa que está a buscar a recuperação judicial poderia comprometer a finalidade do benefício, obstando ou criando embaraços à consecução do empreendimento, de modo que a aludida interpretação coaduna-se com o princípio da conservação da empresa, pelo qual se pretende conservar a fonte produtora, bem como estimular a atividade econômica. A aplicação imediata da hipótese normativa em referência, portanto, sem o estudo das especificidades do caso, pode, em última análise, acarretar subversão dos fins sociais da própria Lei n.º 11.101/05.** (grifos acrescentados)²⁵.

Por sua vez, no que se refere à aplicação menos flexível da regra que dispõe sobre o prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor em recuperação judicial, convém mencionar a decisão proferida quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0056466-63.2013.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Maia da Cunha, cuja ementa é reproduzida a seguir:

Recuperação. Art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005. Suspensão das ações e execuções por prazo que em hipótese alguma excederá 180 dias do

25 A propósito, ressaltem-se as seguintes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: Agravo de Instrumento n.º 0271776-62.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, julg. em 21 de maio de 2013; Agravo de Instrumento n.º 0259306-96.2012.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, julg. em 21 de maio de 2013; Agravo de Instrumento n.º 0208703-19.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, julg. em 23 de abril de 2013.

deferimento do processamento da recuperação. A rigidez da lei quanto ao prazo se liga diretamente ao objetivo principal que é a de conceder prazo razoável para que a recuperanda possa se reorganizar administrativa e financeiramente no início do processo. **A possibilidade de prorrogação assentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça se dá em hipóteses excepcionais e somente quando a recuperanda não teve nenhuma culpa no descumprimento dos prazos legais.** Demora na entrega do edital do art. 53, parágrafo único, que não pode ser atribuída ao cartório. Considerações sobre cumprimento dos prazos legais e o princípio da preservação da empresa. Concessão excepcional de mais 90 dias de prazo. Recurso provido em parte para tanto²⁶. (grifos acrescentados)

A esse respeito, vale transcrever breves trechos do voto do relator, apresentando sua interpretação acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a controvérsia, para fins de fundamentar posição no sentido de promover o ativismo judicial em grau mínimo, com aplicação mais rígida do dispositivo constante no texto de lei:

A relevância desse prazo improrrogável, é importante insistir, está na finalidade de permitir que a recuperanda possa se reorganizar administrativa e financeiramente. O pedido de recuperação sacrifica todos os credores ao suspender por 180 dias as suas ações e execuções em andamento, mas o faz tão somente pelo prazo certo e determinado que a lei considerou razoável estabelecer. Não mais do que isso, contudo. Por isso é improrrogável e em nenhuma hipótese o excederá. Nesse contexto, com a devida vênia, é de somenos importância saber por quais motivos a recuperanda descumpriu suas obrigações e prazos legais voltados à concessão da recuperação. A suspensão das ações e execuções não tem nenhuma ligação com a obrigação de a recuperanda cumprir prazos e obrigações legais. Ao contrário, como dito, tem finalidade bem diversa que é principalmente a reorganiza-

26 TJSP. Agravo de Instrumento nº 0056466-63.2013.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, julg. em 13 de jun. de 2013.

ção financeira durante os primeiros seis meses contados do deferimento do processamento do pedido recuperacional. Mantido o foco no objetivo da concessão do prazo legal à suspensão das ações e execuções, é irrelevante saber se o descumprimento de obrigações previstas na Lei nº 11.101/2005 decorreram da desídia da recuperanda ou de problemas do cartório no processamento do pedido. Isso porque, independentemente do motivo da demora, o objetivo da suspensão das ações e execuções por 180 dias (reorganização financeira e administrativa) foi atendido. Não se desconhece a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que vem sendo trazida à baila em todos os pedidos de prorrogação do prazo de 180 dias de que cuida o art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005.

(...)

Mas a interpretação que respeitosamente se faz dos precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que se tem apregoadado, é no sentido de que, no confronto entre o prazo legal improrrogável e o princípio da conservação da empresa, aquele prazo de 180 dias pode ser prorrogado desde que a demora comprovadamente não decorra de desídia da recuperanda. Não se trata, pois, de direito automático à prorrogação sempre que por alguma razão não forem cumpridos os prazos legais previstos na Lei nº 11.101/2005, mas de mera e excepcional faculdade concedida ao juiz para contornar o prazo improrrogável se, de modo comprovado, a demora não houver decorrido de conduta da recuperanda.

(...)

Haverá séria deturpação do objetivo da recuperação judicial e do princípio da preservação da empresa se forem descartadas as regras legais, o que transformaria a recuperação judicial apenas num bom negócio para o devedor com dificuldades financeiras que superam a sua capacidade de se reerguer²⁷.

27 Nessa mesma linha, destacam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo: Agravo de Instrumento nº 0000336-53.2013.8.26.0000, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, julg.

Portanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não firmou posição acerca da interpretação a ser conferida ao art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, o que reforça a importância de se debater a necessidade de alteração legislativa, conforme sugerida no item 3.1 deste artigo, para fins de disciplinar a possibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, desde que comprovada a sua diligência no cumprimento de seus prazos e pagamento das custas processuais cabíveis.

Tal medida é relevante, inclusive, para fins de se atribuir maior segurança jurídica ao tema, evitando que, a depender do órgão judicial que venha a ser competente para apreciar e julgar a demanda, o entendimento a ser aplicado seja diferenciado, pendendo para um lado ou para outro.

Conclusão

De todo o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(i) o processo de recuperação judicial inicia-se, de fato, com o despacho que defere o processamento da recuperação (art. 52 da Lei 11.101/2005), por meio do qual o juiz determina as providências necessárias para a condução do processo e a partir dele se inicia a contagem dos prazos (a) de 180 dias, de suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005) e (b) de 150 dias, para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação (art. 57, § 1º, da Lei 11.101/2005);

(ii) com base na análise dos prazos e providências, pode-se concluir que o processo de recuperação foi moldado de forma a se atingir uma definição sobre o início (ou não) da recuperação judicial

em 21 de maio de 2013; Agravo de Instrumento nº 0021292-90.2013.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, julg. em 9 de maio de 2013; Agravo de Instrumento nº 0045247-87.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, julg. em 8 de abril de 2013.

do devedor no prazo de até 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação;

(iii) infelizmente, a teoria não se verifica na prática, sendo comum o transcurso desse prazo sem o cumprimento das formalidades cabíveis para o início efetivo da recuperação do devedor, seja em razão da desídia do próprio empresário em recuperação judicial (perda de prazos ou intempestivo pagamento de custas), ou em decorrência da morosidade do asoberbado Poder Judiciário brasileiro;

(iv) o prazo para a suspensão das ações e execuções em face do devedor é de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, de forma que a lei procurou ser taxativa quanto à impossibilidade de sua extensão;

(v) na visão do legislador, não obstante o reconhecimento da necessidade de conceder ao devedor condições de negociar sua recuperação, a maior preocupação foi vedar a possibilidade de prorrogação judicial do prazo de suspensão, a fim de garantir um mínimo de segurança jurídica aos credores e aos demais *stakeholders* envolvidos com o procedimento recuperacional e, assim, não prejudicar a avaliação de risco das empresas brasileiras;

(vi) entende-se que é possível que, a despeito da redação do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, o juízo da recuperação prorogue o prazo de suspensão das ações e execuções para além do prazo de 180 previsto na lei até a efetiva realização da assembleia geral de credores convocada para deliberar sobre o plano, naqueles casos em que o devedor foi diligente e não contribuiu para o atraso na realização de tal assembleia (sendo tal circunstância absolutamente involuntária para o devedor);

(vii) em linhas gerais, a prorrogabilidade do prazo em referência é aplicada pelos principais tribunais brasileiros, destacando-se os diversos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a esse respeito;

(viii) como a possibilidade (ou não) de prorrogação desse prazo e os critérios para aplicá-la (caso se entenda possível) não se en-

contram disciplinados em lei, vigora verdadeira insegurança jurídica sobre o tema, com a aplicação de entendimentos diversos a depender do órgão do Poder Judiciário que venha a ser competente para apreciar a causa; e

(ix) considera-se oportuna e conveniente a alteração da Lei nº 11.101/2005 para fins de permitir a prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra o devedor, desde que comprovada a sua diligência no cumprimento de seus prazos e pagamento das custas processuais cabíveis, encerrando, assim, incertezas decorrentes dos distintos entendimentos dos tribunais brasileiros sobre o tema.

**NEGÓCIOS EMPRESARIAIS/
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS/ RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

COMMON LAW E CONTRACT LAW: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL NORTE-AMERICANO¹

COMMON LAW AND CONTRACT LAW: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONTRACT LAW

Luciano Benetti Timm

Resumo: O presente artigo trata da teoria geral do Direito Contratual Norte-Americano. Traz a definição de contrato, seus elementos, seus princípios gerais, a sua formação e a sua extinção, em uma perspectiva comparativa com o Direito Brasileiro. O objetivo é poder ter um parâmetro de comparação para a evolução do Direito Contratual Brasileiro, tendo como uma das principais referências do Direito Ocidental do século XXI o Direito Contratual Norte-Americano.

Palavras-chave: Common Law. Direito Contratual Norte-Americano. Princípios gerais.

Abstract: The paper explains the main principles and rules of the American Contract Law as a mean to offer a model of comparison

1 Resultado parcial da pesquisa de pós-doutoramento na Universidade de Berkeley, em 2007, financiada com bolsa da Universidade Luterana do Brasil e com pequena contribuição do Centro de Direito, Negócios e Economia da Faculdade de Direito da U. C. Berkeley. O autor agradece ao Professor Robert Cooter, da U. C. Berkeley, pela supervisão, e aos Professores Melvin Eisenberg e Gillian Lester, professores de Contratos na Universidade de Berkeley, pela gentileza de permitir frequentar seus cursos de Contratos no ano de 2007, em Berkeley.

for the new evolutions of Brazilian Contract Law. Attention is drawn to the concept, the elements, the general principles, the formation and the termination of the contract.

Palavras-chave: Common Law — Direito Contratual Norte-Americano — princípios gerais.

Key words: Common Law. American Contract Law. General principles.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teorias e concepções do contrato. 2. Requisitos de formação do contrato. 3. Nulidades e ineficácias do contrato. 4. Inadimplemento contratual. 5. Remédios por inadimplemento.

Introdução

Normalmente, o Direito Contratual Comparado realizado pela doutrina jurídica brasileira tem com base o Direito Europeu Continental (a chamada família jurídica romano-germânica ou do Civil Law)². Se pegarmos os principais manuais e tratados de Direito Contratual Brasileiro, raras são as referências ao Direito Norte-Americano (integrante da família do Common Law)³. As razões para isso, normalmen-

2 Estudo inédito com base no *currículo lattes* dos professores de Pós-Graduação em Direito no Brasil mostra preferência dos acadêmicos por estudos de mestrado e doutorado no exterior, na França, na Itália e na Alemanha (ENGELMANN, Fabiano. *Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: O caso dos juristas brasileiros*. [S. n. t.]: 2007 – Inédito). No entanto, no âmbito profissional dos mestrados profissionalizantes — Master of Laws (LLM) —, a preferência deve recair certamente sobre os Estados Unidos.

3 Exemplificativamente, ver RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; GOMES, Orlando. *Contratos*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986; DINIZ, Maria Helena. *Trato teórico e prático dos contratos*, v. 3, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantís*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004; e Teixeira de Freitas, com sua *Consolidação das Leis Civis* no Brasil Imperial do século XIX (Rio de Janeiro: Garnier, 1896). O Professor Clóvis do Couto e Silva, que foi Coordenador do Pro-

te, são explicadas por uma questão histórica — por herança colonial portuguesa, originamos da e integramos a família jurídica romano-germânica, o que nos trouxe um Código Civil e leis específicas que regulam a matéria contratual⁴. Ao passo que, no Common Law, principalmente no Direito Contratual, a norma jurídica derivaria da jurisprudência dos tribunais⁵. Por esse motivo, o Direito Contratual Norte-Americano não serviria para a compreensão do Direito Contratual Brasileiro.

No entanto, se considerarmos que um sistema econômico capitalista e uma sociedade democrática giram em torno de instituições jurídicas elementares e estruturantes, tanto do mercado como do regime político, seremos forçados a concluir que os problemas humanos típicos desse modelo de organização social tendem a se repetir em diferentes países e que as respostas encontradas não são tão diferentes quanto imaginadas. Portanto, ainda que com nomes diversos (e aplicados por procedimentos diferentes), um sistema de mercado girará em torno de regras sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade, herança, posse. Assim como um regime democrático disciplinará os direitos fundamentais dos indivíduos, o direito a voto, o direito administrativo, etc.⁶

Além disso, a rígida separação entre Common Law e Civil Law

grama de Pós-Graduação da UFRGS, chegou, em seus estudos comparativos, a citar juristas norte-americanos, mas, certamente, a dogmática alemã domina a sua obra fundamental *Obrigação como processo* (COUTO E SILVA, Clóvis do. São Paulo: Bushatsky, 1976).

4 Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. Revista da Ajuris, nº 40, 1980, p. 130.

5 A respeito, ver DAVID, R. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1995; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000; e HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

6 Para um aprofundamento, ver MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito, mercado e função social*. Revista da Ajuris, v.103, 2006, pp.197-210

não corresponde bem à realidade de um mundo globalizado. O que não faltam nos Estados Unidos são leis disciplinando matérias jurídicas como o Direito Societário, o Direito de Falências e, inclusive, o Direito Contratual — como o Código Comercial Uniforme ou Uniform Commercial Code (UCC), que trata do contrato comercial de compra e venda e o de *leasing*, bem como dos respectivos instrumentos de garantia —, além da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ratificada pelos Estados Unidos, e o *soft law* dos Restatements de Contratos e dos Princípios, do Instituto Americano de Direito — American Law Institute (UNIDROIT). Ao mesmo tempo, no Brasil (como em todo o mundo do Civil Law), crescem em importância as decisões dos tribunais (uma necessidade prática de administração da Justiça, diante da evidente maior eficiência do Common Law, que tem precedentes vinculantes).

Portanto, existem leis norte-americanas que podem servir de modelo ao Brasil, porque foram criadas para atender a um mercado mais complexo e diversificado que o brasileiro⁷. Mas não só as leis podem e devem servir de paradigma de comparação para os juristas brasileiros, mas, sobretudo, as decisões judiciais norte-americanas podem ser estudadas, por refletirem o Direito em ação (*Law in action*) em contraposição ao *Law on the books*⁸. Aliás, essa barreira cultural ao Direito Norte-Americano já foi quebrada no Direito Constitucional na Constituição Federal de 1891, bem como na legislação societária (Lei nº 6.404, de 1976), na legislação antitruste (Lei nº 8.884,

7 Com efeito, de modo geral, regras jurídicas são copiadas, porque são consideradas eficientes, adequadas e testadas, constituindo-se, conseqüentemente, em um modelo a ser seguido, na intenção de se obterem os mesmos resultados alcançados pelo país que as originou. Para uma discussão mais aprofundada, ver WATSON, A. *Society and change*. Edimburgh: Scottish Academic Press, 1977.

8 Para aprofundamento da discussão *Law in action* and *Law on the books*, ver p. 8 de TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; e SCHAEFER, B. *O problema da desconfiância recíproca*. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 1, 2006, publicação eletrônica de Berkeley Electronic Press em <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>. Acesso em 15 de novembro de 2007.

de 1994⁹⁾, para citar alguns exemplos. Mas faltam estudos sobre a compatibilidade do Direito Contratual Norte-Americano para o sistema jurídico privado brasileiro.

O objetivo deste artigo, desse modo, é fazer uma introdução comparativa entre o Direito Norte-Americano e o Direito Contratual Brasileiro. Este estudo preliminar (a ser complementado por pesquisas mais detalhadas entre institutos do Direito Contratual *a posteriori*) pode recomendar alterações em nosso ordenamento, se concluirmos que, nos Estados Unidos, o Direito Contratual funciona melhor. A ideia, portanto, é lançar as bases para um novo Direito Contratual Brasileiro menos dogmático e mais “responsivo”¹⁰ às necessidades de uma sociedade estruturada em regime de mercado, tendo como eixo comparativo o Direito Norte-Americano. E, além disso, aproveitar a comparação para buscar paradigmas de criação e interpretação de normas jurídicas hoje em vigor no Brasil atinentes à regulação dos contratos a partir do modelo do Common Law¹¹.

E a razão para essa preocupação comparativa (além da relevância intelectual, já que as universidades norte-americanas predominam no cenário acadêmico internacional, sendo o Direito uma das últimas resistências continentais ao domínio anglo-americano em quase todas as áreas) é, sobretudo, econômica e política. Os contratos são a roupagem jurídica de uma operação econômica¹². Portanto, quanto mais complexo o sistema de mercado, presume-se que mais desenvolvido será o seu Direito Contratual. Por isso, é relativamente

9 O autor esclarece que, na elaboração inicial do presente trabalho, ainda estava integralmente em vigor a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Posteriormente, na revisão final do presente trabalho, a maioria dos dispositivos da Lei nº 8.884/94 foi revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Assim sendo, a atual legislação brasileira antitruste é a Lei nº 12.529/2011.

10 Expressão cunhada por Cooter, para indicar a funcionalidade econômica do Direito (COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston: Addison Wesley, 2003).

11 Esse diálogo entre Common Law norte-americano e Civil Law brasileiro no âmbito da Teoria Geral dos Contratos foi inaugurado pela obra do Professor Ronaldo Macedo (*Contratos relacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1999).

12 A respeito, ver ROPPO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 10-11.

natural que o Direito Norte-Americano seja um bom paradigma comparativo para o Brasil.

Isso não é novidade. Foi durante a expansão comercial romana que o Direito Romano se expandiu; foi durante o crescimento comercial das cidades italianas medievais que o Direito Mercantil ganhou fôlego; foram o poderio econômico francês e o alemão que fizeram do seu Direito Privado o melhor dos séculos XVIII e XIX. Mas o século XX foi o da economia norte-americana. Portanto, certamente foi esse o sistema que mais demandou operacionalidade do Direito Contratual.

Mais que isso. A globalização do século XXI carrega consigo o Direito Norte-Americano. Com efeito, hoje, o Direito Comercial Internacional, a *lex mercatoria* (e os contratos comerciais por implicação), é feita essencialmente pelas empresas transnacionais (boa parte delas “sediadas” nos Estados Unidos) e por seus enormes escritórios internacionais, igualmente sediados nos Estados Unidos¹³. Quando não são escritórios norte-americanos que tratam dos grandes contratos internacionais e das arbitragens, são os ingleses, que hoje invadiram a Europa e parte da Ásia. É uma disputa de *paradigmas* diriam uns (com base em Kuhn¹⁴), de *discursos e ideologias*, diriam outros (com base em Laclau¹⁵), de *modelos*. Mas a nomenclatura é menos importante do que o fenômeno que ela descreve, que é indubitavelmente

13 Sobre o tema, ver DICKEN, Peter. *Global Shift: Industrial change in a turbulent world*. London: Harper and Row, 1986; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. *The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility*. In Law and Social Inquiry, vol. 29, 2004, p. 615; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. *Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes*. In Law and Social Inquiry, vol. 29, 1995, p. 27; DEZALAY, Yves et al. *Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas*. In Case Western Reserve Law Review, vol. 44, 1994, p. 407; FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000; em perspectiva um pouco diversa, TEUBNER, G. *A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional*. Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas, v. 14, nº 33. 2003, v. 14, p. 9.

14 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982. Versa sobre a quebra de paradigmas jurídicos na doutrina nacional.

15 LACLAU, Ernesto. *New reflections on the revolution of our time*. Londres: Verso, 1990.

de uma progressiva ocupação de espaço na área jurídica do modelo norte-americano¹⁶.

Politicamente, também o Direito Norte-Americano vem ganhando força em tratados e convenções, como a Convenção Sobre Contratos Comerciais Internacionais de 1994, elaborada durante a Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP V do México) da Organização dos Estados Americanos.

Dito isso, o artigo é composto de cinco partes, além desta Introdução. O item 1 enfoca a teoria e as concepções do contrato em perspectiva comparativa. O item 2 trata dos requisitos de formação do contrato. O item 3 aborda as nulidades no contrato. O item 4 dedica-se ao inadimplemento contratual, e o item 5, aos remédios em caso de extinção do contrato.

1. Teorias e concepções do contrato

Como característica geral, podemos afirmar que existe uma diferença cultural grande entre os juristas brasileiros e os norte-americanos. Estes últimos são mais avessos a grandes teorias, ainda mais em matéria contratual. Claro que existem razões históricas para isso, já que o Common Law foi um sistema que evoluiu as Cortes Reais inglesas, enquanto o Civil Law proveio das universidades italianas do século XII, a partir da “redescoberta” do Corpus Iuris Civilis.

O sistema universitário norte-americano de Direito ainda é baseado no método socrático, no qual o professor “interroga” os alunos sobre casos pretéritos julgados e busca extrair a regra para os fatos

16 Note-se que o Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDES) tem bastante influência do modelo jurídico de ensino norte-americano. O Professor Bong Choi, da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Seul (Coréia do Sul), informou-me, durante minha estadia em Berkeley, 2007, que o sistema coreano de ensino jurídico está também adotando a metodologia de ensino norte-americana e colocando o Direito como Pós-Graduação e não mais como um curso de graduação como é no Brasil.

estabelecidos pela Corte¹⁷. Curiosamente, pode-se assistir a um curso de um semestre de contratos sem ouvir uma única sequer definição do que seja um contrato. O Direito é um curso de pós-graduação (sendo exigido, para o ingresso na Faculdade de Direito, pelo menos quatro anos prévios de estudo de graduação). Não há ainda bem estruturados cursos de doutorado nas Faculdades de Direito, como há já na Europa, e os norte-americanos não costumam fazer Doutorado em Direito para ensinar. O mercado dos escritórios de advocacia seleciona seus futuros associados com base, normalmente, no desempenho acadêmico (notas, participação em corpo editorial das revistas, etc.). Isso tudo reforça o pragmatismo do ensino jurídico, sem muito espaço para divagações teóricas.

A desconfiança dos juristas norte-americanos quanto às grandes teorias aparece nas obras de contratos, como exemplifica a seguinte passagem de Calamari e Perillo (um dos principais tratados sobre o tema): “Nenhuma definição inteiramente satisfatória do termo ‘contrato’ foi jamais construída”¹⁸.

Nenhuma frase de abertura de um tratado como essa pode ser encontrada entre os mais conhecidos tratadistas brasileiros. Muito antes pelo contrário, os grandes juristas brasileiros cultuam a boa dogmática jurídica de origem alemã, francesa, italiana ou mesmo portuguesa ou espanhola, para aqueles que não têm acesso àquelas línguas que constituem o “núcleo duro” da cultura jurídica continental.

Feita essa importante ressalva cultural, a doutrina jurídica norte-americana consolidada no Segundo Restatement de Contratos — o Restatement é uma obra de caráter doutrinário não vinculante, elabo-

17 Para uma breve descrição dessa metodologia, ver GORDON, Robert. *A educação em Direito nos Estados Unidos: origens e desenvolvimento*. “<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0802/ijdp/id080202.htm>”. Acesso em 1º de novembro de 2007.

18 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 1.

rado pelo Instituto Americano de Direito (American Law Institute), com o objetivo de sistematizar os precedentes judiciais; mas é altamente persuasivo e frequentemente citado pelas Cortes — consegue chegar a uma definição de contrato como “[...] a promessa ou o conjunto de promessas cujo descumprimento o Direito oferece um remédio ou cuja observação o Direito de alguma forma reconhece como um dever” (parágrafo 1º).

Já a doutrina brasileira define o contrato como o acordo de vontades, ou o acordo para criar, transmitir e extinguir obrigações. Portanto, aparentemente, há certa conformação genérica do instituto do contrato entre a doutrina jurídica doméstica e a norte-americana.

Igualmente, na concepção dos elementos que integram a estrutura de um contrato (partes, vontade e objeto), há mais fatores em comum do que divergências. No Direito Brasileiro como no Direito Norte-Americano, só é possível se falar em contrato, quando uma pessoa fez uma promessa a outra, ou seja, obrigou-se, perante outra, a fazer alguma coisa (*promise*) ou a dar alguma coisa (*performance*).

Mas existe uma diferença quase histórica e menos pragmática, que é a exigência do elemento da *consideration* no sistema de Common Law. Ela deriva da visão anglo-americana de que o contrato é uma operação de barganha, de troca de bens e serviços que ocorre no mercado. Essa operação econômica, essa barganha no Common Law, exigirá, além de partes capazes, um objeto lícito e a forma prevista em lei, a mutualidade de obrigações materializada em uma *consideration* (contraprestação ou mesmo preço). Portanto, no Common Law, doação não é contrato, como acontece no Brasil.

A bem da verdade, como dito, a *consideration* hoje tem quase importância histórica, por tantas exceções que foram desenvolvidas pela jurisprudência para resolver problemas gerados com sua inconveniente permanência na doutrina contratual dos Estados Unidos (uma das exceções é o *promisory stoppel*, em que, por questões de equidade, a parte que, de boa fé, confiou na promessa de outrem, fazendo uma mudança de posição jurídica ou econômica, poderá encontrar um remédio na Corte para proteger-se, conforme Restate-

ment, Second, parágrafo 90). É um conceito semelhante ao de causa no Civil Law, ideia da qual vários códigos civis já se livraram, por trazer semelhante obscuridade ao da *consideration*¹⁹.

O contrato, entre os tratadistas norte-americanos, é percebido como instrumento a serviço do funcionamento do mercado e de dispersão do poder decisório e, portanto, de democratização no seio da sociedade, já que são os indivíduos, em suas interações de mercado, que passam a definir o que produzir e consumir e de modo mais eficiente (fato não admitido pelos principais tratadistas brasileiros explicitamente e, provavelmente, mesmo não aceito subjetivamente pela grande maioria deles)²⁰. Veja-se o comentário de Farnsworth a respeito:

Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente p elas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos²¹.

Naturalmente, essa perspectiva funcional-econômica não é a única visão do contrato no meio acadêmico norte-americano, mas é a que acabou dando subsídios, ainda que subliminarmente, ao Restatement e também a que está subjacente aos *leading cases* (sabidamente com força vinculante)²².

19 Para uma comparação entre causa e *consideration*, ver GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991; GORDLEY, James. *The myths of the French Civil Code*. *The American Journal of Comparative Law*, v. XLII, nº 3, 1994, p. 459; GORDLEY, James. *Contract Law in the Aristotelian tradition*. In: BENSON, Peter (Org.). *The theory of Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 265 e segs.; GORDLEY, James. *The moral foundations of Private Law*. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 47, 2002, p. 1; GORDLEY, James. *Foundations of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 289 e segs.

20 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987; e TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

21 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 5.

22 Para um aprofundamento sobre o Direito Privado Norte-Americano e sua conformação às exigências do capitalismo, ver HORWITZ, Morton. *The transformation of American Law*. Cam-

Isso talvez explique por que tenha sido a análise econômica do Direito que prevaleceu segundo o diagnóstico do próprio Farnsworth (e de tantos acadêmicos, como Posner²³): “[...] de longe a mais disseminada influência ao direito contratual vem do campo da economia [...]”²⁴. É curioso até como o próprio crítico do modelo “dominante” de pensamento, Unger²⁵, já na década de 80 do século passado, reconhecia a preponderância — hoje ainda mais visível — do *Law and Economics* sobre as escolas “rivais” nos Estados Unidos, pelo menos no âmbito do Direito Privado.

Visões críticas como a de Unger²⁶ e Kennedy²⁷ (Critical Legal Studies), a sociológico-relacional de Macneil²⁸ e mesmo a visão histórica de Atiyah²⁹ e Gilmore³⁰ e a filosófico-moral de Fried³¹ não tiveram o mesmo impacto acadêmico e muito menos nos julgados.

Já no Brasil, a crítica ao Direito Privado tem sido mais bem-sucedida tanto na academia, normalmente feito pela via da chamada

bridge: Harvard University Press, 1977; e, igualmente, FRIEDMAN, Laurance. *A history of American Law*, 3ª ed. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2002; e HURST, J. *Law and Economic Growth. The legal history of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*. Madison: University of Wisconsin Press, 1984.

23 POSNER, Richard. Economic analysis of Contract Law after three decades: success or failure. *Yale Law Journal*, v. 112, 2003, p. 829.

24 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 31.

25 UNGER, Roberto. The critical legal studies movement. *Harvard Law Review*, v. 96, 1983, p. 563.

26 Idem.

27 KENNEDY, Duncan. Form and substance in Private Law adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, 1980, p. 1.685.

28 MACNEIL, Ian. Reflections on relational Contract theory after neo-classical seminar. In: CAMPBELL et al. *Implicit dimensions of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 207-218.

29 ATIYAH, P. *The rise and fall of the freedom of the contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

30 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

31 FRIED, Charles. *Contract as promise*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

“constitucionalização do Direito Privado”³², especialmente com a formação e a estruturação dos Cursos de Pós-Graduação em Direito no País³³, como, em menor escala, também na prática dos julgados.

No que tange à principiologia dos contratos, o Direito Contratual Norte-Americano é lastreado ainda no princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato barganhado entre as partes³⁴. Não há, como no Brasil, a restrição da chamada “função social do contrato”, presente no artigo 421 do Código Civil (CC), sobre a autonomia privada.

Portanto, a chance de um juiz norte-americano revisar um contrato ou anular alguma cláusula contratual por violação da ordem pública ou por uma cláusula abusiva inserta em um contrato de adesão, como se verá, é muito menor do que no Brasil, onde muitos tribunais e juízes não têm hesitado em revisar contratos tidos subjetivamente como injustos³⁵. Desse modo, a doutrina dos contratos de adesão, embora reconhecida nos Estados Unidos³⁶, é praticamente inaplicável nas Cortes, com raras exceções que serão examinadas neste artigo.

32 Para tanto, ver, dentre outros, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

33 Sobre o tema, ver ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

34 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 5.

35 Ver, sobre o tema, PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. A grande obra de referência sobre critérios dogmáticos de revisão dos contratos é *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor* (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Rio de Janeiro: Forense, 2001).

36 No Direito Norte-Americano, é clássico o artigo *Contracts of Adhesion* (KESSLER. *Columbia Law Review*, v. 43, 1943, p. 629). Também é bastante citado o artigo *The interpretation and construction of contracts* (PATTERSON, Edwin. *Columbia Law Review*, v. 64, 1964, p. 833). No Brasil, ver, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Como no Brasil (artigo 425 do Código Civil), mas, certamente, em muito maior grau, existe o princípio da atipicidade nos Estados Unidos, e as partes têm liberdade quase absoluta na estruturação de seu negócio, prevalecendo a ideia de que o Direito Contratual do Common Law é absolutamente supletivo à vontade das partes (*default rule*), sem princípios estruturantes que possam se sobrepor à autonomia das partes — com raríssimas exceções, como se verá. Isso dá muito mais flexibilidade ao Direito Contratual Norte-Americano e muito mais possibilidade criativa aos advogados — sem falar que existem poucos litígios referentes a contratos, sendo o acordo (*settlement*) frequente³⁷.

Outro princípio presente em ambos sistemas legais é o princípio da boa-fé. A boa-fé, no Direito Brasileiro, determina deveres contratuais implícitos de lealdade, de transparência, de cooperação (artigo 422 do Código Civil) e restringe o exercício de direitos subjetivos (artigo 187 do Código Civil)³⁸.

Nos Estados Unidos, ele não deriva propriamente da tradição do Common Law, mas da legislação, ou seja, do UCC, parágrafo 1^o-304, combinado com parágrafo 1^o-201(20)³⁹. No entanto, é muito menos claro para a doutrina jurídica daquele país o seu conteúdo e sua implicação prática⁴⁰. Mais resistentes ainda são as suas Cortes na apli-

37 MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

38 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópico no processo obrigacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

39 “Boa fé (*Good faith*) significa honestidade de fato e a observância de *standards* razoáveis comerciais de agir e negociar corretamente”.

40 Segundo Murphy, os casos relacionados à boa-fé podem ser categorizados em quatro tipos: (a) falha na cooperação com a outra parte; (b) exercício de direitos contratuais; (c) alterações contratuais; (d) extinção do contrato (MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 658). Portanto, apesar da aparente similitude tipológica com a boa-fé objetiva brasileira, o resultado nas Cortes é diverso. Ainda segundo Murphy, não há boa-fé objetiva na fase das tratativas. Além do mais, esse princípio não é normalmente usado para criar deveres contratuais, mas, ao contrário, ele se aplica à interpretação do juiz sobre o exercício das partes sobre obrigações criadas no contrato. E não há a aceitação de um dever

cação de tal princípio. A casuística dos tribunais certamente é diferente, pois os juízes norte-americanos são mais reticentes em aceitar deveres de cooperação com a outra parte (especialmente em contratos que opõem os interesses das partes como uma compra e venda).

A resistência a uma maior amplitude da boa-fé objetiva fica patente no voto do hoje Juiz Posner:

A particular confusão que a visão moralista vaga da boa-fé gera é a crença de que todo contrato estabelece um dever fiduciário (de agir em favor dos interesses do outro contratante). [...] O ofício da regra da doutrina da boa-fé é o de proibir aquele tipo de comportamento oportunista que uma relação cooperativa e mutuamente interdependente pode ensejar... [...] O dever de boa-fé, portanto, não é uma faceta do Estado Social paternalista ou a sedimentação de uma vertente altruísta no direito contratual...⁴¹.

Não deve ser ignorado também um princípio subliminar que perpassa a jurisprudência dos contratos, que é o da razoabilidade (*standard of reasonable person*), que, no Brasil, tomaria o nome de proporcionalidade ou mesmo de razoabilidade⁴².

Já a função social do contrato, se tivesse que ter alguma, seria a de instrumentalizar, como dito, o funcionamento do mercado. No

de cooperação com a outra parte para atingir o “programa contratual” (MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, pp. 667-668). Ao contrário, buscar rever os termos do acordo original (*forgone opportunity*) é que fere a boa-fé objetiva. Os artigos normalmente citados sobre o tema são: *Breach of contract and the common law duty to perform in good faith* (BURTON, Steven. *Harvard Law Review*, v. 94, 1980, p. 369), *Good faith performance of a contract within Article 2 of the Uniform Commercial Code* (BURTON, Steven. *Iowa Law Review*, v. 67, 1981, p. 67) e *The general duty of good faith — its recognition and conceptualization* (SUMMERS, Robert. *Cornell Law Review*, v. 67, 1981, p. 810). E, para uma crítica, *Of Textualism, party autonomy, and good faith* (VAN ALSTINE, Michael P. *William & Mary Law Review*, v. 40, 1999, p. 1.223).

41 *Market Street Associates Limited Partnership versus Frey*, Corte de Apelações Federal dos Estados Unidos da 7ª. Região (Seventh Circuit), 941 F. 2nd 588.

42 Segundo CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 2: “O direito (contratual) não protege qualquer expectativa, mas somente aquelas razoáveis”.

voto do Juiz Posner, já citado acima, ficou dito: “É verdade que uma função essencial dos contratos é alocar riscos (das partes) e que ela seria enfraquecida se as cortes alterassem a barganha inicial para redistribuir (ou realocar) os riscos entre as partes”. Além, naturalmente, de o contrato dar vazão a uma liberdade humana fundamental⁴³.

Nesse ponto, o Código Civil de 1916 estava muito próximo dessa principiologia norte-americana, mas o Direito Contratual Brasileiro começou a ser retalhado em fatias a partir do século XX (Direito do Trabalho, Direito do Inquilinato, Direito do Consumidor), ao ponto de o Código ficar tão desfigurado que deu origem à expressão “descodificação”⁴⁴. Tudo isso para chegar no século XXI com princípios e com uma interpretação impensável dentro do modelo contratual norte-americano.

Em conclusão, é possível perceber que, conceitualmente, o conceito e os elementos de contrato são semelhantes no Brasil e nos Estados Unidos, mas o Código Civil de 2003 afastou-se, na sua principiologia, do Direito Contratual Norte-Americano. Nessa esteira, se a análise dos contratos hoje no Brasil recebeu fortes doses de critérios publicistas, que deram aos juízes brasileiros uma maior discricionariedade de revisar e alterar cláusulas contratuais, nos Estados Unidos os juízes têm seu poder limitado por doutrinas criadas pelos próprios tribunais, de baixa margem de intervenção nos pactos (*pacta sunt servanda*).

43 Corbin (CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001) esclarece: “Apesar da longa tradição que a justiça é eterna e absoluta, essa tradição sempre esteve equivocada. *Fiat justitia ruat coelum* é uma frase impressionante porque feita em latim e portanto incompreensível. Quando o céu começa a cair, a justiça desvenda os olhos e pondera o peso da balança”. Para um maior aprofundamento, ver TIMM, Luciano Benetti. *Direito, Economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 33, 2006b, p.15; e MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito, mercado e função social*. Revista da Ajuris, v. 103, 2006, pp. 197-210.

44 Ver TIMM, Luciano Benetti. *Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?* Revista de Direito Privado, v. 27, 2006a, p. 223.

Essa é, certamente, uma forte razão para a expansão do Direito Contratual Norte-Americano pelo mundo globalizado. As partes vêm nesse sistema a garantia de que suas negociações e alocações de risco em situações de conflitos de leis e de competência entre os tribunais não serão alteradas pelas Cortes⁴⁵. Isso é um indicativo de que devemos pensar em “reprivatizar” nosso Direito Contratual, se ainda pensamos em um sistema de mercado.

2. Requisitos de formação do contrato

No Direito Contratual Norte-Americano, também o contrato se forma, em regra, sem formalidades escritas, podendo ser concretizado verbalmente ou, excepcionalmente, até por comportamentos (com uma das principais exceções constantes na Lei das Fraudes, *Statute of Frauds*)⁴⁶.

Igualmente como no Brasil, o contrato é formado pelo encontro de vontades (*meeting of the minds*), ou seja, quando um destinatário de uma oferta aceita a proposta de um peticitante (*offer and acceptance*)⁴⁷.

E, como no Brasil, a teoria da declaração de vontade é objetiva

45 MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

46 Não comentaremos aqui a regra da *parole evidence rule*, que é uma regra processual que protege o acordo escrito das partes contra a discricionariedade das Cortes. Segundo essa regra, que admite algumas flexibilizações no Case Law, um instrumento escrito que represente um acordo final e completo das partes deve ser interpretado apenas dentro da prova documental (dentro das *four corners* do contrato) e, portanto, sem o auxílio construtivo de eventuais testemunhas que poderiam distorcer a certeza do instrumento. Também existe um guia mais claro na interpretação dos contratos pelas Cortes de Justiça. Para uma abordagem tradicional dessas regras processuais e interpretativas, ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 487.

47 Sobre o tema, ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 37; FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 107; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 22 e segs.

e não subjetiva (artigos 110 e seguintes do Código Civil), ou seja, o que importa é a vontade tal como manifestada ou declarada à outra parte e não a vontade subjetiva, interna e não perceptível pela outra parte (também tomada dentro de um padrão de razoabilidade).

Para tanto, basta que se veja o precedente *Embry versus Hargadine, McKittrick Dry Goods Co*⁴⁸, no qual a Corte de Apelação de St. Louis admitiu a possibilidade de renovação de um contrato de trabalho verbalmente, tendo como critério o razoavelmente compreendido de um diálogo por uma pessoa média, nas circunstâncias do caso (no processo, o empregado, que entendeu que tinha recebido promoção; a Corte não aceitou a argumentação do empregador de que sua intenção era diversa daquela percebida razoavelmente pelo empregado diante das circunstâncias concretas do caso).

Porque a vontade que importa é a manifestada e exteriorizada à outra parte, não há admissão de reserva mental no Direito Norte-Americano (como também proibido no Direito Brasileiro, artigo 111 do Código Civil), como se depreende, por exemplo, do julgamento do caso *Field-Martin Company versus Fruen Milling Company*⁴⁹. Nesse caso, a Corte deixa claro que o teste para saber se o contrato foi ou não formado verbalmente pelas partes não é feito com base na intenção psicológica ou interna das partes, mas, sim, no resultado de sua ação e no sentido de suas palavras tomado objetivamente, pelo senso comum. Como disse a Corte de Nova Iorque:

A intenção das partes deve necessariamente resultar da consideração de suas palavras, escritas ou orais, e de suas ações [...] esperanças secretas e desejos não servem para nada (*Hotchkiss versus City Bank of New York*).⁵⁰

48 127 Mo. App. 383, 105 S. W. 777.

49 210 Minn. 388, 298 N. W. 574, 575 (1941).

50 200 Fed. 287, 293 (S. D. N. Y. 1911).

Ou, ainda, como dito por outro magistrado, não há necessidade de as Cortes investigarem com “raio x” o crânio das partes para saber qual a sua real intenção. Não tem validade a reserva de assinar um contrato com os dedos cruzados, querendo não fazê-lo⁵¹.

Portanto, o que será analisado pelas Cortes Norte-Americanas na verificação da vinculação obrigacional das partes ou não é a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, trocas de correspondência, as atitudes e comportamentos, as circunstâncias que envolvem o caso, se se trata de uma relação continuada ou não. Como é típico do Common Law, os juízes respeitarão, em princípio, uma declaração das partes que, em sua negociação preliminar, afirmam não pretenderem se vincular.

Se a estrutura da formação do contrato (oferta e aceitação) é semelhante no Direito Contratual Brasileiro e no Norte-Americano, as regras do Common Law são diversas das do Código Civil Brasileiro sobre a validade da oferta e o momento de sua retirada ou revogação. Também há distinção sobre o momento em que é formado o contrato. Igualmente, há diferenças importantes sobre o protocolo de intenções (*memoranda of understanding ou gentlemen's agreements*) e o contrato de promessa ou preliminar⁵².

A oferta é definida pela doutrina norte-americana como a promessa firme e séria de formar um contrato com a aceitação do destinatário. No pragmatismo norte-americano: “[...] é o penúltimo ato antes da formação do contrato”; ela cria o “poder de aceitar o negócio”⁵³.

Enquanto a oferta não chegar ao conhecimento do destinatário

51 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 115.

52 CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, pp. 38 e segs.

53 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 219; e, na mesma linha, CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 31.

rio, como no Direito Brasileiro, o polícitante pode retratar-se, isto é, retirar a sua oferta (artigo 428, IV, do Código Civil) — *withdraw the offer*.

Mas o Common Law diverge no sentido de que, como o ofertante é dono da sua oferta (*master of the offer*), ele pode revogar (*revocation*) sua proposta até o momento em que o destinatário não a tenha aceitado. Note-se que essa revogação pressupõe que a proposta já tenha chegado ao conhecimento do polícitado. No Brasil, essa modalidade de revogação não é admissível. Essa hipótese feriria indiretamente os incisos II e III do artigo 428, que pressupõe a irrevogabilidade da oferta depois de ter chegado ao conhecimento do destinatário (por um prazo previsto em lei).

Agora, no Direito Norte-Americano, também a proposta perde a sua eficácia por decurso de prazo (*lapse*), quando feita à pessoa presente que não a aceitou imediatamente; bem como a proposta feita com prazo deve ser aceita dentro desse prazo, sob pena também de perda de eficácia; e, finalmente, a proposta feita sem prazo à pessoa ausente deve ser aceita em prazo razoável⁵⁴. É solução semelhante à do Direito Brasileiro nesse ponto de perda de eficácia da proposta ao longo do tempo (com a particularidade, já explicada, que, no Common Law, o proponente pode revogar proposta a qualquer momento, antes da aceitação).

Novamente, são as palavras e o comportamento das partes que indicarão a existência de um mero convite a contratar (*inviting an offer*) ou de uma proposta propriamente dita.

Diferentemente do Direito Brasileiro (artigo 429 do Código Civil e artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor), no entanto, a proposta feita ao público normalmente não gera obrigação legal, por carecer, no entender da jurisprudência norte-americana, dos requisi-

⁵⁴ Ver, a respeito, FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 129 e segs.; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 31.

tos de precisão e certeza; salvo quando ela puder ser individualizada, precisada e identificada⁵⁵.

A aceitação, no Common Law, é a vontade formadora do contrato. Ela significa a manifestação do poder de celebrar o contrato (ou seja, a contrapartida à oferta). Igualmente, não tem requisito formal e pode ser feita por um comportamento ou por uma declaração de vontade (*promise*) — a jurisprudência, no entanto, leva bastante a sério essa divisão e, normalmente, entenderá que o mero início de cumprimento do contrato ou de atos preparatórios à execução proposta poderá não ser suficiente para elidir direito do credor de revogar a proposta⁵⁶.

Dentro da teoria tradicional do Common Law, para que a aceitação tenha validade, ela deve se conformar exatamente com a proposta, sem alteração de qualquer elemento (significativo ou não), sob pena de ser interpretada como contraproposta (*counter-offer*) — é a doutrina do *mirror image rule*. Além disso, para ter eficácia, a oferta tem que ser séria e incondicional⁵⁷. Há aqui proximidade com o Direito Brasileiro, que exige também encaixe perfeito da aceitação com a oferta (artigo 431 do Código Civil), sob pena de a aceitação ser considerada nova proposta, embora a doutrina flexibilize a aceitação para os pontos elementares do contrato.

55 Ver o caso, relativamente recente, Leonard *versus* Pepsico, Inc. United States District Court, Southern District of New York, 1999. 88 F. Supp. 2d 116. O *leading case* no mundo do Common Law é o famoso Carlill *versus* Carbolic Smoke Ball Co., Corte de Apelações, Divisão da Rainha (Queen's Bench Division), (1893) 1 Q. B. 256. Nesse caso, o anúncio especificamente prometia um determinado valor em dinheiro para quem consumisse certa dose do remédio produzido pelo anunciante durante um período e contraísse gripe (*influenza*).

56 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 140 e segs.; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 71.

57 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 144; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 101.

Essa doutrina da *mirror image* gerou um problema, que foi denominado pela doutrina e jurisprudência estadunidenses de batalha dos formulários (*battle of forms*) — ou seja, quando as partes trocam minutas e ou formulários contratuais, algumas vezes no verso de documentos de embarque de mercadoria —, que seria resolvido pela última proposta aceita pelo comportamento da outra (*last shot, best shot*). A metáfora serve para o Direito Brasileiro, que também admite a aceitação por comportamento (mas tem proteção maior contra os ditos contratos de adesão e termos contratuais pré-impressos).

Para resolver a batalha dos formulários (*battle of forms*), o UCC, no seu artigo 2º, parágrafo 206, estabelece um complexo procedimento para a formação do contrato sem ser integralmente por escrito e sem que as partes tenham anuído sobre o texto do contrato. Em princípio, o contrato é formado quando uma parte aceita a proposta, ainda que a formalização disso na manifestação de vontade da parte destinatária não se coadune perfeitamente com os termos da proposta e mesmo que existam diferenças substanciais e não apenas formais (*material variations*) — alínea 1, parágrafo 206, artigo 2º. As diferenças substanciais constantes na aceitação seriam reputadas propostas na dicção do UCC (alínea 2, parágrafo citado). Mas essas não são normas de ordem pública e poderão (e mesmo deverão) ser modificadas pelas partes. E, pela alínea 3 do mesmo parágrafo, ainda que o texto da proposta e da aceitação não autorizem a extração de uma conclusão favorável à formação do acordo, o comportamento de ambas as partes sugerindo a conformação com o contrato implicará a possibilidade de as Cortes buscarem os pontos em comum entre a proposta e a aceitação. Trata-se da flexibilização da *mirror image rule* típica do Common Law pelo Direito Federal Legislado (UCC).

A par disso, no Common Law, o destinatário está juridicamente obrigado (formando-se, assim, o contrato) quando ele postar a aceitação (pode, na verdade, ser pelo correio aéreo, telegrama e, mais modernamente, fax, *e-mail*) — *mail box rule*, doutrina extraída

do famoso caso *Adams versus Lindself*⁵⁸. Depois disso, não poderá, legalmente, haver arrependimento.

Essa também parece ser a opção do Direito Brasileiro (artigo 434, *caput*) para a formação do acordo. Contudo, o artigo 434, I, combinado com o artigo 433, cria tamanha exceção que o mais correto seria dizer que a eficácia da aceitação só é plena quando a mesma chegar ao conhecimento do proponente. Isto porque, uma vez despachada a aceitação, pode haver desistência até o momento de a aceitação chegar ao conhecimento do destinatário.

Como no Direito Brasileiro (artigo 111), a regra do Common Law é a de que o silêncio não induz aceitação.

Uma armadilha do Common Law Norte-Americano é a de que qualquer oferta é revogável, a qualquer momento antes da aceitação. Por isso, uma mera declaração de irrevogabilidade da oferta não tem validade, pois não haverá *consideration* em contrapartida. A saída para as partes é negociar um contrato de opção (*option contracts*), que acabará admitindo a ficção legal de uma contraprestação criada pelas partes simbolicamente⁵⁹. No Brasil, a proposta, como declaração unilateral de vontade, é irrevogável, enquanto não expirar sua eficácia por decurso de prazo (artigo 427 do Código Civil).

Gentlement's agreement ou Memorando de Entendimentos (Memoranda of Understanding) é um documento firmado no início ou durante tratativas, normalmente estabelecendo que as partes não se obrigam a formalizar o contrato em processo de negociação. Essa declaração é respeitada pelas Cortes Norte-Americanas. O problema é se não houver essa declaração das partes. Nesse caso, a tendência dos tribunais é encarar a situação dentro do processo normal de oferta e aceitação, buscando julgar se há elementos suficientes para a sua caracterização (seriedade, clareza, detalhamento do negócio, etc.).

58 106 Eng. Rep. 250 (K. B. 1818).

59 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 177.

No Brasil, seria válida também aquela cláusula de não-obrigação de formalização do contrato definitivo, e é justamente isso que separa um memorando de entendimentos de um contrato preliminar (no qual há a obrigação de celebrar o contrato definitivo), como se percebe no teor do artigo 462 do Código Civil.

Ainda sobre as tratativas, no Brasil há obrigação de negociação de boa-fé durante a formação do contrato (artigo 422 do Código Civil). Embora a boa-fé esteja presente no UCC, essa mesma obrigação pré-contratual não existe, genericamente falando, no Direito Contratual Norte-Americano. Como corolário, no Direito Norte-Americano, não há, em princípio, responsabilidade civil pré-contratual. A ideia das Cortes daquele país é deixar as partes livres, sendo que a doutrina da boa-fé não se aplica à fase pré-contratual, nos Estados Unidos, como base para gerar um dever de responsabilidade civil pré-contratual (*precontractual liability* ou culpa *in contrahendo*)⁶⁰.

Também não é comumente aceito, no Direito dos Estados Unidos, o contrato preliminar (*agreement to agree*) no sentido que no Brasil é reconhecido pelo artigo 462 do Código Civil, ou seja, uma obrigação legal de celebrar o contrato definitivo.

3. Nulidades e ineficácias do contrato

O Direito Norte-Americano, com algumas diferenças que não valem apontar aqui, reconhece os mecanismos típicos do Direito codificado continental para anular um contrato: incapacidade das partes (*incapacity*, tanto a *minority* quanto à *mental*), dolo (*misrepresentation*), coação (*duress*), erro (*mistake*), com duas exceções, onde existem substanciais diferenças: (a) cláusulas abusivas e lesão (que se subsumiriam na cláusula geral de *unconscionability* do UCC); (b) cláusulas ou contrato em violação à ordem pública (*public policy*).

60 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 189.

Naqueles casos, as Cortes norte-americanas tendem a fazer um controle judicial dos contratos (*policy the contract*) com base na mesma ideia do Direito Brasileiro, ou seja, só devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico aqueles acordos livremente pactuados.

Sobre as cláusulas abusivas, o Direito Contratual Norte-Americano reconhece a doutrina dos contratos por adesão (*contract of adhesion*), mas admite efeitos muito menos amplos e severos para a continuidade do contrato (ou de sua cláusula) do que o Direito Brasileiro, que outorga muito mais poderes de revisão contratual ao magistrado, diante da reconhecida rigidez do Common Law em liberar as partes dos riscos assumidos pelas suas barganhas livremente conduzidas.

Para começar, a doutrina contratual norte-americana reconhece as enormes vantagens econômicas e sociais da uniformização dos contratos, que diminuem os custos de negociação e de formação de acordos de mercadorias e serviços padronizados no mercado (reconhecimento raro de ser encontrado nos juristas brasileiros, que, por sinal, costumam confundir contrato de adesão com cláusula abusiva)⁶¹. As Cortes estadunidenses chegam a aceitar, por exemplo, termos contratuais inscritos em termos padronizados, disponibilizados em contratos por *internet* ou em produtos embalados acompanhados de garantia (*click wrap agreements*)⁶², se os mesmos forem disponibilizados a tempo razoável de permitir uma reflexão sobre a compra ou não do produto⁶³. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a aceitar uma cláusula de eleição de foro inserta no verso de bilhete de passagem de navio⁶⁴.

61 COHEN. The basis of contract. *Harvard Law Review*, v. 46, 1933, p. 553.

62 Caspi *versus* Microsoft Network, 732 A2d 528 (N. J.).

63 Como apontou a Corte Federal de Nova Iorque: “[...] um contrato não é menos contrato porque formalizado por computador” (Forrest *versus* Verizon Communications, 805 A.2d 1007 (D. C. N. Y., 2002)).

64 Carnival Cruise Lines *versus* Shute, 499 U. S. 585.

Para exemplificar a resistência da doutrina contratual dos Estados Unidos à anulação de uma possível cláusula abusiva, vejamos a seguinte passagem de nada menos do que o relator do segundo Restatement: “As cortes ligadas na doutrina clássica dos contratos não têm sido receptivas aos argumentos de que as partes podem ser libertadas de cumprir suas obrigações com base na teoria dos contratos de adesão”⁶⁵.

A rigidez dos remédios típicos do Common Law é suavizada pelos remédios desenvolvidos pelas antigas cortes de *equity* para situações iníquas (*unconscionable*). Os dois principais casos (*leading cases*) citados de flexibilização do *pacta sunt servanda* são *Campbell Soup Co. versus Wentz*⁶⁶ e *Woollums versus Horsley*⁶⁷. No primeiro caso, um agricultor pactuou um preço para entrega da sua safra de cenouras, e uma mudança climática provocou uma escassez na oferta do produto e conseqüentemente um aumento substancial no seu preço no mercado (triplicando o preço da tonelada). Diante disso, o vendedor não honrou o contrato, e o comprador buscou o remédio de *equity* para garantir o cumprimento do contrato. A Corte julgou improcedente o pedido do comprador para garantir a execução específica do contrato, por considerar o contrato não equânime (*unconscionable*), já que redigido de maneira a favorecer o interesse de apenas uma das partes (*one sided*). No segundo caso, o tribunal isentou um vendedor de direitos minerais de cumprir um contrato de venda por conta de uma valorização no valor de mercado do objeto do contrato muito superior a 15 vezes o valor inicial pactuado.

Entretanto o fato de as Cortes norte-americanas não terem reconhecido o remédio típico de *equity* (que é o cumprimento específico) — como veremos abaixo — não significa que o mesmo tribunal não concederia indenização à parte prejudicada (que é o remédio tí-

65 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 287.

66 172 F.2d 80 (3dCir. 1948).

67 20 S.W. 781 (Ky 1892).

pico do Common Law) por infração contratual. Portanto, nos casos acima relatados, as partes compradoras acima prejudicadas que não receberam a mercadoria poderiam, em tese pelo menos, buscar em juízo a indenização pelos prejuízos experimentados; o que equivale a dizer que a cláusula ou o contrato tido como *unconscionable* não seria absolutamente nulo, como em casos brasileiros. O contrato apenas deixou de ser aplicado em sua totalidade para fins de cumprimento específico, sem que a Corte anulasse a cláusula tida como abusiva. No Brasil, a cláusula tida como abusiva seria anulada, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 424 do Código Civil e não haveria como a parte prejudicada pelo inadimplemento buscar indenização por quebra contratual.

A doutrina do *unconscionability* foi expandida da *equity* e transportada para o UCC, parágrafo 302, artigo 2º (e para o Restatement Second de Contratos) que dispõe:

Se a corte, ao discutir o mérito da causa, acreditar que o contrato ou qualquer cláusula do contrato tenha sido abusiva à época em que foi redigida, ela pode se recusar a determinar o cumprimento do contrato ou ela pode determinar a aplicação do contrato sem a cláusula tida como abusiva ou ela pode ainda limitar a aplicação da cláusula tida como abusiva para evitar um resultado injusto.

O comentário oficial do UCC adiciona:

O teste elementar (de abusividade) é saber se, à luz dos usos e costumes comerciais e da utilidade de determinada atividade ou negócio, as cláusulas em jogo são tão unilaterais nas circunstâncias existentes à época de formação do contrato.

O *leading case* que aplicou esse dispositivo legal foi *Williams versus Walker-Thomas Furniture Co.*⁶⁸, pelo qual a Corte entendeu, em tese, aplicável a doutrina da abusividade (*unconscionability*) de

68 350 F.2d. 445 (D. C. Circuit 1965).

uma cláusula de busca e apreensão da garantia em caso de inadimplemento num contrato de venda com reserva de domínio de um equipamento a um consumidor já endividado com a mesma companhia por conta de outros contratos com garantias cruzadas mútuas e com salário inferior ao das prestações.

A Corte assim definiu a *unconscionability*: “A abusividade tem sido admitida para situações em que não há significativa possibilidade de escolha para uma das partes, associada a uma disposição contratual irrazoavelmente favorável a outra parte (mais forte)”⁶⁹.

Normalmente, as Cortes desenvolveram um duplo teste para o reconhecimento da *unconscionability*: (a) um aspecto procedimental, no sentido de que houve equidade no processo de negociação do contrato, já que não se deu oportunidade de escolha ao aderente; (b) um aspecto substancial, no sentido de que o resultado dessa barganha desigual, não equânime, foi uma cláusula ou um contrato abusivo, ou seja, que dá vantagem irrazoável para apenas uma das partes⁷⁰.

Mas novamente se deve notar a diferença de abordagem das Cortes norte-americanas, que relutam muito em aplicar esse dispositivo legal a casos concretos julgados, diante de sua dificuldade em aceitar a possibilidade de se medir e aferir concretamente o real poder de barganha das partes, as opções de escolha, etc. Em síntese, as Cortes daquele país relutam em se valer de critérios de Justiça redistributiva. Pode-se inclusive dizer que a maior aplicabilidade dessa doutrina é em casos ligados a consumidores.

Em contratos empresariais e internacionais, a importância desse dispositivo legal tende a ser bastante diminuta. E, mesmo em Direito do Consumidor, a tendência do legislador norte-americano tem sido a de favorecer a divulgação e a publicação de informações, ao

69 350 F.2d. 449.

70 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 301.

invés de um tipo de proteção considerada “paternalista” e que invade o direito de escolha das partes, além de ser mais coerente com uma economia de mercado. Veja-se, nesse sentido, a conclusão de Farnsworth⁷¹:

[...] genericamente falando, os juízes têm sido cautelosos na aplicação da doutrina da abusividade [...] reconhecendo que as cortes não estão preparadas para lidar com problemas de iniquidade de distribuição de riqueza na sociedade.

O mesmo pode ser dito com relação à utilização pelas Cortes norte-americanas de mecanismos de controle da ordem pública (*public policy*). Novamente, há que se dizer que há muito mais resistência em monitorar e anular cláusulas contratuais com base no interesse público do que no Brasil. Isto porque, na opinião de importantes tradadistas (concebida a partir dos principais *leading cases*), o princípio de ordem pública mais importante na seara contratual é a proteção da liberdade contratual (*freedom of the contract*).

Para exemplificar a resistência à aplicação da doutrina da ordem pública no Common Law, vejamos a seguinte passagem do juiz inglês J. Burrough: “[...] a ordem pública é um cavalo indomável que quando montado você não sabe para onde ela o levará. Ela pode afastá-lo do melhor Direito. Ela só é alegada quando os demais argumentos falharam”⁷². Um outro dito de uma Corte inglesa ficou registrado pelo relator M. Jessel:

Não deve ser esquecido que você não deve estender arbitrariamente essas regras que dizem que um determinado contrato é nulo por ser contrário à ordem pública, porque se existe uma coisa que a ordem pública exige é que homens maiores e capazes devem ter a maior liberdade possível de contratar e que os seus contratos quando for-

71 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 301.

72 Richardson *versus* Mellish, 130 Eng. Rep. 294 (Ex. 1824).

mados voluntária e livremente devem ser considerados sagrados [*sacred*] e devem ser reconhecidos e aplicados pelas cortes de justiça.⁷³

Os casos de aplicação dessa doutrina da ordem pública pelas Cortes são cada vez mais diminutos e ficam concentrados em contratos de Direito de Família, jogos de azar, violação da concorrência e da ordem econômica e casos limite de Direito do Trabalho, ou de prática de delitos ou de atos negligentes. Antigamente, cláusulas que colidissem com normas processuais como as de eleição de foro e arbitrais eram tidas como violadoras da ordem pública. Contudo, esse posicionamento não mais vigora, e essas cláusulas hoje são reconhecidas pelas Cortes dos Estados Unidos como um imperativo da ordem econômica internacional⁷⁴.

Em resumo, praticamente nenhuma cláusula será considerada contrária à ordem pública nos Estados Unidos. Por exemplo, em princípio, são válidas a cláusula de exclusão de responsabilidade civil (com exceção de produtos defeituosos relacionados ao consumidor) e a cláusula de não-concorrência, quando uma empresa é adquirida, ou quando um sócio se retira da sociedade. Mesmo o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor não envolvem (com raras exceções, como salário mínimo, responsabilidade por fato do produto) normas de ordem pública que não possam ser revogadas pelas partes contratantes.

Curiosamente, uma das poucas cláusulas que rotineiramente tendem a ser anuladas é a de multa (*penalty clauses*), já que se entende que a parte que faz um contrato não deve receber mais do que o benefício econômico pelo qual barganhou. Pelo mesmo motivo, não se admitem, em regra, danos punitivos (*punitive damages*) em matéria contratual, como se verá. Já no Brasil, curiosamente, o artigo 408 do Código Civil admite as cláusulas penais, mas desde que seu valor

73 *Printing & Numerical Registering Co. versus Sampson*, L. R. 19 Eq. 462, 1875.

74 *Brehmen versus Zapata Off Shore Company*, 407 U. S. 1.

não ultrapasse o da obrigação principal, o que, de certa maneira, atinge o mesmo resultado.

Mesmo quando aplicada, a doutrina da proteção da ordem pública passa por um teste de razoabilidade, já que, ainda que uma determinada *public policy* conste expressamente de uma previsão legal, os tribunais resistem à anulação direta do contrato, sem passar por um crivo de prós e contras da validade do ato (como importância do tema, consequências da invalidade do ato para as partes, conduta das partes), sempre na tentativa de preservar o contrato em respeito ao *pacta sunt servanda*. De modo que dificilmente um contrato comercial elaborado por duas empresas sofrerá a interferência de uma Corte estadunidense em nome da ordem pública, já que a principal política pública na seara dos contratos seria justamente a proteção da liberdade das partes⁷⁵.

No Brasil, sabemos que os tribunais não agem da mesma maneira, até porque a ordem jurídica não é a mesma, e, infelizmente para o desenvolvimento dos negócios no País, igualmente não é a mesma a opinião dos juristas brasileiros, na maioria favoráveis à permeabilidade entre o Direito Público e o Direito Privado. No Brasil, as partes estão restritas em sua liberdade de contratar pelas normas cogentes do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, do Direito do Inquilinato, pelos princípios contratuais do Código Civil (artigos 166, 157, 187 e 421 e seguintes).

4. Inadimplemento contratual

O Direito Norte-Americano, como o Brasileiro, desenvolveu uma doutrina das condições (presentes no artigo 121 e seguintes do Código Civil), que são condicionantes da execução do contrato. Mas a doutrina das condições, no Common Law, é pouco mais ampla e é

75 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 336.

utilizada pelas Cortes para auxiliar a parte prejudicada por um inadimplemento, na linha interpretativa de que toda obrigação contratual tem implícita ou explicitamente uma cláusula que condiciona o cumprimento do contrato ao adimplemento obrigacional da outra parte.

É essa doutrina inclusive que permite à parte prejudicada se abster temporária ou definitivamente do cumprimento contratual (análogo à exceção de contrato não cumprido do artigo 476 do Código Civil ou da cláusula resolutiva tácita do artigo 474 do Código Civil) — chamado de *self-help remedy*. Portanto, essencialmente, esses *self-help remedies* são dois: (a) suspensão da execução do contrato; (b) resolução do contrato⁷⁶.

Analogamente ao Código Civil, artigo 394 e seguintes, o Direito Contratual dos Estados Unidos só admite a liberação do devedor (*discharged*) com o integral cumprimento da prestação devida (*fully performance*). Em princípio, qualquer nível de não-cumprimento, ainda que relativamente insignificante, remonta uma quebra contratual (*breach*) e, portanto, oferece subsídios para a aplicação da teoria das condições e os *self-help remedies*. Para evitar abusos no exercício desses direitos, as Cortes desenvolveram a doutrina do adimplemento substancial (*substantial performance*), que significa que, em situações específicas, se a parte pretender descumprir o contrato por conta de inadimplemento irrelevante da outra parte, a corte não aceitará essa atitude contrária à boa-fé.

O caso seminal é *Boone versus Eyre*⁷⁷, em que Lord Mansfield não admitiu que um comprador deixasse de pagar o preço contratado

76 Essas condições decaem em casos de *waiver* (renúncia do exercício do direito), *forfeiture* (situações de abuso e enriquecimento injustificado da parte) ou *breach* ou *repudiation* (violação positiva do contrato pela outra parte), que se nega a colaborar para a execução do contrato ou que alega que não cumprirá o acordo). Ver, a respeito, FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 502; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 513 e segs.

77 126 Eng. Rep. 160(a) (K. B. 1777).

da venda por insignificante inadimplemento contratual do vendedor (alguns escravos faltantes na propriedade, naquela operação típica que se poderia chamar, no Brasil agrário, de venda “porteira fechada”).

No Brasil, a melhor doutrina reconhece essa teoria do adimplemento substancial como reflexo do princípio da boa-fé objetiva em seu aspecto de limitador ao exercício de direitos subjetivos (como a resolução contratual), mas não se pode dizer que seja um remédio amplamente aplicado nos tribunais⁷⁸.

Nesse diapasão, o Direito Norte-Americano apenas considera, para fins de inadimplemento contratual absoluto (*breach of the contract*), uma quebra substancial do contrato (*substantial* ou *material breach*). Isto porque, como já dito, o contrato é uma troca econômica, portanto, a parte só pode pretender desfazer o contrato e obter indenização quando não obteve substancialmente o resultado econômico barganhado⁷⁹. Se ela já obteve substancialmente o benefício econômico do negócio, não há razão para rescindir o contrato. Inadimplementos insignificantes não devem ensejar o término antecipado do contrato, sob o risco do abuso de direito. Em havendo o exercício temerário ou abusivo do direito de extinguir o contrato, a parte que terminou equivocadamente poderá responder por perdas e danos.

Na esteira do Restatement Second, parágrafos 236-7, os dois *self-help remedies* devem ser aplicados com cautela para a parte prejudicada pelo inadimplemento e dentro de um critério pautado pela boa-fé. É assim que os tratadistas norte-americanos têm defendido a aplicação de um teste para avaliação da correção do comportamento adotado pela parte. É dito que esses remédios de autotutela devem

78 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever*. resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

79 Cary Oil MG Ref. & Mktg, 90 F. Supp. 2d 401 (S. D. N. Y. 2000).

ser vistos como etapas (*two-step analysis*)⁸⁰. O descumprimento de uma cláusula contratual induz, primeiramente, à possibilidade de suspensão do cumprimento da obrigação pela outra parte — dito descumprimento parcial ou *partial breach* —, e somente após um período razoável para corrigir o atraso (ou emendar a mora, *time to cure*), a parte estaria autorizada a resolver (*cancellation* ou mesmo *termination*) terminar — dito inadimplemento total ou *total breach*⁸¹. Note-se que, em ambos os casos, a parte prejudicada poderia buscar indenização em virtude de prejuízos experimentados, mas apenas na segunda hipótese o contrato seria extinto.

A legislação brasileira contém expressamente esses remédios de auto-ajuda em contratos nos artigos 474 e 475 do Código Civil (cláusula resolutiva tácita e a possibilidade de suspensão do cumprimento da obrigação). No entanto, para efeitos resolutórios, o Código não é claro nesse ponto, e o artigo 474 não é expreso no sentido de que apenas a quebra substancial do contrato é que daria ensejo à resolução. A melhor doutrina, contudo, tem defendido o mesmo que os tribunais norte-americanos com base tanto na boa-fé como limitadora ao exercício de direitos subjetivos como fundada na doutrina do abuso de direito (artigo 187 do Código Civil)⁸².

De outra parte, a doutrina brasileira classifica o inadimplemento em absoluto ou relativo, tal como os tratadistas e as Cortes dos Estados Unidos. O segundo toma o nome de mora e é regulado no artigo 394 do Código Civil e, o primeiro, no artigo 475 do Código Civil. O critério para separação de ambos é a utilidade ou interesse (prático e econômico) para o credor na execução da prestação presente no artigo 395, parágrafo único, do Código Civil. Também aqui apenas o inadimplemento absoluto daria margem à resolução contra-

80 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 560 e segs.

81 RW Power Partners *versus* Virginia Elec. & Power Co. 899 F. Supp. 1490 (E. D. Va. 1995).

82 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever: resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

tual, e, como no sistema norte-americano, em ambas situações de inadimplemento, caberia indenização à parte prejudicada (artigo 395, parágrafo único e parágrafo 475, do Código Civil)⁸³.

O Direito Norte-Americano admite também o reconhecimento de uma situação de quebra de um dever inerente à boa-fé (*breach of an implied duty*)⁸⁴ defendida também por parte doutrina brasileira com base no artigo 422 do Código Civil⁸⁵.

Situação análoga a essa, também resolvível no Brasil com base na boa-fé objetiva, é a hipótese de *anticipatory breach* ou *anticipatory repudiation*. O *leading case* dessa doutrina é *Hochster versus De la Tour*⁸⁶, no qual o réu foi acionado, por ter declarado que não cumpriria o contrato entabulado com o autor antes do prazo estipulado para o início da execução do negócio. De acordo com Farnsworth⁸⁷, o repúdio antecipado do negócio é: “[...] a manifestação por uma parte a outra que o declarante não cumprirá o contrato ou pelo menos alguma cláusula dele”. Naturalmente, dentro de uma ideia de razoabilidade, não precisaria a parte prejudicada ficar aguardando até o final do contrato para tomar as medidas legais que entender cabíveis. E o repúdio pode ser verbal ou por um comportamento de acordo com a nova versão do UCC, artigo 2º, parágrafo 610(2).

Semelhantemente ao Direito Brasileiro, o Direito Contratual dos Estados Unidos faz distinção entre término do contrato por inadimplemento e a hipótese de término imotivado do contrato (resili-

83 Para um aprofundamento sobre o tema, ver *Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor* (TIMM, Luciano Benetti, 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006c).

84 *Gatoil (USA) versus Washington Metro. Area Transit Auth.*, 801 F2d 451 (D. C. Cir. 1986).

85 DA SILVA, Jorge C. F. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

86 118 Eng. Rep. 922 (Q. B. 1853).

87 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 586.

ção unilateral operada pela via da denúncia, artigo 473 do Código Civil). Normalmente, as Cortes daquele país exigem um tempo necessário razoável de notificação prévia para a reorganização das atividades da parte prejudicada — tal como consta no UCC, artigo 2º, parágrafo 309 (3) —, sob pena de considerar nula a cláusula que permite a extinção do contrato por vontade das partes a qualquer momento. A razão para isso é faltar contraprestação (*consideration*) àquele direito de interrupção voluntária do contrato (*illusory promise*).

No Brasil, o parágrafo único do artigo 473 prevê algo semelhante ao UCC, permitindo à parte prejudicada pela denúncia imotivada do contrato buscar um remédio judicial para recuperar o investimento feito no negócio. Contudo, a jurisprudência norte-americana é mais conservadora e tende a interferir menos na liberdade das partes, em situações em que elas próprias definem aquele prazo razoável de notificação prévia⁸⁸.

Por fim, é importante comentar as hipóteses em que o incumprimento contratual não acarreta *breach* nem o pagamento de perdas e danos por descumprimento (aquilo que, no Direito Brasileiro, poderia ser caracterizado como caso fortuito e força maior, previstos no artigo 393 do Código Civil, e onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 do Código Civil).

O sistema do Common Law hoje reconhece — embora se repita aqui a sacralidade do *pacta sunt servanda* como regra geral — duas doutrinas desenvolvidas por precedentes judiciais. A primeira, da impossibilidade de cumprimento do contrato — porque o objeto pereceu (*impossibility*), semelhantemente aos artigos 235, 236, 393 do Código Civil (*impossibilium nulla obligatio est*). A outra doutrina é da *impracticability* ou *frustration*, que foi refletida no UCC e no

88 Por exemplo, em *Lindner versus Mid-Continent Petroleum Corp.*, 252 S. W. 2d 631 (Ark. 1952), a Corte do Arkansas admitiu um prazo de notificação prévia de 10 dias.

Restatement, Second, de Contratos. A última aproximar-se-ia (embora com destacáveis distinções) da onerosidade excessiva do artigo 478⁸⁹.

Durante muito tempo, vigorou um rígido entendimento exarado no famoso *Paradine versus Jane*: “[...] quando a parte por seu próprio consentimento cria para si um dever ou garantia, ela se obriga a fazê-lo bem, independentemente de qualquer acidente por inevitável necessidade, porque ela poderia ter previsto isso no contrato”⁹⁰. Poucas exceções foram concebidas pelo antigo Common Law, a saber: (a) se a obrigação a ser executada se tornou ilegal depois de pactuada⁹¹; (b) se a parte obrigada faleceu antes do cumprimento da obrigação⁹²; e, a mais importante de todas, (c) a hipótese de destruição ou deterioração derivada de um caso de força maior (*act of God*) que impossibilite o cumprimento⁹³.

O *leading case* sobre impossibilidade nesta última situação antes descrita é *Taylor versus Caldwell*⁹⁴. Trata-se de uma ação movida pelo locatário de uma casa de espetáculos por quebra contratual em virtude de o réu não ter disponibilizado o espaço locado por conta de um acidente com fogo que acabou destruindo o bem objeto do contrato, impossibilitando, assim, o cumprimento do acordo. A razão para a admissão dessa exceção à regra do *pacta sunt servanda* é a de que a Corte Real inglesa acreditou que as partes haviam contratado dentro da pressuposição de que o bem continuaria a existir, e seu desaparecimento acaba por liberá-las do adimplemento do pacto. É como se houvesse uma cláusula implícita de liberação das partes em

89 Ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 1.088; e FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 619.

90 *Paradine versus Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K. B. 1647).

91 *Abbot of Westminster versus Clerke*, 73 Eng. Rep. 59 (K. B. 1536).

92 *Hyde versus Dean of Windsor*, 78 Eng. Rep. 798 (Q. B. 1597).

93 *Williams versus Lloyd*, 82 Eng. Rep. (K. B. 1629).

94 *Taylor versus Caldwell*, 122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863).

caso de impossibilidade por perecimento do objeto. A doutrina foi consagrada no UCC, artigo 2º, parágrafo 613⁹⁵.

Além de adotada no UCC, essa doutrina acabou evoluindo nos Estados Unidos por conta de outro dispositivo do UCC, que é o artigo 2º, parágrafo 615, o qual dispõe que as partes ficam liberadas: “[...] se o cumprimento tal como acordado entre as partes se tornar impraticável (*impracticable*) pela ocorrência de uma perda (*contingency*) cuja não-ocorrência era uma presunção elementar das partes” — a qual, sem maiores alterações substanciais foi substituída no *Restatement Second*, Contracts, parágrafo 261.

As Cortes desenvolveram um teste para reconhecimento dessa hipótese de impraticabilidade (ou seja, de exclusão de responsabilidade civil) nos seguintes termos: (a) a execução da obrigação tenha tornado-se impossível; (b) as partes pressupunham que o evento em questão não ocorreria; (c) nenhuma das partes tenha concorrido com o evento; (d) que as partes não tenham alterado a previsão legal, estabelecendo outro nível de responsabilidade pelos eventos⁹⁶. É uma doutrina semelhante à da força maior (*force majeure*, prevista no artigo 393 do Código Civil).

A segunda hipótese de exclusão de responsabilidade civil por incumprimento é a doutrina da frustração (*frustration*) do contrato, a qual não se confunde com a impossibilidade ou com a impraticabilidade. Ela foi desenvolvida no caso *Krell versus Henry* pela Corte Real inglesa (*coronation case*)⁹⁷. Trata-se de uma ação em que o réu locou um apartamento do autor para ver o processo de coroação do novo rei. Entretanto, o evento foi cancelado e o réu deixou de pagar. A sua

95 “[há exoneração das partes se] o contrato exige para sua execução que as mercadorias estejam identificadas antes da formação do acordo e as mercadorias que sofrerem perda sem culpa de nenhuma das partes antes do risco da perda passar ao comprador”.

96 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 625.

97 2. K. B. 740 (1903).

atitude, conforme o entendimento do Tribunal, foi escusável, já que o objeto do contrato (o processo de coroamento) foi frustrado pelo cancelamento (*frustration of purpose*). Nos Estados Unidos, a doutrina foi aceita normalmente, sob o nome frustração superveniente (*supervening frustration*)⁹⁸ e consta do Restatement Second, parágrafo 265. O teste aplicado pelas Cortes Norte-Americanas é semelhante ao da doutrina da impossibilidade, alterando basicamente apenas o primeiro requisito, que seria uma frustração substancial do principal propósito da parte que alega a referida exceção. Portanto, nos dizeres de Farnsworth⁹⁹, a grande diferença entre uma e outra doutrina é que, na frustração, não é impossível o cumprimento do contrato.

É, portanto, uma teoria semelhante, como dito, à cláusula *rebus sic standibus* do artigo 478 do Código Civil, na qual a obrigação da parte também não se impossibilitou, mas tornou-se exageradamente onerosa. Como mencionado inúmeras vezes, as Cortes norte-americanas tenderão a ser muito mais conservadoras na aplicação dessa doutrina do que os tribunais brasileiros (pelo menos a Justiça Comum)¹⁰⁰. No mesmo diapasão, aquela Justiça resiste a uma revisão judicial dos termos pactuados, preferindo pôr termo ao contrato e recolocar as partes no *status quo ante a* celebração do contrato¹⁰¹, resistência esta inexistente no Brasil, diante da letra dos artigos 479 e seguinte do Código Civil (sendo conhecidos no País os casos dos juros bancários, dos contratos de soja verde, de *leasing* em dólar).

98 Ver Washington State Hop Producers *versus* Goschie Farms, 773 P.2d 70 (Wash. 1989).

99 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 634 e 635.

100 Por exemplo, “[...] a continuação das mesmas condições de mercado e financeira das partes não é uma presunção ordinária básica das partes”, conforme decidido em Groseth International *versus* Tenneco, 410 N. W. 2d. 159 (S. D. 1987); assim como “[...] uma dramática queda no mercado de equipamentos agrícolas resultando em redução de lucros não frustra os propósitos elementares do contrato”, segundo decidido em Karl Wendt Farm Equip. Co. *versus* International Harvest Co., 931 F2d 1112 (6th Cir. 1991).

101 Nessa esteira, ver Iowa Elec. Light & Power Co. *versus* Atlas Corp., 467 F. Supp. 129 (N. D. Iowa 1978).

5. Remédios por inadimplemento

O Common Law é fundamentalmente um sistema de remédios para casos concretos. Uma de suas mais características divisões é entre o Direito dos Contratos (*Contract Law*) e o Direito da Responsabilidade Civil (*torts*). É verdade que a parte prejudicada pelo inadimplemento contratual da outra parte terá como regra uma ação indenizatória, mas ele não se confunde com um remédio de *tort*, no qual a causa de pedir é a violação negligente de um dever geral ou especial de cautela e de não lesar os outros — algo análogo à *summa divisio*, no Civil Law, entre responsabilidade contratual e extracontratual, mas respeitada com mais rigidez nos Estados Unidos do que no Brasil¹⁰².

A quebra do contrato induz ao remédio típico de Common Law de indenização (*damages*), que pode contemplar três modalidades eventualmente combináveis: (a) *expectation damages* (lucros cessantes ou interesses positivos); (b) *reliance damages* (danos emergentes ou interesses negativos); (c) *restitution damages* (direito restitutivo)¹⁰³.

No primeiro caso (*expectation damages* ou lucros cessantes), que é a regra geral tipicamente nos países de sistema de Common Law, a parte prejudicada com o inadimplemento substancial da outra parte é colocada na mesma posição que estaria, caso o contrato tivesse sido cumprido, ou seja, a parte é indenizada pelo critério do resultado econômico de sua anterior barganha¹⁰⁴.

102 Para uma discussão sobre a teoria geral da responsabilidade civil norte-americana, um dos tratados clássicos é o de Keeton (KEETON, W. Page et al. *Prosser and Keeton on torts*, 5ª ed. St. Paul: West Publishing, 1984). Para uma rápida exposição, ver KIONKA, E. *Torts*. St. Louis: Thomson-West, 1999.

103 A adaptação do termo em inglês para o português não pode ser tomada como identidade entre os institutos jurídicos em questão. Nesse ponto, a tradução ao vernáculo tem mais o objetivo apenas didático de permitir uma associação com o Direito doméstico.

104 Ver, nesse sentido, o UCC, artigo 1, parágrafo 305 (a): “[...] os remédios disponibilizados devem ser oferecidos a fim de colocar a parte prejudicada na mesma posição como se a outra

Por isso, como dito, não se admitem, nos Estados Unidos, danos punitivos (aqueles em que o valor da condenação ultrapassa sobremaneira o valor da dívida, como forma de desestímulo a condutas socialmente indesejáveis) por descumprimento contratual, com exceção, basicamente, de matéria de contratos de seguro (negativa do pagamento de apólice), ou caso tenha sido praticado um ato negligente (*tort*) conjuntamente com o descumprimento do contrato¹⁰⁵.

Na mesma linha de entendimento, é, em princípio, inadmitida a condenação por danos morais (*moral distress*) em virtude da inexecução do contrato. Isso significa levar em conta o que a parte esperava lucrar, evidentemente computando o que gastou e o que deixou de gastar e de perder (simplificadamente, valor dos danos indenizáveis = lucro perdido + outros prejuízos – custo não incorrido – prejuízo evitado)¹⁰⁶. Por exemplo, é o recebimento do lucro esperado pelo distribuidor, caso o fabricante tivesse lhe entregue corretamente a mercadoria contratada, que seria vendida com uma determinada margem de lucro já calculada.

É uma regra semelhante aos lucros cessantes do Código Civil (interesses positivos), ou seja, o que a parte prejudicada pelo inadimplemento deixou de obter em virtude da quebra contratual. Contudo, os tribunais norte-americanos são mais precisos e detalhados, como lhe é peculiar, na composição da fórmula indenizatória e acabam permitindo um desconto do lucro com aquilo que a parte deixou de gastar face ao descumprimento.

Também os juízes norte-americanos exigem da parte prejudi-

parte tivesse adimplido”. Ver, no mesmo sentido, o Restatement, Second, parágrafo 344. Para o *case law*, ver *Contempo Design versus Chicago & Northwestern Ill. Dist. Council*, 226 F.3d 535 (7th Circuit 2000).

105 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 589.

106 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 768.

cada que busque mitigar seu prejuízo (“*duty to mitigate*”), tomando todas as atitudes que possam reduzir sua perda (como, por exemplo, buscar outra forma de adquirir a mercadoria que lhe seria fornecida pelo devedor inadimplente no mercado)¹⁰⁷. Esse tipo de exigência de mitigar não é feita no Brasil pelas Cortes (ainda que pudesse ser construída argumentativamente por meio indireto do princípio da boa-fé objetiva).

Em ambos os sistemas, brasileiro e norte-americano, os requisitos da ação indenizatória são semelhantes em alguns pontos: (a) não-escusabilidade; (b) prejuízo efetivo e não hipotético (por vezes, denominado de *certainty*)¹⁰⁸; e (c) causalidade fática entre o inadimplemento e o prejuízo gerado. No entanto, uma diferença aparece, quando o Direito Norte-Americano exige, para o reconhecimento da indenização, que o prejuízo seja previsível pela parte inadimplente (o que não é exatamente a mesma coisa que o requisito da culpabilidade do Direito Brasileiro, já que esta se dá frente à conduta e não frente ao dano). Explica-se. Desde o *leading case* *Hadley versus Baxendale*¹⁰⁹, as Cortes anglo-americanas limitaram as indenizações por quebra contratual e passaram a exigir um requisito de previsibilidade para a admissão de danos derivados do inadimplemento (*consequential* ou *special damages*), ao contrário dos danos diretos ou imediatos (*general damages*). No caso em questão, um empresário processou a transportadora que deveria levar para trocar, ou consertar, uma peça do seu moinho; sem a referida peça, o moinho parou. Como houve atraso no transporte, o empresário processou a transportadora por lucros cessantes e perdeu. A Corte rejeitou a ação indenizatória face à imprevisibilidade do prejuízo pela empresa contratada para o transporte.

Desse caso, foram extraídas duas regras fundamentais do Di-

107 Ver *Frechtown Square Partnership versus Lemstone, Inc.*, 791 N. E. 2D 417 (Ohio 2003).

108 O *leading case* aqui é *Griffin versus Colver*, 16 N. Y. 489 (1858).

109 156 Eng. Rep. 145 (1854).

reito Contratual do Common Law: (a) a parte prejudicada somente deve receber os prejuízos que derivarem normalmente do curso normal das coisas em decorrência do descumprimento mesmo do contrato; (b) só são considerados danos que ultrapasassem aqueles derivados do curso normal das coisas, se concebidos razoavelmente pelas duas partes quando da formação do contrato (ditos *consequential damages*)¹¹⁰. Essa regra foi reescrita no Restatement Second, parágrafo 351¹¹¹.

As Cortes estadunidenses, excepcionalmente, ainda podem reconhecer tão-somente os “danos emergentes” (ou interesses negativos, para ser mais preciso), denominados de *reliance damages*, para situações em que normalmente é difícil comprovar os lucros cessantes (justamente porque protege a confiança da parte no contrato e no cumprimento da obrigação da outra parte). Envolve despesas de preparação para o cumprimento obrigacional da parte prejudicada (*essential reliance*) — é o financiamento bancário assumido pelo distribuidor para pagar as mercadorias do fabricante —, bem como custos incidentais com transações acessórias (*incidental reliance*) — é a contratação de espaço para acondicionar a mercadoria que será enviada pelo fabricante em um contrato de distribuição, por exemplo. Assim, as partes serão colocadas na mesma posição, caso não tivessem feito o contrato, ou seja, indenização pelos danos gerados pela confiança que uma parte depositou na outra para a realização do contrato¹¹².

110 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 593 e segs.; e FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 793.

111 “Não são indenizáveis aqueles prejuízos que a parte inadimplente não tinha razões para prever como provável resultado do seu incumprimento quando o contrato foi feito”.

112 Aqui, o texto clássico é *The reliance interest in contract damage* (FULLER; PARDUE, 1936-7, p. 52). Ainda ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4ª ed. New York: Aspen, 2004, pp. 732-733; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 591-592.

Por fim, as Cortes podem reconhecer o direito de restituição (*restitution damages*), que é a colocação das partes no *status quo ante* a contratação, vale dizer, as partes são colocadas na mesma posição anterior à celebração do contrato, devendo a parte que recebeu o preço restituir (*to disgorge*) o que recebeu sob pena de enriquecimento ilícito (*unjust enrichment*)¹¹³. No Código Civil Brasileiro, semelhante solução aparece nos artigos 876 e seguintes, sobre pagamento indevido, e 884 e seguintes, sobre enriquecimento sem causa.

Apenas excepcionalmente — ao contrário do que ocorre no Brasil (Código de Processo Civil — CPC, artigos 460 e 461) —, as Cortes admitem o remédio de *equity*, que é o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), pois a regra é a resolução do contrato por perdas e danos. A execução específica caberia em caso de infungibilidade do bem objetivo do contrato e para direitos reais (já que, normalmente, se entende que há infungibilidade do bem imóvel). Essa regra geral do Direito Norte-Americano tem sido justificada tanto por argumentos jurídicos e constitucionais ligados à liberdade individual de que ninguém poder ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo contra a sua vontade (nem por uma Corte de Justiça), por argumentos de eficiência econômica (não ocupar Cortes com processo custoso de substituição da parte pelo juiz, que passará a administrar e fiscalizar o contrato), bem como pela polêmica tese sobre o descumprimento contratual eficiente — *efficient breach* —, no sentido de que a parte deve ser deixada livre para descumprir o contrato, se o seu benefício econômico ultrapassar o custo de cumprimento, podendo, com isso, indenizar a parte prejudicada e ainda obter uma vantagem¹¹⁴.

113 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 734.

114 EISENBERG, M. e FULLER, Leon P. *Basic contract law*, 8^a ed. St. Paul: Thomson —West, 2001, pp. 209 e segs.

Por fim, o Direito Contratual Norte-Americano tem certa dificuldade com a aceitação da “cláusula penal” (*penalty clauses*). Isto porque, como já dito, a parte só deve receber o benefício econômico de sua barganha e não mais que isso, de modo que as Cortes daquele país não admitem facilmente punições por descumprimento. As cláusulas penais apenas serão admitidas, se concebidas como forma de pré-liquidação de perdas e danos (*liquidated damages*). No Brasil, a doutrina discute o âmbito de aplicação dos artigos 408 e seguintes do Código Civil, que tratam da cláusula penal. Não cabe aqui enfrentar essa discussão, sendo certo que existem razões para defender que, mesmo no sistema legal brasileiro, a cláusula penal não poderia ultrapassar o benefício econômico auferido pela barganha das partes, como atesta o artigo 412 do Código Civil¹¹⁵.

115 Ver, por todos, CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 639 e segs.

BOLETO BANCÁRIO, DUPLICATA ELETRÔNICA E SEU PROTESTO

BANK SLIP, VIRTUAL “DUPLICATA” AND ITS PROTEST

Domingo Pietrangelo Ritondo

Resumo: O presente artigo apresenta um estudo sobre o boleto bancário e a duplicata eletrônica, realçando suas diferenças conceituais, para demonstrar a legalidade do protesto extrajudicial da duplicata por indicação, a partir de dados enviados ao Tabelionato de Protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica.

Palavras-chave: boleto bancário. Duplicata eletrônica. Protesto.

Abstract: This article presents a study on the bank slip and the virtual titles of credit called “duplicata”, enhancing their conceptual differences, to demonstrate the legality of “duplicata” extrajudicial protest by referral through data sent to the Notary by magnetic or electronic recording.

Keywords: Bank slip. “Duplicata eletrônica”. Protest.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Boleto bancário. 3. Duplicata eletrônica. 4. Protesto da duplicata eletrônica. 5. Conclusão.

1. Introdução

O assunto a ser tratado neste artigo provoca muita divergência na doutrina e na jurisprudência, inclusive em razão de equívocos na

conceituação de documentos distintos, que frequentemente são confundidos, como o faz Nancy Raquel Felipetto Malta, ao afirmar categoricamente ser boleto bancário o mesmo que duplicata eletrônica, também chamada de escritural e, coloquialmente conhecida como *virtual*¹.

2. Boleto Bancário

O surgimento do boleto bancário se deu em razão da natureza dinâmica das práticas comerciais, na incessante busca de assimilar as inovações tecnológicas para o aprimoramento dessas práticas, adaptando-se ao mercado de consumo em grande escala.

Nessa busca, a informática aparelhou as empresas com instrumentos capazes de diminuir significativamente o trânsito e o arquivamento de papéis, facilitando enormemente a comunicação entre os agentes do comércio e permitindo a realização de transações mercantis instantaneamente, ainda que os contratantes estivessem separados por longas distâncias.

Fábio Ulhoa Coelho retrata muito bem essa evolução tecnológica ao afirmar:

Não é novidade para ninguém, neste final de século, que o meio magnético vem substituindo paulatinamente e decisivamente o meio papel, como suporte de informações. O registro da concessão, cobrança e cumprimento do crédito comercial não fica, por evidente, à margem desse processo. Que dizer, os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não têm se valido do documento escrito para registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações acerca do crédito concedido exclusivamente em meio magnético, e apenas por este meio as mesmas

1 MALTA, Nancy Raquel Felipetto. *A Legitimidade do Protesto e da Execução do Boleto Bancário*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 17.

informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimo ou controle e cobrança do cumprimento da obrigação pelo devedor. Apenas uma pequena margem de empresários ainda se vale do cheque pós-datado, da duplicata efetivamente emitida ou da nota promissória como meio de documentação da operação creditícia².

Cabe ainda registrar que, diferentemente do que afirma Ermínio Amarildo Darold, em sua obra intitulada *Protesto Cambial*³, tais práticas não favorecem apenas bancos e credores, visto que os devedores, antes vinculados a um lugar determinado para pagamento, são enormemente beneficiados pela facilidade de poder quitar seus débitos em qualquer banco ou lotérica, supermercados e algumas drogas, havendo ainda a opção de pagamento pela *internet*.

Outro fator benéfico do progresso da informática para o devedor, que em última instância arca com as despesas realizadas pelo credor para recebimento de seu crédito, foi alcançado com a considerável redução dos custos operacionais de cobrança, tendo em vista a eliminação do trânsito físico dos documentos.

Atento a essa evolução e atuando dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº. 4.595/1.964, que dispõe sobre as instituições monetárias, bancárias e creditícias do País e cria o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil instituiu a ficha de compensação do bloqueto bancário, por meio da Carta Circular nº. 2.414/1.993, que era obrigatória originariamente para os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. Posteriormente, tal obrigatoriedade foi ampliada para todo o território nacional.

Nesse sentido e com o objetivo de aprimorar a utilização do boleto bancário, outros atos administrativos foram emitidos, dos

2 COELHO, Fábio Ulhoa. O Desenvolvimento da Informática e o Desatualizado Direito. *Boletim Informativo Saraiva*, São Paulo: Ed. Saraiva, nº 1, 1996.

3 DAROLD, Ermínio Amarildo. *Protesto Cambial*. Curitiba: Juruá, 2004, p.37.

quais se pode extrair o seguinte conceito do também chamado bloqueto bancário, bloqueto de cobrança ou aviso de cobrança: documento emitido em conformidade com o modelo estabelecido pelo Banco Central e utilizado para fins de registro de dívidas em cobrança nas instituições financeiras, relacionadas com operações de compra e venda ou de prestação de serviços, de forma a permitir o pagamento da dívida em instituição diversa da cobradora.

3. Duplicata Eletrônica

Como acontece normalmente no Direito Empresarial, os costumes frequentemente precedem as leis e sua força pode claramente ser sentida ao se considerar a possibilidade de assentamento de usos e práticas mercantis na Junta Comercial, de acordo com o artigo 337 do Código de Processo Civil e os artigos 87 e 88 do Decreto nº. 1.800/1.996.

Desse modo, em consonância com a evolução tecnológica do mundo moderno, o uso da chamada duplicata eletrônica, onde inexistente documento impresso em papel, foi precedente para a louvável inovação legal trazida pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.492/1.997, *in verbis*:

Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.

Inicialmente, o envio das indicações a protesto das duplicatas era excepcional. Com o passar dos anos, esse quadro modificou-se totalmente e a recepção de dados dos títulos por meio eletrônico tornou-se a regra nos Tabelionatos de Protesto.

Conjugando-se o dispositivo acima transcrito com o parágrafo

único do artigo 22 da mesma Lei, que dispensa a transcrição literal do título no registro e no instrumento do protesto, sempre que o Tabelião conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida, obtém-se a base legal para sustentar a existência da duplicata eletrônica e a possibilidade de seu envio a protesto por indicações.

Assim, recepcionada a duplicata escritural por indicação, ela fica gravada no sistema informatizado do Tabelionato e passa a fazer parte dos seus arquivos, sendo em seguida reproduzida em papel para instrumentalizar o protesto, como expressamente determina a Lei.

Paulo Salvatori Frontini, utilizando como exemplo o ocorrido com a duplicata, faz pertinente observação que merece ser transcrita:

Os Títulos de crédito e outros títulos circulatórios, a exemplo do que já aconteceu com a duplicata, seguirão a técnica operacional de circulação informatizada do crédito. Se e quando surgir um problema (inadimplência, execução cível, pedido de falência) o título será impresso, para ganhar base física. Os usos e costumes caminharão – e, após eles, por certo a lei o fará – no sentido de instituir formas extracartulares de aceite e coobrigação. Não nos esqueçamos: no Direito Comercial as práticas comerciais geralmente antecedem a legislação⁴.

Consolidando essa realidade incontestável, o Código Civil, em seu artigo 889, § 3º, reforçou o que já vinha sendo praticado largamente no meio empresarial, nos seguintes termos:

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

4 FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de Crédito e Títulos Circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, nº 730, p. 50-67, agosto/1996, Ed. RT.

Acrescente-se que o vendedor emitente de duplicata está obrigado a possuir e escriturar o Livro de Registro de Duplicatas, segundo o que determina o artigo 19 da Lei nº. 5.474/1.968.

Nesse sentido, o princípio da cartularidade, verdadeiro dogma do Direito Cambiário, foi mitigado pela utilização de títulos de crédito desprovidos de cártula, adaptando-se ao necessário e inexorável avanço tecnológico posto à disposição dos contratantes nos dias atuais.

Feitas essas considerações, a duplicata, título genuinamente brasileiro, com origem no Código Comercial de 1850, pode sucintamente ser conceituada como um título de crédito causal proveniente de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, nos moldes dispostos nos artigos 2º e 20 da Lei 5.474/1.968. A partir desse conceito, a adjetivação da duplicata como eletrônica somente lhe acrescenta a noção de que o título existe apenas na memória do computador e nos registros dos livros obrigatórios do empresário.

Como se pode facilmente perceber, os conceitos dos dois instrumentos não coincidem, pois a duplicata eletrônica é uma espécie de título de crédito regulada pela Lei nº 5.474/1.968 e o boleto bancário não tem essa qualificação, por ser apenas um documento representativo de crédito criado pelo Banco Central com a finalidade de registrar dívidas em cobrança.

4. Protesto da Duplicata Eletrônica

O protesto por indicação para os casos não previstos no §1º do artigo 13 da Lei nº. 5.474/1.968 é alvo de acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. No entanto, como adiante será demonstrado, tal procedimento pode ser aplicado tanto às duplicatas com suporte físico quanto às duplicatas eletrônicas.

A corrente doutrinária que intransigentemente procura contrapor-se ao natural desenvolvimento tecnológico, aliado ao compatível

processo de evolução do ordenamento jurídico, nega terminantemente a validade dos títulos de crédito eletrônicos, não obstante a permissão expressa contida no § 3º do artigo 889 do Código Civil, e, por via de consequência, do mesmo modo nega a possibilidade do respectivo protesto.

Ermínio Amarildo Darold, posicionando-se radicalmente contra esse tipo de protesto, elabora seu entendimento da seguinte forma:

A lei somente autoriza o protesto por indicação de duplicata quando remetida ao sacado para aceite e este não a devolve. Logo, para que possa o requerente do ato moratório valer-se da hipótese excepcionalíssima do protesto por indicação, tem de demonstrar que existe uma duplicata da qual é portador e que dela se encontra privado porque, remetida ao sacado para aceite, não lhe obteve a devolução. Sem a prova de tais requisitos, impossível o protesto por indicação, porque, a uma, equivaleria abolir-se a apresentação do título para o ato de constrangimento; a duas, suprimiria ao tabelião as condições de análise dos requisitos formais, e a três, instalaria presunção de veracidade à simples palavra de alguém em prejuízo de outrem, esbarrando nas garantias constitucionais antes mencionadas⁵.

De forma semelhante, apresenta-se o pensamento de Jean Carlos Fernandes, que assim se pronuncia:

O apontamento a protesto de títulos de crédito ou outros documentos de dívida é um direito legítimo do credor, porém tal direito tem se constituído em verdadeiro “abuso de direito, extorsão, chantagem, forma violenta e indevida de cobrança e meio de intimidação contra o cidadão e empresas que muitas vezes nada devem ou, se devem, querem discutir o crédito”.

É nesse cenário que se identifica o protesto do boleto bancário, cuja

5 DAROLD, Ermínio Amarildo. *Protesto Cambial*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 56-57.

realização não arreda a responsabilidade das pessoas envolvidas com o ato cartorário, as quais, impulsionadas pelo lucro ávido, prescindem das cautelas legais, preferindo aliar-se à prática fraudulenta, num ritual execrável.

Em sua maioria, os negócios empresariais dependem das relações creditícias, as quais, seja qual for a causa do protesto, ficam abaladas quando esse ocorre. Por isso, o uso indiscriminado do protesto como meio de coação do devedor, ou daquele que muitas vezes nada deve, precisa ser cercado de cautelas, punindo os abusos e responsabilizando civil e criminalmente as pessoas envolvidas com o ato notarial⁶.

Em posição diametralmente contrária à dos dois doutrinadores acima citados, encontra-se a opinião de Sérgio Luiz José Bueno, quando afirma:

É grave e injustificável equívoco afirmar-se que estão sendo protestados boletos bancários e algumas decisões baseiam-se nessa assertiva para dizer indevido o protesto. Obviamente tais documentos não podem ser protestados, mas o que se protesta é a duplicata apresentada por meio de indicações. Mesmo que o boleto possa guardar semelhança física com a materialização das indicações, não são a mesma coisa e um exame superficial dos documentos demonstrará as diferenças. Quanto às semelhanças físicas, são inevitáveis, pois o boleto contém informações coincidentes com aquelas lançadas na duplicata que o originou⁷.

Defendendo com grande propriedade a corrente favorável à possibilidade de protesto de duplicatas eletrônicas, Fábio Ulhoa Coelho faz as seguintes observações:

6 FERNANDES, Jean Carlos. O Abuso de Direito no Protesto de Boleto Bancário. In: *Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial*, vol. V. WALD, Arnold (organizador). São Paulo: RT, 2011, p. 913-914.

7 BUENO, Sérgio Luiz José. *O Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida. Aspectos Práticos*. Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 56.

O registro do crédito em meio eletrônico (processo que se chama, às vezes, desmaterialização dos títulos de crédito, numa referência ao abandono do papel como suporte) tem despertado diversas questões para o direito cambiário. Algumas essenciais, em que a própria sobrevivência do regime jurídico, ou pelo menos de seus princípios da cartularidade e literalidade, é posta em dúvida (Cap. 10; cf. Abrão, 1975; Frontini, 1996).

(...)

Para mim, o direito positivo brasileiro, graças à extraordinária invenção da duplicata, encontra-se suficientemente aparelhado para, sem alteração legislativa, conferir executividade ao crédito registrado e negociado apenas em suporte eletrônico.

(...)

Ao admitir o pagamento a prazo de uma venda, o empresário não precisa registrar em papel o crédito concedido; pode fazê-lo exclusivamente na fita magnética de seu microcomputador. A constituição do crédito cambiário, por meio do saque da duplicata eletrônica, se reveste, assim, de plena juridicidade. Na verdade, o único instrumento que, pelas normas vigentes, deverá ser suportado em papel, nesse momento, é o Livro de Registro de Duplicatas. A sua falta, contudo, só traz maiores consequências jurídicas caso decretada a falência do empresário. No cotidiano da empresa, portanto, não representa providência inadiável.

O crédito registrado em meio eletrônico será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Pela internet, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita – abatidos os juros contratados – o seu valor na conta de depósito do empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata eletrônica. De posse desse boleto, o sacado precede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco do país. Em alguns casos, quando o devedor tem o

seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica.

Se a obrigação não é cumprida no vencimento, os dados pertinentes à duplicata eletrônica seguem, em meio eletrônico, ao cartório de protesto (Lei n. 9.492/97, art. 8º. Parágrafo único). Trata-se do protesto por indicações, instituto típico do direito cambiário brasileiro, criado inicialmente para tutelar os interesses do sacador, na hipótese de retenção indevida da duplicata pelo sacado. Não há, na lei, nenhuma obrigatoriedade do papel como veículo de transmissão das indicações para o protesto, de modo que também é plenamente jurídica a utilização dos meios informáticos para a realizar⁸.

Considerando a divergência doutrinária observada no posicionamento dos diferentes autores acima citados, é oportuno de antemão esclarecer que realmente ocorrem fraudes por parte de certos apresentantes, mas sua incidência é proporcionalmente muito pequena. O sofisticado sistema bancário nem sempre é suficiente para detectar e impedir que se apresentem títulos ou documentos de dívida ilegais a protesto, mas é absurdo imaginar, como foi sugerido em um dos textos acima transcritos, que bancos e cartórios compactuem com qualquer prática fraudulenta.

Para demonstrar empiricamente a pequena ocorrência de protestos questionados judicialmente, colheram-se dados estatísticos diretamente do sistema informatizado do 2º Tabelionato de Notas e de Protesto de Títulos de Chapecó, Serventia localizada em uma cidade de quase duzentos mil habitantes e com boa movimentação financeira, no período de abril de 2.010 a março de 2.011, bem como do 3º Tabelionato de Protesto de Títulos de Belo Horizonte, no ano de 2.012, que mostraram os seguintes resultados: no Tabelionato de Chapecó, o percentual encontrado de títulos sustados ou suspensos

8 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de Empresa*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 539-540.

judicialmente em relação aos apresentados a protesto foi de 0,33 %; no outro, foi de 0,56 %.

Confirmando esses números, o Levantamento Mineiro do Protesto Extrajudicial – Edição 2012, promovido pela SERJUS e pela ANOREG-MG conjuntamente, obteve o seguinte resultado, para os anos de 2007 a 2011:

Em todos os anos investigados pela pesquisa, a soma de registros obstados por sustação ou suspensos por ordem judicial manteve-se abaixo de 0,50%, demonstrando que a litigiosidade associada a esse meio de recuperação do crédito é extremamente reduzida⁹.

Como se pode ver, os percentuais obtidos na pesquisa de campo indicam claramente que a quantidade de casos judicializados é ínfima, o que demonstra a eficiência do procedimento do protesto de duplicatas eletrônicas.

Essa eficiência pode também ser sentida ao se examinar o grande percentual de títulos pagos ou retirados em virtude de acordo entre as partes nos três dias posteriores à intimação do devedor, que chega a 70,26 % no 2º Tabelionato de Notas e de Protesto de Títulos de Chapecó e 67,53 % no 3º Tabelionato de Protesto de Títulos de Belo Horizonte.

Acrescente-se a esses dados a seguinte informação fornecida por Umbelino de Souza Neto¹⁰:

Especificamente em Campos dos Goytacazes — RJ, em uma quantidade de 6.070 (seis mil e setenta) títulos ou documentos de dívidas apresentados para o protesto durante o ano de 2004 (dois mil e qua-

9 ABREU, Helton de. Eberle, Simone. Delineando o Perfil do Protesto Notarial em Minas Gerais: Resultados do Levantamento Mineiro do Protesto Extrajudicial — Edição 2012. *Revista Autêntica*, Belo Horizonte, edição 9, p. 34, maio/2013, Ed. Esnor.

10 SOUZA NETO, Umbelino de. *Protesto Extrajudicial: questões atuais*. S. Leopoldo: Oikos, 2007, p. 34.

tro), no 11º Ofício, precisamente 2.532 (dois mil quinhentos e trinta e dois) não foram pagos dando ensejo ao ato de protesto. A satisfação dos créditos, excluídos os títulos ou documentos retirados pelo credor antes do terceiro dia (que ficou em torno de 19% — dezanove por cento), atingiu o percentual de 41% (quarenta e um por cento) de títulos ou documentos pagos no cartório de protesto, cuja solução é apresentada ao credor em cinco dias úteis. Significa que 40% (quarenta por cento) dos títulos e documentos não são pagos nos três dias. Nos grandes centros, em especial na cidade do Rio de Janeiro, os números são semelhantes. Fonte : 11º Ofício de justiça de Campos dos Goytacazes – RJ.

Mais uma vez, confirmando os dados de eficiência apontados acima, o Levantamento Mineiro do Protesto Extrajudicial – Edição 2012 apresenta o seguinte resultado, para os anos de 2007 a 2011:

A primeira conclusão que os dados da pesquisa permitem é impactante: de mais de 200.000 títulos e documentos de dívida pesquisados ano a ano, mais de 160.000 tiveram o débito solucionado até o momento da pesquisa, o que demonstra um índice de solução de débitos próximo a 80%. Outro dado é ainda mais surpreendente: do volume de débitos solucionados nos tabelionatos de protesto, mais de 60% tem sua solução no exíguo prazo de três dias¹¹.

É importante observar que as ocasionais ações criminosas, perpetradas na apresentação de títulos a protesto, não são justificativas para impedir a utilização dos recursos tecnológicos modernos e para desprezar uma interpretação das normas condizente com seus objetivos sociais, desconsiderando as necessidades práticas da vida. Cabe, isso sim, à Polícia investigar os crimes e ao Judiciário punir os culpados, sem prejudicar terceiros e invalidar os enormes benefícios proporcionados pelo protesto por indicações da duplicata eletrônica.

11 ABREU, Helton de. Eberle, Simone. Delineando o Perfil do Protesto Notarial em Minas Gerais: Resultados do Levantamento Mineiro do Protesto Extrajudicial — Edição 2012. *Revista Autêntica*, Belo Horizonte, edição 9, p. 24, maio/2013, Ed. Esnor.

Vale lembrar, ainda, que os eventuais prejudicados por protestos indevidos sempre têm à sua disposição meios legais de contraposição a essas irregularidades, com manejo de ações judiciais, no intuito de sustar, suspender ou cancelar tais protestos.

Para se desprender da interpretação literal da Lei das Duplicatas, que, em seu artigo 13, §1º, só admite o protesto por indicações no caso de falta de devolução do título, deve-se compreender que o legislador, à época da feitura da Lei, não tinha como prever o futuro e antever a espantosa evolução tecnológica desencadeada pela informática, conjugada com as novas práticas mercantis, sempre em crescente desenvolvimento.

Sendo assim, a norma deve ser interpretada em sintonia com os avanços socioeconômicos ocorridos desde então, considerando que ela ganha vida própria depois de sua criação e deixa de ser uma coisa morta e fechada em si mesma para se adaptar às exigências da vida social.

Essa hermenêutica, como facilmente se conclui, coaduna-se perfeitamente com a doutrina que defende a legitimidade do protesto de duplicatas eletrônicas, por ser receptiva a novas ideias e capaz de perceber que a interpretação dos preceitos legais é mutável no tempo e deve inexoravelmente se curvar às necessidades sociais, sem apego a entendimentos ultrapassados.

Sobre esse assunto, preciosos são os ensinamentos deixados por Eduardo Espínola, que abaixo se reproduzem:

Atenda-se, ainda, a que há uma profunda verdade na afirmação – que, uma vez emanada, a lei se destaca do pensamento, que lhe deu origem, para adquirir um sentido objetivo, um pensamento, um conteúdo, seus próprios – *mens legis*.

Por uma lei sociológica, cuja força se faz sentir invariavelmente, toda entidade orgânica e viva, como lei o é indiscutivelmente, sofre, no contato com a vida social, a influência do meio social, trans-

formando-se, alterando-se, modificando-se, à medida que este se modifica, altera e transforma.

Faz-se mister, pois, compreender a norma jurídica como um fenômeno social, que atua na plena efervescência da vida das sociedades, que se dobra ao jugo das necessidades, que vão emergindo dessa vida, incessantemente. Não podem as relações sociais, pela exuberância e pela rebeldia da sua natureza, sujeitar-se a ficarem manietadas pelo espartilho de aço, que lhes queiram aplicar preceitos atrasados; se isso fosse possível, todas as aspirações da vida real seriam esmagadas, o comércio jurídico ficaria entravado e a ordem jurídica, falhando à sua missão de, com a sábia disciplina, incrementar o progresso das sociedades, transformar-se-ia num entrave, num deplorável elemento constritor. As concepções jurídicas transformadas têm de, necessariamente penetrar o espírito do intérprete, com o que, fatalmente, há uma transformação, um aumento, ou uma diminuição, do conteúdo de cada preceito, na correspondência das mudanças operadas nas relações sociais, extinguindo-se umas, outras se criando.

Ora, se a finalidade última da ordem jurídica é assegurar a realização dos ideais de justiça e de utilidade social, em que se consubstancia o bem-estar geral, não seria possível dar-lhe uma satisfação real, com o apego ao sentido que, para a lei, resultou da consideração do seu fim prático, no momento em que foi ela editada, sem atender às exigências sociais mudadas; sendo essas mesmas exigências que revelam o fim social do preceito, logo se verifica que conseqüentemente à sua transformação, também se operou uma alteração do fim prático da norma, a que se deve atender, sob pena de não alcançar a atuação do sistema jurídico aquele escopo supremo.

Assim, entendendo-se poder a explicação da norma jurídica ser obtida, com a maior precisão, mercê dos elementos objetivos, exame da natureza da relação, a disciplinar pelo preceito, no confronto com as necessidades sociais e com a natureza positiva das coisas –, tem de ser, naturalmente, permitido ao aplicador modificar a interpretação, que lhe vinha sendo dada, a adaptá-la ao fim, que se apresenta como

verdadeiro e real, toda a vez que a vida, no seu evoluir constante, revelar uma desarmonia, entre o fim prático, até então reputado como sendo o seu, e o que lhe atribui a natureza das coisas modificadas¹².

Analisando-se de forma específica os argumentos que normalmente são colocados como obstáculos à validade do protesto de duplicatas eletrônicas, deve-se considerar, de início, que o aceite pode ocorrer com a aposição da assinatura do devedor no próprio título; por comunicação escrita, de acordo com o § 1º do artigo 7º da Lei 5.474/1.968; ou de forma tácita, também chamada de presumida, que resulta da comprovação da entrega e recebimento das mercadorias, conjugada ao fato de o sacado não ter recusado o aceite pelos motivos constantes nos artigos 7º e 8º Lei 5.474/1.968, como expressamente previsto no § 2º do artigo 15 da mesma Lei.

Note-se que as três formas de aceite são postas na Lei como alternativas, sem ordem de preferência. Portanto, não há como negar a viabilidade jurídica de a duplicata eletrônica ser aceita por presunção e suprir a alegada imprescindibilidade de sua apresentação ao comprador, uma vez que os parágrafos únicos dos artigos 8º e 22, ambos da Lei 9.492/1.997, permitem que se utilize para a duplicata escritural o mesmo procedimento do protesto por indicação, utilizado para as duplicatas impressas enviadas ao comprador e não devolvidas.

Desse modo, fica também dispensada a transcrição literal do título no instrumento de protesto, de acordo com o artigo 22, inciso III e parágrafo único, da Lei 9.492/1.997, sendo tal transcrição substituída pela reprodução das indicações da duplicata eletrônica, que passa a instrumentalizar o protesto.

12 ESPÍNOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 186.

No que se refere à impossibilidade de verificação dos requisitos formais do título por parte do Tabelião, a Lei de Protesto, no já citado parágrafo único do artigo 8º, teve a oportunidade de definir que cabe a ele apenas a mera instrumentalização das indicações, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos.

Portanto, se é pacífico o entendimento de que, no protesto por indicações de duplicatas não devolvidas, o Tabelião fica desincumbido da tarefa de verificar os detalhes formais do título, não se pode compreender por que esse método de recepção deva ser vedado às duplicatas eletrônicas.

Cumpre, por fim, observar que a alegada presunção de veracidade, baseada na *simples palavra de alguém em prejuízo de outrem*, não retrata a realidade e precisa ser encarada de forma inversa, uma vez que existem provas e não simples palavras.

Note-se que o princípio da boa-fé objetiva, encontrado nos artigos 113 e 422 do Código Civil, constitui-se no cerne de todo o Direito Obrigacional, de forma a condicionar e a legitimar as normas e os negócios jurídicos, para que cumpram sua função social.

Assim, se o produto da compra e venda foi comprovadamente entregue e não houve justificativa para a recusa do aceite, depois de efetivada a cobrança, por que presumir a má-fé do credor e previamente considerar que se trata de protesto de título irregular ou ilegal? A referida presunção deve militar a favor de quem age dentro da boa-fé e não a favor de quem permanece inerte.

Na mesma esteira da doutrina, a jurisprudência por longo tempo oscilou entre aceitar e não admitir o protesto da duplicata eletrônica por indicações, como demonstram os dois julgados do Superior Tribunal de Justiça abaixo indicados:

DIREITO COMERCIAL. DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO POR INDICAÇÃO DE BOLETOS BANCÁRIOS. INADMISSIBILIDADE.

I — A retenção da duplicata remetida para aceite é *conditio sine qua non* exigida pelo art. 13, da Lei nº 5474/68 a fim de que haja protesto

por indicação, não sendo admissível protesto por indicação de boletos bancários.

II — Recurso não conhecido.

(REsp 827856-SC-2006/0055256-4, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 27/08/2007).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL — AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C INDENIZATÓRIA — DUPLICATA VIRTUAL — PROTESTO POR INDICAÇÃO DE BOLETO BANCÁRIO DEVIDAMENTE ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA — POSSIBILIDADE — PRECEDENTES — ATO ILÍCITO — INEXISTÊNCIA — AGRAVO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andriighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AgRg no AREsp 121263-GO-2011/0281898-6, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 04/12/2012).

Entretanto, recentemente, tem-se verificado nos tribunais uma forte tendência no sentido de considerar legítimo o protesto de duplicatas sem suporte físico, a partir de indicações apresentadas por meio eletrônico, culminando com a esclarecedora decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça em embargos de divergência, cuja ementa vai abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DAS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVOS COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. EXECUTIVIDADE RECONHECIDA.

1. Os acórdãos confrontados, em face de mesma situação fática, apresentam solução jurídica diversa para a questão da exequibilidade da duplicata virtual, com base em boleto bancário, acompanhado do instrumento de protesto por indicação e das notas fiscais e respectivos comprovantes de entrega de mercadorias, o que enseja o conhecimento dos embargos de divergência.
2. Embora a norma do art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 permita o protesto por indicação nas hipóteses em que houver a retenção da duplicata enviada para aceite, o alcance desse dispositivo deve ser ampliado para harmonizar-se também com o instituto da duplicata virtual, conforme previsão constante dos arts. 8º e 22 da Lei 9.492/97.
3. A indicação a protesto das duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados encontra amparo no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97. O art. 22 do mesmo Diploma Legal, a seu turno, dispensa a transcrição literal do título quando o Tabelião de Protesto mantém em arquivo gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida.
4. Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente.
5. Reforça o entendimento acima a norma do § 2º do art. 15 da Lei 5.474/68, que cuida de executividade da duplicata não aceita e não devolvida pelo devedor, isto é, ausente o documento físico, autorizando sua cobrança judicial pelo processo executivo quando esta haja sido protestada mediante indicação do credor, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha recusado o aceite pelos motivos constantes dos arts. 7º e 8º da Lei.
6. No caso dos autos, foi efetuado o protesto por indicação, estando o instrumento acompanhado das notas fiscais referentes às mercado-

rias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados, não havendo manifestação do devedor à vista do documento de cobrança, ficando atendidas, suficientemente, as exigências legais para se reconhecer a executividade das duplicatas protestadas por indicação.

7. O protesto de duplicata virtual por indicação apoiada em apresentação do boleto, das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados não descuida das garantias devidas ao sacado e ao sacador.

8. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.

(Embargos de Divergência em REsp 1.024.691-PR - 2011/0102019-6, Segunda Seção, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 22/08/2012).

5. Conclusão

Como se pode perceber, a doutrina e a jurisprudência caminham para a pacificação do entendimento que se harmoniza com a realidade evolutiva da sociedade, com os costumes já arraigados nas práticas mercantis atuais e com a própria Lei, convergindo para o reconhecimento da existência das duplicatas eletrônicas e para a possibilidade de protesto desses títulos por indicações, a partir da recepção de dados pelos Tabelionatos por meio magnético ou de gravação eletrônica.

PROPRIEDADE INTELECTUAL

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIAÇÃO INTELECTUAL DO EMPREGADO NO BRASIL — INDICAÇÕES PARA UMA POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO

THE LEGAL PROTECTION OF THE INTELLECTUAL CREATION OF EMPLOYEE IN BRAZIL — DIRECTIONS TO A POSSIBLE HARMONIZATION

Felipe Barros Oquendo

Resumo: Com o incremento e especialização da atividade empresarial, a informação e, mais especificamente, as criações intelectuais dos empregados, quando passíveis de proteção legal, atraem a atenção de trabalhadores e patrões igualmente. O presente artigo estuda os regimes de alocação de direitos (ou sua falta) nas hipóteses em questão, à luz dos diversos tipos de propriedade intelectual (como gênero), buscando um princípio unificador da matéria sobretudo na regulação supletiva oferecida pela Lei da Propriedade Industrial. Critica-se a posição do legislador dos direitos autorais como insustentável ante o desenvolvimento da sistemática em outras áreas, inclusive muito próximas, como a proteção jurídica dos programas de computador.

Palavras-chave: criação intelectual, empregado, contrato de trabalho, programa de computador, invenção, modelo de utilidade, obra autoral.

Abstract: With the growth and specialization of business activities, information and, more specifically, the intellectual creations of

employees subject to legal protection attract the attention of employers and workers alike. This paper studies the different systems of allocation of rights (or lack thereof) in the cases in question in light of the various types of intellectual property (as genus), seeking a unifying principle of the matter especially in supplementary regulation offered by the Industrial Property Law. The author criticizes the position adopted by the Copyright Law as unsustainable in view of the systematic development of other areas, including the legal protection of computer programs.

Key-words: intellectual creation, employee, labor agreement, software, invention, utility model, copyrighted work.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A proteção jurídica da invenção do empregado – o caso paradigmático. 3. A proteção jurídica do software, da topografia de circuitos integrados e das variedades de plantas. 4. A proteção jurídica da obra autoral de empregado. 5. A busca de um norte harmonizador (e seus óbices). 6. Conclusões.

Introdução

Tomar por tema a proteção jurídica da criação intelectual do empregado, no Brasil, oferece obstáculos que emanam de diversas fontes, simultaneamente, pondo em risco a empreitada desde sua gênese.

De um lado, é um tema que, ainda que pouco abordado pela doutrina em geral, foi excelentemente tratado já no bojo da atual Lei da Propriedade Industrial (LPI)¹ por um dos maiores estudiosos da propriedade industrial². E mesmo que se objetasse que a obra de Nuno Pires aborda apenas a proteção das invenções privilegiáveis e

1 Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

2 Refere-se aqui ao trabalho do Professor Nuno Pires Tomaz de Carvalho, que será muitas vezes citado ao longo deste estudo.

segredos de indústria, terreno em que a preocupação com a alocação eficiente de direitos³ desde sempre se fez sentir, outros foram os autores que, com brio, lograram dar clareza à matéria em outros campos, fornecendo um quadro informativo de grande valia sobre o tema à luz do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Por outro lado, por trás da aparente clareza da doutrina um incômodo permanece: a dificuldade prática de aplicação de algumas das regras tocantes à proteção jurídica das criações de empregados, que, se existe já na lei em que o tema é regulado com minúcia, como no caso das patentes de invenção e modelos de utilidade, bem como dos registros de desenhos industriais, ergue-se desafiante, quase imperscrutável, quando consideramos legislação em que nenhuma linha se dedica ao assunto, o que ocorre sabidamente no campo dos direitos autorais.

Investigar o assunto, portanto, apresenta inegável interesse, seja pela busca do suprimento de lacunas, seja pela necessária integração do tratamento da matéria na órbita de princípios de direito gerais e específicos. Ainda, a inexplorada comparação com legislações recentes, modificadas especialmente no tocante às problemáticas invenções mistas, traz alguma luz ao problema e indica possíveis soluções.

Contudo, não só do interesse teórico dimana a inspiração para este estudo: os conflitos entre empregador e empregado sobre criações intelectuais deste, surgidas durante a vigência do contrato de trabalho (e, em alguns casos, após), conquanto numericamente irrisórios no passado, tendem a avultar com o crescimento econômico de nosso país, a introdução de tecnologia de ponta em segmentos antes alheios às nossas plagas, como a robótica e a cibernética, e em geral o crescimento da figura do pesquisador e do trabalhador-inventor, na prática empresarial.

3 A arrojada expressão, recendendo a análise econômica do direito, é do Professor Nuno.

Se em outros tempos as tecnologias aqui chegavam por influxo do estrangeiro, em que a parceira ou subsidiária nacional passivamente recebia os conhecimentos sobre invenções e segredos industriais vindas desde os núcleos internacionais de produção tecnológica, hoje em dia o quadro se alterou, e não raro é ao Brasil, antes nação inapelavelmente importadora, caber o papel de exportador de tecnologia autóctone, como ocorre com variedades de plantas e no setor do biodiesel.

O mesmo se diga, é claro, de outras espécies de criação intelectual, sejam diversificadas recentemente em nossa legislação, como as variedades de plantas e topografias de circuitos integrados, seja a já tradicional obra autoral, que tende a agregar maior valor econômico sobre as atividades civis e empresariais.

Tendo em vista esse panorama e objetivo, o artigo trata da proteção conferida às invenções, segredos industriais e modelos de utilidade, que é o caso paradigmático, extraindo daí sistemática geral. Verifica, então, em que grau tal sistemática ou regras gerais são observados nas normas que regem outros tipos de criações intelectuais. Finalmente, lança algumas linhas de harmonização do tratamento da questão entre nós, buscando justiça e segurança para empregadores e empregados.

2. A proteção jurídica da invenção do empregado — o caso paradigmático

Sem dúvida alguma, a preocupação legislativa de regular a alocação de direitos oriundos de criação intelectual de empregado despontou, no Brasil, em 1943, primeiramente na legislação trabalhista e, após apenas dois anos, na legislação sobre propriedade industrial, sobretudo no que toca às invenções de empregados sujeitas a patenteamento.

Apesar do silêncio dos Tratados Internacionais sobre o tema,

na origem como até hoje, a preocupação internacional com regular a propriedade sobre inventos tecnológicos vem desde 1896, com a regulação da matéria na Lei Húngara da Propriedade Industrial⁴, emergida alguns anos após a assinatura da Convenção da União de Paris (CUP)⁵. A partir de então, todas as nações com alguma preocupação de regular juridicamente a propriedade sobre criações imateriais adotaram uma ou outra forma de sistemática prevendo a regulação dos direitos sobre a criação intelectual do empregado. Já na década de 40, Gama Cerqueira registrava a problemática adoção de tal regulação em nossa Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1945⁶.

Reproduzindo disposição inaugurada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁷, mais precisamente no artigo 454⁸, o CPI/45 trazia para seu bojo⁹, em razão da especialidade do objeto, a regulação das invenções de empregados. Contudo, como bem apontado em contundente crítica de Gama Cerqueira, a precária e quase inocente regulação trazida em caráter supletivo pelo CPI/45 era enganosamente simples, revelando à minuciosa análise precariedades práticas, como a imprecisão de linguagem e falta de regulação das chamadas invenções livres¹⁰.

Os nossos códigos subsequentes melhoraram, mas não resolveram de todo a questão, cabendo dizer que a Lei da Propriedade

4 CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado da Propriedade Industrial*, Volume II, Tomo I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

5 Decreto nº 635, de 21 de Agosto de 1992.

6 Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945.

7 Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

8 Art. 454 — Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica

9 Arts. 65 e ss.

10 CERQUEIRA, op. cit., pp. 23-32.

Industrial atualmente vigente, se não trouxe a melhor redação possível, resolveu muitos dos problemas de inexatidão da lei anterior¹¹.

Em que pese tais críticas, que decerto não foram merecidas apenas pelo legislador nacional¹², as leis sobre propriedade industrial tiveram o mérito de incorporar distinção tripartite dos tipos de invenções de empregados utilizada há tempos na doutrina, e que até hoje é empregada quase sem alterações de sentido.

Em síntese, segundo a doutrina e conforme amplamente adotado pela jurisprudência¹³, a lei procura regular as seguintes invenções:

- invenções de serviço: aquelas criadas pelo empregado contratado para inventar, isto é, invenções de empregado que ocupa cargo e desempenha funções de pesquisa e desenvolvimento ou análogas¹⁴;
- invenções mistas: aquelas decorrentes da contribuição pessoal do empregado e da utilização de materiais, conhecimentos ou instalações do empregador;
- invenções livres: aquelas engendradas pelo empregado sem qualquer contribuição material ou intelectual do empregador ou do ambiente empresarial.

11 CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes* – I, in Revista da ABPI, nº 22, Mai/Jun 1996. pp. 3-33. Não será surpresa ou originalidade indicar que as falhas da lei, ali e em Gama Cerqueira criticamente analisadas, contribuíram para o arrefecimento do já fraco ímpeto de resolução judicial de conflitos entre empregador e empregado acerca da propriedade sobre criação industrial.

12 Confira-se a argumentação de Mario de la Cueva contra a chamada “invenção de empresa”, isto é, aquela tida por coletiva e anônima, adotada pela Lei Mexicana de 1942. DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, t. I, 7ª Ed., ed. Porrúa, Mexico, D.F., 1981.

13 Tribunal Superior do Trabalho — RR 7493413320015035555.

14 A regulação do funcionário público inventor, regulada pelo Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998, não será analisada neste trabalho. Apesar disso, vale, em síntese, destacar que o Decreto adota o mesmo conjunto de regras aplicáveis a celetistas, prestadores de serviço e estagiários, previsto na LPI, mas com temperamentos próprios. Ademais, saliente-se que as regras aqui discutidas são aplicáveis, no que couber, a prestadores de serviço e estagiários. Estes casos tampouco serão tratados aqui, devido ao recorte do tema.

A doutrina sempre se debruçou com mais vagar sobre as invenções mistas, fonte constante de discussões e problemas. Em todo caso, as invenções de serviço e livres não são isentas de complicações práticas, que de resto são naturais a qualquer tipo de regulação.

As invenções livres, como o nome indica, pertencem ao empregado e sobre elas não tem qualquer direito o empregador. Apesar da real simplicidade que envolve o tratamento jurídico dessas invenções, já que obedecem ao princípio originário de que a invenção (e o direito de pedir patente) pertence ao inventor, a doutrina levantou alguns importantes limites ao exercício desses direitos por parte do empregado, oriundos não da Lei de Patentes, mas da CLT.

O primeiro se verifica quando o empregado cria invento relacionado à atividade-fim de seu empregador, o que, na verdade, corresponderá à maioria dos casos, já que o inventor normalmente passou por um processo de especialização que torna improvável sua dedicação criativa a outros ramos técnicos. Neste caso, a LPI em tese permite ao empregado-inventor licenciar ou ceder sua invenção a terceiros, usá-la diretamente, ou nada fazer com ela, sendo certo que, neste último caso, se sujeitará ao procedimento de caducidade ou até mesmo de licença compulsória, na forma da Lei¹⁵.

Neste cenário já surge uma complicação: se a invenção é um avanço quanto ao estado da técnica no ramo em que o inventor está empregado, como poderá o empregado-inventor cedê-lo ou mesmo licenciá-lo a terceiro que não seu empregador sem, assim, fazer concorrência com aquele e violar seu dever de lealdade, contrariando diretamente o artigo 482, alínea c, da CLT¹⁶? Refletir sobre esta per-

15 O procedimento de caducidade está disposto nos arts. 80 e ss; a licença compulsória, nos arts. 68 e ss., ambos da Lei da Propriedade Industrial.

16 Art. 482 — Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...];

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quan-

gunta, colocada pelo Professor Nuno Pires¹⁷, implica em reconhecer que só há duas opções efetivas ao empregado criador acerca do que fazer com sua invenção livre: ceder ou licenciar a terceiro, e assim praticamente assinar sua demissão por justa causa, ou ceder/licenciar a seu próprio empregador a invenção, operação que, decerto, não se dará entre pares, sendo de todo provável que em mais de um ponto essencial o empregado tenha de ceder vantagens ao empregador. A outra possibilidade, explorar diretamente a invenção, apresenta dificuldades materiais tão evidentes que sua factibilidade pressupõe que o empregado já tenha capital – ou ao menos um sócio investidor de firme cabedal – que o permita se balouçar ao empreendimento, o que em toda linha é incompatível com a condição de subalternidade decorrente de um contrato de trabalho.

Mas ainda que fosse viável e interessante explorar a invenção diretamente, sem abandonar o emprego, estaria o empregado concorrendo diretamente com seu contratante, o que demonstra que as opções e a liberdade da lei são na verdade ilusórias, ao menos quando a invenção do empregado guarda pertinência com o mister empresarial do empregador.

O segundo problema se apresenta tanto no caso da invenção aplicável na atividade-fim do empresário-empregador, quanto nas raras hipóteses de ser uma criação desligada dessa finalidade: o empregado-inventor, por uma questão de lealdade, deveria comunicar a seu empregador, antes de mais ninguém, que engenhou uma invenção livre, a fim de que este possa oferecer preço, o que provavelmente fará, sobretudo quando fizer parte de grande grupo empresarial, atuante em diversas frentes, tornando estatisticamente nula a possibilidade de uma invenção lhe ser desinteressante. E, quando isto ocorrer, as condições serão aquelas que usualmente vemos na negociação

do constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

17 CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes* – II, in Revista da ABPI, nº 23, Jul/Ago 1996. p.15.

privada entre patrão e empregado¹⁸, sendo improvável que o empregado-inventor possa, sem pressões, preterir seu empregador em favor de terceiro que lhe apresente melhor oferta.

Portanto, afora as raríssimas oportunidades em que um empregado inventará solução técnica para um problema técnico – na locução de Roubier¹⁹ – completamente desinteressante para seu empregador, a liberdade abstrata da lei converte-se, ao passar para a realidade factual, em enorme limitação que desafia o nome mesmo dado a este tipo de invenção, tingindo de involuntário tom irônico a locução do artigo 91 da LPI: “Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.”

Este, o caso mais simples e sem complicações. Mas e os demais, a saber, a invenção de serviço e invenção mista?

Na ordem da simplicidade, após análise da invenção dita livre, é necessário debruçar-se sobre a invenção de serviço, o seu antípoda na linha que vai da propriedade do empregado à do empregador nesta matéria.

Como visto anteriormente, a invenção de serviço é aquela que decorre das funções mesmas do empregado, contratado para inventar em favor de seu empregador uma solução técnica para um problema técnico.

Nesse tema, discutiu-se entre os estudiosos de todos os países garantidores de proteção jurídica a criações imateriais o fundamento

18 A visão de que o empregado criador de invenção livre deve comunicar seu empregador a notícia de seu engenho por uma questão de lealdade está exposta no seminal artigo de Nuno Pires (*op. cit.* — II, p.35). Há sérios e bem fundados pontos de partida para sua contestação, e o fato de não terem sido explorados é sintoma da falta de atenção dada pela doutrina a este tema.

19 ROUBIER, Paul, *Le Droit De La Propriété Industrielle*, Sirey: 1950.

último, de princípio geral de direito, do caber ao empregador qualquer invenção do empregado. A perplexidade, hoje em dia já resolvida, se deu pelo fato de ser princípio multiseccular do direito patentário caber ao inventor, originariamente, a propriedade sobre o invento de sua criação²⁰, ao passo que as leis vinham insistentemente trazendo disposições que destinavam à propriedade do empregador o engenho resultante do trabalho de pesquisa do empregado²¹.

A doutrina, apenas divergindo sobre a questão acácia de se a titularidade do empregador é derivada ou originária²², resolve o aparente conflito prestigiando a regra de que ao empregador cabem todos os frutos decorrentes do regular exercício laboral de seus contratados, ainda que estes sejam muito mais valiosos do que os bens de produção regulares (isto é, materiais). Efetivamente, a invenção útil será na maioria das vezes mais valiosa que o bem de consumo que sai da linha de produção ou os serviços prestados aos consumidores finais. Ocorre que o empregador, ao contratar um pesquisador para obter resultado possível, mas meramente incerto, pagando-o regularmente, assume o risco de, apesar dos esforços e diligências razoáveis do empregado, nada obter ao final. Não havendo risco para o pesquisador regularmente assalariado, a invenção passará às mãos do empregador tão logo sua concepção seja estabilizada e finalizada.

Outra interpretação, ainda que não houvesse lei positiva, geraria inevitável esvaziamento dos setores de pesquisa e desenvolvimento das sociedades empresárias ou, em outros casos, a criação de

20 Entenda-se que isto foi um problema apenas para os países influenciados pelo chamado iluminismo jurídico, que no campo das criações imateriais tratava-as como originadas no espírito do Homem (com *b* maiúsculo). Nos EUA e Inglaterra, países industrializados de extração mais pragmática e utilitarista, a questão nem de longe foi tão debatida.

21 Inclusive, lembre-se, nossa CLT, em seu artigo 454, assim interpretado apesar de sua dúbia redação.

22 Na verdade, nem de divergência pode-se falar: simplesmente um jurista toma por pressuposto que a titularidade do empregador é originária e outro que é derivada. Não há em nossa doutrina um debate estruturado sobre este ponto específico do assunto.

regras leoninas sobre essa classe de trabalhadores decorrentes dos contratos individuais de trabalho. Além do mais, apesar de este argumento estar um tanto em desuso, seria solução injusta, pois a propriedade deve ficar com o que assume o risco, no caso, o empregador, ressalvadas as hipóteses de lesão trabalhista, em que alguma revisão de salário caberá ao empregado.

Em última análise, a regra que vale para invenções decorrentes do contrato de trabalho é a propriedade do empregador²³, sendo a remuneração do empregado ou do prestador de serviços nada mais nada menos que seu salário²⁴. Tal será a solução adotada pelo legislador em todos os demais casos²⁵: programas de computador, topografias de circuitos integrados, cultivares e, provavelmente, será aplicável a toda e qualquer modalidade de propriedade industrial que venha a ser inventada^{26,27}.

Finalmente, sempre chamaram a atenção da doutrina, por originariamente conflituosas, as chamadas invenções mistas, aquelas

23 LPI, Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

24 LPI, art. 88, § 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

25 Estudados neste trabalho, no item 3.

26 Eis em síntese a tese adotada e a ser brevemente (dir-se-ia retórica ou entimemicamente) demonstrada no item 4 deste trabalho.

27 Outro importante tópico, aqui não abordado por fugir do enfoque deste trabalho, é o da invenção decorrente do desvio de função do empregado, isto é, os casos em que um empregado contratado para funções outras que não a de pesquisador, cria, de improviso ou por desvio de função já habitual, solução técnica para um problema técnico. A questão tem sua relevância prática, além da evidente importância jurídica, bastando para isso lembrar dos famosos casos de serventes que amiúde bolaram soluções fabris valiosíssimas, sobretudo no início da Revolução Industrial na Inglaterra e nos EUA. Para um tratamento preciso mas não exaustivo sobre o tema, v. CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de, *op. cit.* — II, p. 34, que basicamente conclui ser *mista* e não *de serviço* a invenção decorrente do desvio comprovado de funções.

que, conforme a lei positiva, são de propriedade comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário²⁸.

Os problemas gerados por essa “solução” legal supletiva são tantos e tão vários, sua crítica atravessando gerações de juristas, que é impossível abarcá-los todos aqui. Em todo caso, ajuda a iluminar a fonte de dificuldades dimanadas da regulação legal a observação que Gama Cerqueira fez com relação ao Código da Propriedade Industrial de 1945:

“Para solucionar mais facilmente o problema, instituiu-se, como regra geral, a co-propriedade da invenção, o que já é um mal em si, pois essa forma anormal da propriedade converte-se frequentemente em fonte de dúvidas e litígios, sobretudo quando se trata de invenções (omissis). No caso das invenções de empregados, os seus inconvenientes tendem a agravar-se, dada a subordinação do inventor ao empregador. Por outro lado, a solução do Código²⁹ peca pela base, pois repousa na falsa ideia da perfeita equivalência entre a contribuição material do empregador, representada pelas suas instalações e equipamentos, e a contribuição pessoal do empregado, representada pela sua capacidade inventiva e pelo seu trabalho intelectual.”³⁰

Tais problemas vão desde a lida habitual com a relação de co-propriedade do invento, trazendo ao empregador a embaraçosa obrigação de abrir seus livros contábeis à fiscalização do empregado-sócio ou de pessoa por ele contratada para tanto, até problemas mais graves, como litígios envolvendo condições da licença – que será outorgada exclusivamente pelo empregador, como responsável legal

28 Paráfrase do artigo 91 da LPI.

29 Em redação melhor, mas em essência igual, a LPI mantém o pensamento do código em toda linha.

30 CERQUEIRA, João da Gama, *op. cit.*, p. 27.

pela exploração da invenção ou modelo de utilidade —, apresentação de pedido de patente sem indicação da co-propriedade, falta de apresentação de pedido de patente, redação defeituosa do pedido, falta de exploração da invenção, etc., etc., etc.

Em face disto, difícil não concordar com Gama Cerqueira quando este conclui que:

“[...] tentando conferir aos empregados maiores garantias para seus direitos, o Código apenas lhes dá garantias ilusórias, colocando-os sempre em desvantajosa posição, como condômino ou sócio do empregador. Preferível teria sido, talvez, conferir ao empregador a propriedade da invenção, pois, nesse caso, o empregado poderia defender seus interesses na ocasião de contratar seus serviços e fixar a sua remuneração”³¹.

Evidentemente, as invectivas do ilustre professor foram ignoradas pelas legislações posteriores, que mantiveram o sistema de condomínio da invenção mista, encontrando porém reflexos na doutrina atual:

“[...] se, na prática, o regime supletivo não vai ser utilizado, cabe perguntar por que o legislador, então, não estabelece logo um regime de alocação de direitos que funcione efetivamente – e que elimine ou reduza a eventualidade de patrão e empregado a negociarem, já que eles não se encontram em pé de igualdade”³²

Esse parece ter sido o caminho adotado pela legislação estrangeira mais moderna, ao menos nos países industrializados. Na Itália, país que, juntamente com França e Alemanha, tão amiudadamente influencia nosso direito, a mesmíssima situação que, sob a égide da

31 CERQUEIRA, João da Gama, *op. cit.*, p. 30.

32 CARVALHO, Nuno T. Pires de, *op. cit.*, p. 34. Aliás, essa cortante observação serve de resposta antecipada à comum ressalva de que as regras desta seção da LPI são supletivas, em toda linha um falso calmante para uma situação naturalmente conflituosa e complexa.

LPI, geraria a co-propriedade sobre a invenção mista, confere ao empregado o direito a um *justo prêmio* (na lei, *equo premio*), subsistente ainda que a patente sobre a invenção venha a ser posteriormente anulada; mas a propriedade ficará inteiramente nas mãos do empregador³³. Em sentido semelhante, a Lei Francesa, de 1992, apesar de se valer de redação um tanto quanto dúbia, também confere ao empregador (ao menos potencialmente) propriedade integral sobre o invento misto, garantido ao trabalhador que o engenhou um *just prix*³⁴, com a diferença essencial de que, para que se opere a transferência de propriedade neste caso, há que ser proferida decisão pelo Conselho de Estado.

Seja qual for o modelo adotado – co-propriedade ou propriedade apenas do empregador —, interessa muito mais do que os defeitos da legislação, o fundamento último da solução legal, que sempre tira do empregado alguma parcela de titularidade sobre a invenção, constituindo, também, exceção à regra de que ao inventor cabe a propriedade sobre sua invenção. E, segundo impecável demonstração do Professor Nuno Pires, este fundamento se radica numa adaptação das regras da especificação, instituto de direito comum sobre propriedade.

Em breve síntese, a especificação determina caber àquele que trabalhou em material alheio sem autorização a propriedade da coisa nova resultante do trabalho, quando o valor desta supera claramente o valor dos materiais empregados. Neste caso, o especificador teria de meramente indenizar o proprietário dos materiais mesclados no trabalho final, caso de boa-fé. Se de má-fé, o especificador perderá em favor do proprietário da matéria-prima a propriedade sobre o bem final.³⁵

33 Artigo 64, item 2 do *Codice della Proprietà Industriale*. (Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30). Registre-se aqui agradecimentos à advogada italiana Simone Bertolotto, que muito auxiliou com a interpretação do referido artigo à luz dos demais dispositivos do ordenamento jurídico daquele país.

34 Art. L611-7 do *Code de la Propriété Intellectuelle*.

35 V. arts. 1.269 e ss. do Código Civil.

Ora, o trabalhador que, durante seu horário de serviço e usando de materiais ou informações pertencentes ao empregador, se dedicou à realização de engenhos privilegiáveis, pode ou não ter agido de má-fé, mas objetivamente fugiu às suas funções. Os materiais utilizados podem ou não ser valiosos, e sua valoração pode ser mais ou menos fácil de determinar. O valor da invenção, por sua vez, provavelmente será difícil de avaliar, especialmente no primeiro momento de sua expressão, sem ter passado por testes de fábrica que assegurem sua vendabilidade. Diante desses complicadores, que tornariam praticamente impossível a aplicação da regra geral da especificação, o legislador da propriedade industrial adotou uma solução de divisão formalista: “...para evitar futuras questões de difícil deslinde, atribuiu-se às partes comunhão em partes iguais. Fixou-se assim, a priori, que as contribuições do inventor e do patrão são economicamente equivalentes.”³⁶

Bem verá o atilado leitor que esta sistemática, aqui explicada para as invenções, segredos de negócio (tecnológicos) e desenhos industriais, poderia ser aplicada a quaisquer outros bens imateriais suscetíveis de exclusividade por um titular ou proprietário, sendo seu afastamento uma opção legal e não de ontologia jurídica.

Estabelecidos os tipos de criação do empregado – de serviço, mistas e livres —, seus principais problemas, fundamentos e efeitos na legislação paradigmática, cabe agora verificar como a legislação lida com a propriedade de criações imateriais de empregados quando correspondentes a outros tipos de propriedade intelectual.

3. A proteção jurídica do software, da topografia de circuitos integrados e das variedades de plantas.

Partindo do caso paradigmático das invenções, modelos de utilidade, segredos industriais e desenhos industriais, o legislador do

36 CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de, *op. cit.* – II, p. 25.

tema foi adaptando a alocação de direitos sobre criações imateriais nos subsequentes diplomas legais.

Dois anos após a promulgação da Lei da Propriedade Industrial, trouxe a Lei do *Software* ou Programa de Computador³⁷ regulação supletiva semelhante, porém não idêntica.

Com efeito, a lei não traz qualquer previsão de *software misto*, considerando ser de titularidade do empregador qualquer programa de computador elaborado pelo empregado, servidor público, prestador de serviço ou estagiário durante a vigência do contrato³⁸, salvo quando o programa for gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços, e do contratante de serviços ou órgão público³⁹.

Assim, a Lei de Programas de Computador adotou uma regulação menos favorável ao empregado, prestador de serviço, funcionário público e estagiário, estabelecendo no entanto um número mais reduzido de conflitos potenciais. Apesar disso, os mesmos problemas decorrentes da invenção livre assombram o programa de computador livre.

Ainda sobre o programa de computador, interessante notar o quanto sua lei de regência tomou emprestado da Lei da Propriedade Industrial, considerando que, para todos os efeitos, os direitos sobre programas de computador em si são direitos autorais, isto é, intelec-

37 Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

38 Art. 4º, *caput*, da Lei 9.609/98.

39 §2º do artigo 4º da Lei 9.609/98.

tuais e não industriais. Eis aqui mais uma prova de como um bem protegido por direitos autorais pode tranquilamente fundar-se na sistemática adotada pela LPI quanto à titularidade de direitos sobre criações imateriais do empregado.

A Lei de Cultivares⁴⁰, também saída pouco tempo após a promulgação da LPI de 1996, estranhamente silencia sobre o cultivar ou variedade de planta livre, adotando, contudo, o mesmo sistema misto no caso do cultivar ser resultado da contribuição pessoal do trabalhador e dos meios do patrão, desde que não decorra expressa ou logicamente da execução normal do contrato individual de trabalho.

É evidente que diante dessa omissão legislativa não há que se imaginar a impossibilidade da cultivar *livre*, isto é, aquela criada fora do horário de trabalho, sem que se valha dos meios do empregador ou tomador dos serviços. Afinal, não há que se esquecer que a regra geral é da titularidade da criação ao criador e que, por conseguinte, não é o silêncio da lei — sentido, é claro, por causar insegurança — que levaria o juiz a concluir que todas as cultivares, de qualquer tipo, são de titularidade ora parcial, ora exclusiva, do contratante.

Finalmente, trouxe a Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007 a regulação das topografias de circuitos integrados, outra espécie nova de propriedade industrial. Tal novel legislação, seguindo o modelo da Lei de *Softwares*, não previu qualquer tipo de co-propriedade entre empregador e empregado, considerando de exclusiva propriedade do empregador todas as topografias relacionadas ao contrato de trabalho e/ou feitas com os meios do empregador⁴¹. Caso nenhuma

40 Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997.

41 Art. 28: Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou entidade geradora de vínculo estatutário os direitos relativos à topografia de circuito integrado desenvolvida durante a vigência de contrato de trabalho, de prestação de serviços ou de vínculo estatutário, em que a atividade criativa decorra da própria natureza dos

das condições acima seja cumprida, a topografia será do empregado⁴². Ainda, considerando que a lei adotou a mesma redação, todos os potenciais problemas mencionados no item 1 deste artigo são aplicáveis às topografias de circuitos integrados, tanto às *de* serviço, quanto, e sobretudo, às livres.

Em síntese, temos de um lado a Lei de *Software* e a de topografias de circuitos integrados abolindo a modalidade mista de criação de empregados, a exemplo da legislação de outros países sobre propriedade intelectual e, de outro, a Lei de Cultivares mantendo a co-propriedade nos mesmos moldes das invenções, modelos de utilidade, segredos e desenhos industriais mistos, mas estranhamente silenciando sobre a cultivar livre (sem contudo abolir a possibilidade de sua existência).

Vê-se como um tipo de propriedade intelectual “pura”, no caso o programa de computador, pode tomar emprestado sem qualquer adaptação a regulação criada no bojo da Lei da Propriedade Industrial, o que atesta, ao menos plausivelmente, que as regras e classificações estudadas no item 2 *supra* decorrem da imaterialidade mesma das criações intelectuais, não sendo limitações específicas, e sim definições genéricas.

Diante disto, cumpre verificar criticamente o curioso caso da regulação dos Direitos Autorais de empregado em nosso país.

encargos concernentes a esses vínculos ou quando houver utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais ou de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora do vínculo.

42 Art. 28, § 2º — Pertencerão exclusivamente ao empregado, prestador de serviços ou servidor público os direitos relativos à topografia de circuito integrado desenvolvida sem relação com o contrato de trabalho ou de prestação de serviços e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais ou de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora de vínculo estatutário.

4. A proteção jurídica da obra autoral de empregado

Como é notório, nossa Lei de Direitos Autorais (LDA)⁴³ não traz uma linha sequer sobre a quem cabe a obra autoral criada pelo empregado, não importando a condição da criação. Mas nem sempre foi assim. A legislação anterior, designadamente, a Lei nº 5.988 de 1973, previa em seu artigo 36 que:

Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

§ 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.

A leitura do *caput* do vetusto artigo deixa claro que sobre a obra autoral do empregado ou funcionário aderia um sistema de copropriedade com o patrão ou entidade, condicionada à publicação da obra dentro de um ano após a entrega dos originais pelo empregado ou funcionário a representante ou preposto do empregador⁴⁴, bem como a demais restrições ou ampliações casuísticas, a serem determinadas pelo há muito extinto Conselho Nacional de Direito do Autor. Exsurge claro que esta foi mais uma solução salomônica do legislador jungindo em compromisso as regras de que ao autor pertence sua obra e ao empregador os frutos do trabalho empregado. Em todo

43 Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

44 Prazo este também adotado na LPI (art. 91, §3º), referente à exploração das tecnologias por parte do empregador, a quem cabe licença exclusiva sobre a invenção ou cultivar mistos.

caso, não carece de interesse notar que não havia uma obra de serviço, análoga à invenção de serviço divisada pela doutrina, o que talvez ocorresse em razão de, por influência francesa, nosso ordenamento considerar o direito de autor algo quase sagrado, um direito fundamental do Homem⁴⁵.

Apesar disto, o legislador da LDA não repetiu a regulação da obra de empregado. Tentou, todavia, como registra a advogada Elaine Ribeiro Prado⁴⁶, incluir artigo que criava a obra autoral de serviço, isto é, aquela que passava automaticamente à propriedade do empregador. O dispositivo não vingou contudo, sendo excluído do projeto a força de movimentações dos artistas, que nele viam uma “escravidão intelectual”.

Portanto, numa primeira vista cabe ao autor empregado o direito patrimonial pleno sobre suas obras, mesmo que decorram do seu contrato de trabalho⁴⁷. Corolário inevitável disto é que os patrões, sobretudo aqueles que operam empreendimentos em campos criativos, avançam invariavelmente, expeditos, termos de cessão de direitos autorais, normalmente a título gratuito, para assinatura pelos trabalhadores. Mais uma vez, a luta pela total liberdade na abstração da lei leva, na grande maioria dos casos, à assinatura de verdadeiros contratos de adesão que, uma vez erigidos a *praxis* geral no mercado, inibem, na realidade, qualquer tentativa de negociação casuística de

45 Como aliás está na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo XXVII, item 2.

46 PRADO, Elaine Ribeiro do, *Da transferência intersubjetiva dos direitos de exclusiva relativos à obra autoral* in Grandes Temas da Atualidade: Propriedade Intelectual, Inovação Tecnológica e Bioenergia / Organizado por Charlene Maria C. de Ávila Plaza, Nivaldo dos Santos, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Eriberto Francisco Beliváqua Marin. Goiania: Ed. PUC Goiás, 2009, Vol II, p. 42.

47 Registre-se posição contrária do Professor Doutor Denis Borges Barbosa, ao entender que, devido à relação de subordinação, a titularidade dos direitos patrimoniais sobre obra do empregado cabe ao empregador em razão do contrato de trabalho firmado entre as partes. V. *Criação Tecnológica por Contratados, Servidores e Empregados in Revista Criação*, ano I – n. I, Rio de Janeiro, 2009, p. 34.

direitos sobre obras autorais, especialmente numa classe notoriamente avessa à organização em sindicatos e, conseqüentemente, à negociação coletiva.

A este cenário legal se opõem ainda duas regras especiais: a dos jornalistas, que prevê a titularidade de suas obras ao editor do jornal, salvo disposição em contrário⁴⁸, e as que regulam a atividade dos artistas e técnicos em espetáculos de diversões e os radialistas, pelas quais, curiosamente, é vedada a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais⁴⁹.

Diante deste quadro, vê-se que não só os direitos autorais estão em dissonância com as leis que regulam propriedade industrial e a própria lei do *software* – em tese co-específica em sua natureza –, como dentro do direito autoral instaurou-se um caos de legislações díspares sobre o mesmo tema, sem que haja uma razão ontológica ou prática para tal: afinal, qual seria a essencial diferença entre o mister de radialista e artista de espetáculos de diversões e todas as demais espécies de trabalhadores criativos? E qual seria a grande diferença entre os programadores de *softwares* e os criadores de obras artísticas para que o tratamento seja assim tão díspar?

Se a essas perguntas responde-se com maus fundamentos, não só a coerência do mercado está sendo violada sem motivo relevante, como a própria Constituição, que em seu artigo 7º, inciso XXXII, determina a não discriminação do trabalhador intelectual com relação aos demais⁵⁰.

Em todo caso, resta a pergunta: seria possível harmonizar os sistemas?

48 Art. 36 da LDA.

49 Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978, art. 17 (radialistas) e lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, art. 13 (artistas de espetáculos de diversões).

50 A conclusão, inapelável, é de Elaine Ribeiro do Prado, *op. cit.*, p. 58.

5. A busca de um norte harmonizador (e seus óbices)

Como visto nos itens anteriores, todas as leis que versam sobre propriedade imaterial, com exceção das leis sobre direitos autorais, tratam de regular, de alguma forma, a afetação ou alocação de direitos decorrentes da criação intelectual do empregado (e do funcionário público⁵¹, estagiário e prestador de serviço, que não foram tratados especificamente neste artigo). A regulação, sempre em caráter supletivo, reflete invariavelmente um compromisso entre dois princípios ou vetores: o da titularidade da criação ao criador, de um lado, e o da titularidade do fruto do trabalho ao empregador, de outro. Apesar de merecedoras de críticas, as regulações, ora admitindo os três tipos de criações – de serviço, mistas e livres – ora admitindo apenas parte deles, regularam o assunto supletivamente, não deixando a uma relação complexa e desigual o dever de alocar direitos de forma justa e eficiente.

Todas as legislações retiraram, com adaptações, sua regulação da Lei da Propriedade Industrial, que por sua vez reflete o resultado de anos de estudos, das experiências sob a égide de normas anteriores, e, sem dúvida, do direito comparado.

Um estudo mais aprofundado dos modos de distribuição da propriedade entre empregado e empregador revela um norte de justiça comutativa até bastante simples: se a criação decorre do contrato (real) de trabalho, o salário a paga; se não decorre, o trabalhador ou recebe um valor específico por ela ou torna-se seu proprietário, parcial ou plenamente, dependendo de como foi engendrada a criação intelectual.

Estabelecido este cenário, dois óbices principais se interpõem

51 Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998, Art 3º Ao servidor da Administração Pública direta, indireta e fundacional, que desenvolver invenção, aperfeiçoamento ou modelo de utilidade e desenho industrial, será assegurada, a título de incentivo, durante toda a vigência da patente ou do registro, premiação de parcela do valor das vantagens auferidas pelo órgão ou entidade com a exploração da patente ou do registro.

à adoção de um sistema supletivo relativamente unificado: a Lei de Direitos Autorais e a aparente confusão quanto à competência dos Tribunais para julgar litígios envolvendo criações intelectuais de empregados. Que sejam enfrentados.

Primeiramente, a barreira à regulação do tema pela atual Lei de Direitos Autorais revela-se simplesmente uma omissão legislativa decorrente de pressões de artistas organizados, o que na verdade resultou meramente num silêncio conveniente da lei. Cumpre, então, demonstrar que a conciliação buscada pela LPI e demais legislações não só pode como deve ser adotada pela Lei de Direitos Autorais. A demonstração, que, admite-se, é de *lege ferenda*, não pode ser lógica ou dialética, o que implicaria em esforço filosófico e histórico que desafia as dimensões deste trabalho, mas se dará retoricamente, fundada em sinal⁵².

Nada, nem mesmo um suposto caráter sacrossanto e sempiterno dos direitos autorais, justifica que o empregador, para não ver os riscos de seu negócio aumentarem exponencialmente, tenha de firmar contratos individuais e específicos para a cessão de direitos patrimoniais sobre obras autorais de lavra dos seus empregados, com incremento de burocracia e custos, de um lado, e expondo, por outro, os empregados a convenções potencialmente leoninas e a consequentes medidas judiciais, custosas e desgastantes, para vê-las desconstituídas em juízo⁵³.

52 Por “retórica” e “sinal” (grego: *semeion*), bem como o método demonstrativo, entende-se o que sobre o tema Aristóteles falou em sua *Retórica* (2ª ed. portuguesa, revista, traduzida e anotada por ALEXANDRE JR., Manuel *et. al.*, da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa: 2005, pp. 100-102). O leitor acostumado com o discurso retórico identificará que se trata aqui de demonstração por indução ou *sinal simples* e não fundada em *tekmérion*.

53 Não socorre aqui a argumentação de que o artigo 4º da LDA determina interpretação restritiva dos contratos. Qualquer empregador bem assessorado fará constar expressamente do instrumento todas as condições, suportes e modalidades de exploração cedidas pelo empregado, bem como adotará cautelas, por outro lado, para que sejam minimizadas as possibilidades de anulação do contrato, de resto submetidas ao prazo decadencial de 2 anos.

Sinal disto é o fato de os programas de computador, que são por lei equiparados aos direitos autorais⁵⁴, se submeterem a regime supletivo semelhante ao da Lei da Propriedade Industrial (v. item 3, *supra*). O fato de o aspecto moral do direito diferir entre a obra autoral e o programa de computador em nada afeta este ponto, pois aqui é relevante a vertente patrimonial do direito e não as faculdades decorrentes da paternidade do objeto protegido, que certamente continuam inalteradas, seja qual for o regime adotado pela lei no tocante à obra autoral de empregado.

Outro sinal neste sentido é o fato de a lei anterior já ter tratado da matéria, sem quaisquer embaraços de ordem constitucional ou infraconstitucional. Aliás, como visto, o próprio projeto traria regulamentação sobre o tema, não o fazendo apenas por pressões de artistas, estas de cunho prático e econômico, não filosófico ou jurídico.

Assim, propugna-se por uma unificação do tratamento da criação intelectual do empregado para todas as espécies de propriedade intelectual existentes na legislação. Não necessariamente deverão ser adotadas as regras que atualmente regem a legislação paradigmática – as que regulam invenções, modelos de utilidade, segredos e desenhos industriais —, e que merecem revisão também. Apenas, cada espécie de propriedade intelectual deve ser regulada pelo mesmo norte, observadas as peculiaridades de cada caso e os desenvolvimentos da jurisprudência.

A carência de uma harmonização entre os modelos legislativos, que, no campo dos direitos autorais, gera um descompasso com a realidade mercadológica, reflete-se em recente decisão unânime da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que não reconheceu a uma cenógrafa (reclamante) direitos patrimoniais tendo em vista que as obras disputadas foram criadas durante e em razão de relação empregatícia. Vale destacar um trecho revelador do voto condutor:

⁵⁴ Art. 2º da Lei 9.609/98.

“Nas relações de emprego, ainda que, em tese, os direitos pertençam aos autores, a contratação do empregado para atuar na criação de determinado trabalho, como é o caso dos autos, confere o direito pleno de utilização dos resultados desse trabalho pelo empregador, sendo razoável concluir que o salário pago ao empregado corresponde à contraprestação do empregador pela atividade desenvolvida”. (TST – 7ª Turma — Processo nº RR — 13700-65.2006.5.01.0071 — relator, ministro Ives Gandra Filho. Data de julgamento: 27/02/2013).

Ao contrário do destacado no voto, a obra por encomenda, com exceção da obra coletiva, e aquela produzida em decorrência de contrato de trabalho não são de titularidade do empregador ou tomador do serviço, como visto. Se, por um lado, a decisão é digna de reprovação, na medida em que julgar contra a lei atenta contra o Estado de Direito e princípio da legalidade, sua orientação não deixa de demonstrar, eloquentemente, a necessidade de nova regulação do tema, cujo descompasso com a natureza do mercado de informação e cultura teve no julgado um de seus maiores sinais.

O segundo óbice, por sinal, é a jurisprudência, ou melhor, a diversidade da jurisprudência causada pelo fato comum de empregados, ex-empregados ou empregadores litigarem sobre a propriedade da criação intelectual ora perante a Justiça Comum, ora perante a Justiça do Trabalho, dando uma ideia de que as partes, a esmo, podem escolher uma ou outra jurisdição.

Evidentemente trata-se de erro gravíssimo, do qual são cúmplices os juízes da Justiça Cível, que, podendo fazê-lo a qualquer momento e de ofício, raramente se declaram absolutamente incompetentes, em razão da matéria, para julgar lides que versam sobre a propriedade ou titularidade de criação intelectual de empregado.

Principalmente após a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que trouxe a atual redação do artigo 114, incisos I, VI e IX da Constituição Federal de 1988, não restam dúvidas de que a Justiça do Trabalho é a única competente para julgar tais litígios, em todos os seus meandros e desdobramentos, ainda que,

afastando o regime supletivo, as partes tenham convencionado contrariamente à lei. Entendemos pessoalmente que já é hora de os magistrados da Justiça Comum atentarem para este fato, que constitui norma de interesse público, sob o risco de se desenvolverem – ainda mais — duas jurisprudências completamente díspares, norteadas por princípios e valores descontraídos, sempre em detrimento de um mínimo de justa expectativa que merecem os jurisdicionados – empregados e empregadores igualmente.

6. Conclusões

As leis sobre propriedade industrial, aplicadas e adaptadas ao longo dos anos pela jurisprudência e pela doutrina, divisaram três tipos de invenções: de serviço, mista e livre. Com o incremento da complexidade da atividade empresarial e das relações de trabalho, as leis estrangeiras, e mesmo algumas vigentes em nosso ordenamento, tendem a eliminar o invento misto, ou ao menos a solução de co-propriedade sobre o mesmo, por ineficiente e problemática.

Com o passar dos anos, outras legislações, versando sobre espécies diversas de propriedade intelectual, adotaram em medidas distintas a sistemática desenvolvida para invenções tecnológicas, de modo que a divisão tripartite e toda a massa crítica da doutrina sobre questões levantadas em cada caso podem e devem ser tomadas e aplicadas para a regulação da titularidade sobre criações intelectuais de empregados em geral.

Exceções de que se ressentem nosso ordenamento, a Lei de Direitos Autorais e outras leis esparsas – radialistas e artistas de espetáculos de entretenimento – fogem à regra, seja por não regular expressamente a matéria, seja por impedir mesmo a cessão de direitos patrimoniais ao empregador. Tais regras destoam das soluções geralmente adotadas, criando insegurança para o empregador e sendo, em sua defasagem e omissão, um permanente convite à fraude nas relações trabalhistas.

Não há argumentos sérios contra a unificação da regulação para todas as normas de propriedade intelectual. Os dois principais óbices são a Lei de Direitos Autorais, que deve ser alterada, e a situação caótica das ações versando sobre o tema, muita vez propostas perante a Justiça Civil, em contrariedade com a diáfana competência da Justiça Trabalhista.

Uma vez eliminados estes óbices, a regulação supletiva norteada pela mesma conciliação de princípios, de um lado, e a construção jurisprudencial de matiz axiológico unificado, por outro, permitirão que floresça um direito mais orgânico e mais justo na resolução dos conflitos acerca de criações intelectuais entre empregados e empregadores.

DIREITO ECONÔMICO

DELIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR À LUZ DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

DÉLIMITATIONS À L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN VERTU DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Alexandre de Albuquerque Sá

Resumo: Trata-se de um estudo acerca da análise da liberdade de contratar sob a ótica do direito concorrencial, desde uma concepção iluminista, como um direito do Homem quase absoluto, inserido em ambiente jurídico que reconhecia apenas uma igualdade meramente formal entre os homens, até a percepção da necessidade da intervenção do Estado para a garantia da manutenção do sistema capitalista. Nesse contexto, pesquisa-se também sobre a influência da experiência alienígena, especialmente americana e europeia, na construção do Direito da Concorrência brasileiro. Procura-se, por fim, compreender os limites à liberdade de iniciativa no contexto da defesa da livre concorrência e o papel do Estado como entidade garantidora de um ambiente concorrencialmente saudável, utilizando-se para tanto as lições da doutrina e da jurisprudência especializadas.

Résumé: Il s'agit d'une étude sur l'analyse de la liberté contractuelle dans la perspective de droit de la concurrence, d'une conception de cette liberté par les illuministes comme un droit humain à presque absolu, inséré dans une culture juridique qui reconnaît seulement une égalité purement formelle entre les hommes, jusqu'à la perception de la nécessité d'intervention de l'État pour garantir le

maintien du système capitaliste. Dans ce contexte, la recherche porte aussi sur l'influence de l'expérience étrangère, surtout l'américaine et l'européenne, dans la construction du droit de la concurrence brésilien. L'objectif final est de comprendre les limites à la liberté contractuelle dans le contexte de la défense de la libre concurrence et le rôle de l'État comme garant d'un environnement concurrentiel, en accord avec les leçons de la doctrine et jurisprudence spécialisée.

Palavras-chaves: Liberdade de Contratar. Livre iniciativa. Recusa de Contratar. Direito da Concorrência.

Mots-clé: Liberté Contractuelle. Libre Entreprise. Refus d'Embauche. Droit de la Concurrence.

SUMÁRIO: I — Introdução. II — As liberdades econômicas no plano constitucional. III — Breves considerações acerca da evolução histórica da liberdade de contratar. IV — A influência da funcionalização dos contratos na leitura bodierna do direito concorrencial. V — As restrições verticais no direito da concorrência pátrio. VI — A recusa de contratar como ilícito concorrencial. VII — Conclusão.

I. Introdução

O presente artigo pretende analisar as relações existentes entre o princípio da livre iniciativa, e a defesa da concorrência, ambos positivados no artigo 170 da CRFB, concentrando esforços para um melhor entendimento acerca da conexão entre o direito concorrencial e a liberdade de contratar.

Salienta-se que, durante o texto, será analisado o impacto do direito concorrencial na liberdade de contratar, com destaque para as cadeias econômicas verticais, sendo relevante tal exame haja vista a necessidade de se impor aos agentes econômicos a manutenção de uma relação jurídica contratual com terceiros, o que causa uma séria restrição à sua autonomia privada a fim de se prestigiar o valor da livre concorrência.

Outrossim, faz-se mister mencionar que o presente artigo não pretende esgotar toda matéria, mas apenas contribuir de forma singela para o estudo de tema tão relevante para o direito concorrencial, que, infelizmente, ainda não possui igual destaque na literatura especializada.

Pretende-se expor o tema através de um estudo do posicionamento da doutrina nacional, analisado em conjunto o entendimento proferido nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além da análise dos principais casos julgados pela Suprema Corte Americana e pela Corte Europeia de Justiça.

II. As liberdades econômicas no plano constitucional

Inicialmente, ressalta-se que a Constituição da República de 1988 optou claramente pela economia de mercado, sendo um dos princípios basilares da Ordem Econômica Brasileira, o respeito à liberdade de iniciativa, traduzida esta por Celso Ribeiro Bastos como “direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco”¹.

No ordenamento brasileiro, a livre iniciativa se encontra positivada em dois dispositivos constitucionais distintos: primeiramente, prevista entre os fundamentos da República, art. 1º, VI, da CRFB, e após, como elemento fundador da Ordem Econômica — art. 170, *caput*, da CRFB.

Comumente, a doutrina atribui um significado mais amplo ao primeiro dispositivo, representando a proteção que o Estado confere ao indivíduo para que se realize plenamente, concretize suas aspirações e desejos livremente, apresentando um caráter diretamente relacionado com o conceito de dignidade da pessoa humana. Desse

1 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

modo, verifica-se que se trata de uma noção mais ampla de liberdade, a qual englobaria não apenas o âmbito econômico, mas também a esfera extrapatrimonial.

Já a segunda previsão do Texto Magno, constante no art. 170, *caput*, trata-se de um desdobramento específico na Ordem Econômica, o qual abarcaria a liberdade de empreender, de trabalho, de produzir, de contratar, possuindo uma evidente conotação econômica da supramencionada liberdade, cabe advertir desde já que é esse conceito mais restrito o qual será utilizado ao longo deste trabalho. Sobre as diferentes concepções de liberdade de contratar, importante trazer à baila as lições de Cristiane Derani:

A iniciativa do sujeito é livre. Este mandamento expresso na forma assertiva é uma norma constitucional (norma-princípio). Ou seja, plena liberdade de ação ao indivíduo, para que ele concretize seus intentos, seus desejos, seus sonhos. Da expressão 'livre iniciativa' é tudo que se pode apreender. É açoadado e impreciso equivaler livre iniciativa a livre iniciativa de empreender no mercado. Esta é uma espécie de ação livre, é uma determinação específica da liberdade de agir. A Constituição Brasileira se recusa a tomar a parte pelo todo e por isso trata da livre iniciativa, não como princípio-base do modo de produção capitalista, mas o considera princípio essencial à sociedade brasileira (art.1º) e como pressuposto da concretização dos demais princípios-base para o desenvolvimento da atividade econômica de mercado (art. 170, *caput*).²

Ressalta-se ainda a importância da liberdade de iniciativa na Ordem Econômica Brasileira, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica

2 DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 201-202.

está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.³

Embora o princípio da liberdade de iniciativa seja de vital relevância em uma ordem econômica de matriz capitalista, devemos

3 FERRAZ JUNIOR, Técio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

ressaltar que ela não pode ser interpretada de forma absoluta, haja vista a necessidade de um juízo de ponderação com as demais liberdades econômicas previstas na Carta Política de 1988. Nesse sentido, leciona Francisco José Marques Sampaio:

A atribuição de liberdade absoluta ou a excessiva limitação estão fadadas ao insucesso. A primeira, já experimentada, conduz a situações de opressão do poder econômico a indivíduos e classes de indivíduos economicamente, socialmente, culturalmente e, nos tempos atuais, também tecnologicamente desfavorecidos. A segunda, a seu turno, revela-se incompatível com o sistema econômico capitalista industrial em que se vive, e por isso mesmo, acarretaria inaceitável freio à liberdade dos indivíduos (...) e traria consigo inevitáveis prejuízos ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, para os quais se faz indispensável a permanente produção e circulação de riquezas, o desenvolvimento de novas tecnologias que permitam o aprimoramento da atividade econômica e a melhoria da qualidade de vida dos povos.⁴

Salienta-se, ainda, que não há como exercer plenamente a liberdade de iniciativa sem um ordenamento jurídico que garanta um ambiente concorrencial nos mercados. Nesse diapasão, tal ambiente constitui elemento necessário à preservação da liberdade de empreender, pois, “em um cenário de exploração abusiva de posição dominante ou colusão entre agentes, a liberdade empresarial dos demais agente restará violada”.⁵

Há ainda de se ressaltar que o principal motivo pelo qual os países que adotam o sistema capitalista se preocupam em efetivamente tutelar a liberdade de concorrência “reside no reconhecimento da eficácia limitada do processo auto-regulador dos mercados, e nes-

4 SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 36-37.

5 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 2.

se sentido, no potencial para ferir liberdades de outros agentes econômicos e dos consumidores em geral”.⁶ Acerca desta relação entre a liberdade de iniciativa e a de concorrência, ministra o professor Fernando Aguilar:

O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.⁷

Ora, se as teorias acerca da economia demonstram que os agentes econômicos anseiam posições próximas às de monopólio, uma vez que elas permitem ganhos superiores aos de um ambiente concorrencial, por intermédio de uma política de redução de oferta e aumento de preço⁸.

Outrossim, em situações extremas, tal circunstância pode eliminar a entrada de outros agentes no mercado, não apenas em razão da eficiência econômica de seus concorrentes, mas também em função de práticas artificiais realizadas com o objetivo de evitar um ambiente concorrencial.

A partir deste raciocínio, é forçoso reconhecer que caberia ao Estado, portanto, intervir no mercado, com a finalidade de se garantir o “legítimo exercício da liberdade de iniciativa na seara econômica, porém coibindo e punindo o seu abuso”⁹.

6 Ibidem, p. 21.

7 AGUILAR, Fernando Herren. *Direitos Econômicos e Globalização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 273-274.

8 FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de rendas em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 62-63.

9 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 22.

Ressalta-se que a Constituição da República, adotando um modelo capitalista, normalmente contém previsão de um papel subsidiário ao Estado na vida econômica nacional¹⁰ (art. 173, *caput* da CRFB). Com isso, o Estado deve manter-se afastado do desempenho da atividade econômica, uma vez que a interferência estatal pode ser compreendida como uma restrição à liberdade de iniciativa dos agentes privados. Expõe Alexandre dos Santos Aragão acerca do princípio da subsidiariedade do Estado na Ordem Econômica:

Inserto no princípio da proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade está o princípio da subsidiariedade, que, na seara do direito econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos, e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.¹¹

O papel desempenhado pelo Estado na Ordem Econômica brasileira é normalmente o de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo funções de fomento, fiscalização e planejamento, nos termos do artigo 174 da nossa Constituição.

Registre-se que tal dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da livre iniciativa, de modo que a intervenção realizada pelo Estado seja compatível com o sistema capitalista e com a liberdade de empreender. Portanto, resta vedado, a priori, ao Poder Público instituir mecanismos de controle de preços ou de limitação à

10 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

11 AGUILAR, Fernando Herren. *Direitos Econômicos e Globalização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 273-274.

oferta de produtos e serviços no mercado. Assim doutrina Luís Roberto Barroso:

Somente em situações de anormalidade do mercado, ausentes as condições regulares de livre concorrência, o princípio da livre iniciativa poderá sofrer ponderações para admitir o controle prévio de preços, observados determinados pressupostos. Admite-se, todavia, que em situações anormais seja possível o controle prévio de preços pelo Estado, na medida em que o mercado tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular. Nesses casos — excepcionais, repita-se — a intervenção se justifica, afastando o limite material acima referido, exatamente para reconstruir a prática de tais princípios. Isto é: para reordenar o mercado de modo que a livre iniciativa e seus corolários possam realmente funcionar.¹²

Ademais, a aplicação do princípio constitucional da livre concorrência produz como consequência a necessidade de se reprimir e, eventualmente, punir condutas que se traduzem em desvio ou abuso no exercício da liberdade de contratar — art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Acerca do conceito de direito de concorrência, ministra Natalino Irti:

A disciplina da concorrência (...) tem por finalidade tutelar a liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de escolha individual, uma vez que a pluralidade competitiva das empresas, multiplicando a oferta de mercadorias, é condição necessária da escolha: concorrência entre empresas e preferência dos consumidores são lados do mesmo fenômeno.¹³

Portanto, recusas injustificadas de contratação praticadas por agentes econômicos detentores de posição dominante podem consti-

12 BARROSO, Luís Roberto. *A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 187-188.

13 IRTI, Natalino apud SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 24.

tuir barreiras econômicas que inviabilizam a manutenção de um ambiente concorrencial, sendo, nesses casos, classificáveis como condutas violadoras das funções econômica e social da liberdade de empreender — art. 170, III e IV, da CRFB¹⁴, devendo ser sancionadas pela Autoridade de defesa da concorrência.

Resta ainda esclarecer que a proteção à livre concorrência não deve ser confundida com a defesa do micro ou pequeno empresário, ou até mesmo com a proteção aos direitos do consumidor, haja vista que o princípio da liberdade de concorrência busca tutelar o processo econômico de escolha no mercado, ao realizar a difusão do conhecimento que decorre da diluição dos polos de poder econômico.

No mesmo sentido, insta mencionar os ensinamentos de Calixto Salomão Filho, para o qual “trata-se de princípio instrumental à concretização dos objetivos constitucionalmente relacionados à democracia econômica, no sentido de uma crescente inclusão social na vida econômica em sociedade”¹⁵.

Uma vez analisada a questão sobre a ótica das normas constitucionais, faz-se mister tecer comentários mesmo perfunctórios sobre evolução do conceito de liberdade de contratar.

III. Breves considerações acerca da evolução história da liberdade de contratar

A partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto do iluminismo e da Revolução Francesa, são reconhecidas

14 CRFB: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I — soberania nacional; II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; (...)”

15 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. In: Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, 2003, pp. 28-29.

a liberdade e a propriedade como direitos fundamentais, o que impulsiona no campo econômico, a primazia do entendimento da liberdade de empreender como um direito inerente ao Homem, sendo tal liberdade proclamada expressamente na França pelo Decreto d'Allarde de 1791¹⁶.

Leciona Enzo Roppo sobre o impacto do reconhecimento da liberdade de contratar:

Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupos, de corporação, de 'estado', que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômico-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo — e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e privilégios do passado.¹⁷

O aumento do quantitativo e do grau de complexidade das relações comerciais de decorrer dos séculos XVIII e XIX, aliado à consolidação dos ideais liberais burgueses ocasiona uma excessiva valorização da liberdade negocial, entendida como expressão da autonomia da vontade humana, fonte criadora de obrigações juridicamente exigíveis.

O Código Civil Napoleônico de 1804 em seu art. 1134¹⁸ proclama o primado da liberdade de contratar, baseada numa igualdade formal das partes, estabelecendo a máxima “o contrato faz lei entre as

16 Article 7 — *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.*

17 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almeida, 1988, pp. 36-37.

18 Article 1.134 — *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

partes”. Nesse contexto, o contrato passa a ser compreendido como um encontro de manifestações de vontade, fruto da autonomia privada, o que possibilitou aos particulares estipularem os mais variados pactos.

Ressalta-se, ainda, que, em um ambiente impregnado pelo ideário revolucionário, no qual se tem como pilares a liberdade de contratar e a igualdade formal, além do estabelecimento de um papel claramente não intervencionista para o Estado, não é de se estranhar que não tenha se desenvolvido uma política de interferência dos governos para salvaguardar uma cultura de concorrência leal.

Naquele período se acreditava na capacidade de os mercados se ajustarem por si mesmos, corrigindo eventuais desvios sem a necessidade do apoio estatal; ou seja, o pensamento smithiano-liberal era preponderante. Nas palavras de Paulo Scott:

No final do século XVIII e em todo o século XIX, de modo mais acentuado entre as décadas de 1830 e 1850, a normalidade das atividades econômicas ficou vinculada exclusivamente à concorrência estabelecida pelo mercado. De um lado, exercendo seu poder econômico dentro de um espaço de competição que lhes era particular, estavam os agentes econômicos privados e, do outro, o Estado abstendo-se do exercício de qualquer poder econômico, deixando aqueles livres para se autodeterminarem e intervindo somente quanto solicitado para garantir a observância de regras nele não originadas: as ditas regras naturais do mercado.¹⁹

Embora existisse uma forte valorização da ideia de autonomia da vontade humana, não é possível afirmar que, naquele contexto, a liberdade de contratar era tida como absoluta. Ela sempre foi limitada pelos conceitos de ordem pública e bons costumes, conforme esclarece Francisco José Marques Sampaio:

19 SCOTT, Paulo. *Direito constitucional econômico — estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 41-42.

Mesmo no período de apogeu da autonomia da vontade e, em especial, nos tempos que se seguiram, a liberdade na celebração de negócios jurídicos não foi considerada absoluta, mas, sim, subordinada a parâmetros estabelecidos em lei, considerados restrições à autonomia da vontade. As restrições se consubstanciam, predominantemente, em imposições de ordem pública que visam a proporcionar equilíbrios entre agentes que, por suas condições socioeconômicas e culturais, estão em desigualdade quando celebram negócios jurídicos. São limites que, se transpostos, retiram do negócio jurídico um dos requisitos essenciais à sua validade, a licitude do objeto.²⁰

Com o decurso do tempo, percebeu-se em diversos casos o ato de contratar não revelava uma manifestação livre da vontade e, sim, uma necessidade, já que é “a forma ordinária de se obterem os bens essenciais à existência digna em uma economia capitalista”²¹.

A partir desta percepção, as partes contratantes que demonstram sua hipossuficiência começam a solicitar uma maior intervenção estatal, no intuito de se garantir um reequilíbrio nessas relações.

O movimento que se seguiu, conhecido como dirigismo contratual, buscou inserir um conjunto de regras e princípios no ordenamento jurídico que, levando em consideração questões de justiça e equidade, limitou a liberdade de contratar, legislando sobre a disponibilidade de alguns direitos e considerando certas cláusulas abusivas, portanto, nulas. Sobre a intervenção estatal na autonomia privada, elucida Ana Prata:

Há setores em que, estando em causa a prestação de bens ou serviços de importância vital, pela absoluta falta de fluidez do mercado (situações de monopólio) ou pela carência de bens disponíveis (por exemplo, a habitação), a situação é mais grave do que a resultante da falta

20 SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 36.

21 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 31.

de igualdade, da falta de liberdade na contratação: corre-se o risco de, pela recusa de fornecimento do bem ou serviço, pela recusa de contratar, o sujeito se ver absolutamente impossibilitado de o obter. Não basta aí que o Estado intervenha para conformar a relação contratual: é preciso que a imponha. Isto é, não se substituindo a forma de satisfação das necessidades, não se alterando a forma de mercado, o Estado intervém, por via legislativa, utilizando o instrumento característico dessas relações, que para o adaptar à prossecução dos fins coletivos essenciais (funcionalização do negócio, limitação à liberdade de estipulação) quer para impor a sua utilização quando essa não é a vontade dos privados (obrigação de contratar).²²

As profundas desigualdades entre os agentes econômicos, a ausência de ingerência estatal e imoderada liberdade de comércio ocasionaram uma grande concentração do poder econômico e o surgimento de abusos como o aumento injustificado de preços e as restrições de oferta no mercado. Acerca desse panorama, recorre-se, mais uma vez, às lições de Paulo Scott:

No final do século XIX, unidades econômicas passaram a assumir posições de destaque nos mercados, regulando-os em proveito próprio. Este poder, poder econômico, detido somente por alguns agentes econômicos, foi exercido abusivamente e acabou inviabilizando a mobilidade das próprias forças produtivas, aniquilando os valores da competição e estabelecendo uma evidente contradição no quando dos dogmas econômicos provenientes da visão liberal setecentista. O princípio da livre iniciativa, correspondente ao estado original e revolucionário das forças industriais, não mais enquadrava as condições dos agentes econômicos no mercado. A associação dos interesses das grandes empresas substituiu o livre jogo econômico — organização, produção, distribuição e repartição dos mercados — negando o ilimitado acesso ao mercado e acentuando uma vocação ao protecionismo privado de caráter associativo e monopolístico. Foi o saturamento do campo competitivo. A concentração de capitais se im-

22 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almeida, 1982, p. 44.

pôs como estratégia primordial, desvirtuando por completo a desejada dinâmica da livre concorrência. O entendimento setecentista de que não haveria poder econômico privado capaz de subverter as leis naturais do mercado não resistiu às constatações empíricas e a livre competição acabou sendo eclipsada pelo fenômeno da concorrência imperfeita.²³

Somente em uma sociedade na qual se reconhece a incapacidade de os mercados se autorregularem, bem como se percebe a necessidade de uma intervenção estatal, é que se torna possível verificar uma preocupação com regras relativas ao direito concorrencial, entendido como um conjunto normativo que confere ao Estado autoridade para interferir nas relações econômicas privadas, com o escopo de garantir a livre concorrência.

Assim sendo, apenas a partir desse momento histórico, no final do século XIX, começam a surgir as primeiras leis versando especificamente acerca da defesa da concorrência, destacando-se, entre elas, o Sherman Act americano de 1890.

Ante ao exposto, fica claro que o agente econômico não possui um direito absoluto de iniciativa, seja de empreender ou de contratar, regulado apenas conforme seus interesses egoísticos; na verdade, o que se verifica é a permissão que concedida pelo ordenamento jurídico para se lançar ao mercado, a qual está delimitada, desde seu nascedouro, pelos demais princípios constitucionais.

IV. A influência da funcionalização dos contratos na leitura hodierna do direito concorrencial

No ordenamento infraconstitucional pátrio, a liberdade de

23 SCOTT, Paulo. *Direito constitucional econômico — estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 45-46.

contratar^{24,25} (tanto considerada em seu aspecto positivo, como negativo) deve ser exercida em conformidade com a sua razão econômica ou social²⁶, consoante os artigos 187 e 421 do Código Civil, de modo a justificar a sua tutela jurídica.

Daí é possível se inferir que, em consonância com essa concepção, tal liberdade “pode ser compreendida como orientada a permitir a circulação da riqueza de forma livre e não distorcida em uma sociedade capitalista, a qual confere relevância jurídica à liberdade de empreender”²⁷.

A funcionalização dos contratos se traduz no reconhecimento de que a liberdade de contratar, atendendo aos interesses privados, não pode violar os princípios econômicos constitucionais. Desse modo, percebe-se que é possível a imposição de um dever de contratar ao agente com poder de mercado em prestígio ao princípio da livre concorrência plasmado no Texto Maior.

Outrossim, em uma análise sistemática do ordenamento, pode-se compreender que as normas regulatórias legais não são regras isoladas, mas projeções diretas do princípio constitucional da livre concorrência e da função social do contrato. Corroboram com tal tese os ensinamentos de Gustavo Tepedino:

24 Para o fim do presente trabalho, se considera o conceito de liberdade contratar em sentido amplo, incluído a liberdade de contratar sentido estrito, como a liberdade contratual.

25 Parte considerável da doutrina civilista costuma diferenciar entre a liberdade de contratar (*stricto sensu*) e a liberdade contratual. Liberdade de contratar estaria relacionada com a possibilidade de o agente capaz escolher por contratar ou não, e optar com quem contratar. Já a liberdade contratual diria respeito a possibilidade das partes estipularem o conteúdo do contrato.

26 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

27 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23.

À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República (...). Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender — ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual — a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relaciona com o contrato ou são por ele atingido.²⁸

Igualmente, o ordenamento jurídico, em atendimento aos princípios da iniciativa e livre concorrência, obriga o intérprete a fazer uma análise ponderada quanto ao conteúdo da liberdade de contratar, exercitando sempre um juízo de proporcionalidade entre as normas constitucionais e demais princípios aplicáveis, tais como os da função social da propriedade e do contrato, da boa-fé e os da legislação consumerista.

Ressalta-se o papel fundamental da cláusula geral da boa-fé, que reforça o caráter solidário das relações contratuais no direito contemporâneo, “pois gera um círculo virtuoso em que o respeito à boa-fé reforça os laços de solidariedade social e essa, por sua vez, reforça a boa-fé”²⁹, reconhecendo que os contratos têm uma dimensão moral³⁰.

Do mesmo modo, a positivação no ordenamento jurídico pátrio de princípios como o dever de boa-fé e a função social do contrato se mostraram instrumentos fundamentais à proteção das partes em uma relação contratual.

28 TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II, pp. 19-20.

29 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

30 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 154.

O dever de boa-fé na celebração e na execução de um contrato permite a feitura de um amálgama entre os interesses egoístas das partes e os coletivos de segurança e de estabilidade nas relações contratuais, constituindo uma verdadeira garantia conferida aos contratantes pelo ordenamento jurídico, eis que “a boa-fé reforça as possibilidades de confiança no sistema, diminuindo os riscos e fazendo aflorar um grau de segurança e de previsibilidade”³¹.

V. As restrições verticais no direito da concorrência pátrio

A legislação que versa sobre o direito concorrencial brasileiro estabelece sanções em relação às restrições verticais, com fulcro na regra geral disposta no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Tal dispositivo determina que os atos, sob qualquer forma manifestados, que limitem a concorrência, dominem mercados, aumentem os lucros de maneira arbitrária, ou ainda, que possam ser tipificados como exercício abusivo de posição dominante, constituem infração à ordem econômica³².

A seguir, o Legislador faz uma lista não exaustiva de exemplos de atos que possam ser enquadrados como infrações contra a ordem econômica, tais como: (1) recusa de contratar, (2) impedir o acesso a mercados de matéria-prima, (3) preços discriminatórios, (4) impedir o acesso de novas sociedades ao mercado entre outras.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica define em sua Resolução de nº 20 o conceito de práticas restritivas verticais:

31 FORGIONI, Paula. *Contratos de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 552.

32 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II — dominar mercado relevante de bens ou serviços; III — aumentar arbitrariamente os lucros; e IV — exercer de forma abusiva posição dominante.

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente — a “montante” ou a “jusante” — ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

Tais práticas são condenáveis no ponto de vista concorrencial em razão de suas consequências danosas ao mercado relacionado, como bem explica a Autarquia Federal no mesmo texto:

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito.

Ademais, a referida Resolução dispõe no seguinte sentido de que as práticas verticais somente estarão sujeitas a sanções caso verificada a existência de uma posição dominante sobre o mercado de origem, bem como o efeito substancial em parcela considerável do mercado alvo, de modo resultar na possibilidade de eventual risco à concorrência³³.

33 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 108.

Finalmente, salienta-se que a autoridade de defesa da concorrência deverá aferir, no caso concreto, se há razões relacionadas a eficiências econômicas que justifiquem tais condutas negociais, de modo a realizar uma ponderação entre tais razões e os potenciais efeitos anticompetitivos, à luz do princípio constitucional da razoabilidade³⁴.

VI. A recusa de contratar como ilícito concorrencial

Como se percebe ao longo do texto, a progressiva influência do direito público sobre a esfera privada, bem como o fenômeno da solidarização no âmbito do direito civil e comercial levaram que cláusulas, antes lícitas à luz da autonomia da vontade, se tornassem vedadas pelo ordenamento jurídico.

Ademais, o direito contemporâneo condicionou a propriedade privada ao cumprimento de sua função social, o que fortalece a legitimidade do Estado como interventor nas relações contratuais, especialmente sobre aquelas que envolvem os bens de produção³⁵.

A tutela jurídica do princípio da liberdade de concorrência vem sancionar recusas de contratar que poderiam ser consideradas lícitas à luz da excessiva valorização da liberdade de iniciativa característica dos séculos XVIII e XIX.

No exterior, a preocupação com os efeitos negativos decorrentes das restrições verticais vieram a partir das primeiras decisões judiciais da Suprema Corte americana com fulcro no Sherman Act de 1890.

34 Ibidem, p. 108.

35 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 112.

Especificamente sobre as recusas unilaterais de contratar, a visualização de seus efeitos anticompetitivos foi reforçada com a promulgação do Clayton Act de 1914, cujo artigo 3º prevê a possibilidade de sanção de atos que conduzam a acordos de exclusividades que impossibilitem a livre concorrência em mercado relacionado³⁶.

Nesse diapasão, a Suprema Corte americana em um dos primeiros casos relativos ao tema da recusa de contratar, o caso *Colgate*³⁷, julgou a acusação formulada pelo governo daquele país, segundo a qual a sociedade teria violado o Sherman Act ao criar e manter uma política de preços de revenda a ser respeitada compulsoriamente pelos revendedores, sob pena de exclusão da rede.

Dessa forma, tal posicionamento da fabricante teria ocasionado grandes malefícios à concorrência, pois os atacadistas passariam a evitar vender os produtos da Colgate a um preço inferior ao definido na tabela da sociedade.

A Corte entendeu que um agente econômico é livre para escolher discricionariamente seus parceiros comerciais, desde que tal escolha não possua intenção de se criar um monopólio. Assim se manifestou o Tribunal:

O objetivo do Sherman Act é proibir os monopólios, contratos e combinações que provavelmente interfeririam indevidamente sobre o livre exercício dos direitos daqueles engajados, ou que desejem engajar-se, no comércio — em uma palavra, preservar o direito de liberdade de comércio. Na ausência de uma intenção de se criar ou manter um monopólio, o ato não restringe o de há muito reconhecido direito de um comerciante ou fabricante engajado em negócios inteiramente privados, de livre e independentemente exercer sua discricionariedade relativamente a com que partes irá negociar, e, obvia-

36 Ibidem.

37 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 — 1919. Disponível em: "<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>". Acesso em 20 de janeiro de 2012.

mente, ele pode anunciar antecipadamente as circunstâncias nas quais se recusará a vender.³⁸

Porém, como se verá a seguir, haverá uma preocupação da Corte em aplicar tal precedente tão liberal aos demais casos, tendo sido apresentado o argumento segundo o qual as recusas de contratar devem ser analisadas caso a caso e sempre à luz da regra da razão.

No case *United States v. Parke, Davis & Co.*³⁹, a sociedade empresária foi acusada de pactuar previamente preços de revenda de medicamento com farmácias situadas nas cidades americanas de Washington e Richmond, bem como de romper as relações comerciais com aqueles que se negassem a seguir tais preços combinados.

A Suprema Corte americana afastou a aplicação da doutrina *Colgate*, afirmando que tal precedente estaria restrito a recusas de venda cujo propósito fosse o exercício do direito de escolha do fabricante sobre com quem contratar. Porém, no caso em comento, quando a recusa tivesse outros objetivos, como a fixação de um preço único de revenda, tabelamento de preços, tal conduta poderia ser entendida como violadora do direito concorrencial dos Estados Unidos da América. Os magistrados americanos entenderam que:

Quando as ações do fabricante, como no presente caso, vão além do mero anúncio de sua política e da simples recusa de contratar, e empregam outros mecanismos que efetivam aderência aos seus preços de revenda, essa excludente não está presente, e, portanto, ele praticou uma combinação violadora do *Sherman Act*.⁴⁰

38 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 — 1919. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2012 — Em tradução livre.

39 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Parke, Davis & Co.* — 362 U.S. 29 — 1960. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/29/>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

40 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Parke, Davis & Co.* — 362 U.S. 29 — 1960. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/29/>. Acesso em 20 de janeiro de 2012 — Em tradução livre.

Já no direito comunitário europeu, a Corte Européia de Justiça teve que analisar o recurso contra a decisão proferida no caso Oscar Bronner v. Mediaprint⁴¹, no qual a autoridade de defesa da concorrência austríaca requereu que o Tribunal europeu se manifestasse quanto à possibilidade de uma sociedade com posição dominante recusar fornecer a um concorrente direto acesso ao seu sistema de distribuição à luz do atual artigo 82 do Tratado de Roma.

Oscar Bronner, editor e distribuidor, de um jornal diário daquele país, com participação no mercado relacionado de apenas 3,6%, na circulação, e 6%, em termos de anúncios, acusou a Mediaprint, que possuía posição dominante naquele mercado, de violar a lei concorrencial austríaca a se recusar a distribuir, mediante remuneração, o jornal do primeiro, por intermédio de sua rede própria, a única que tinha alcance nacional.

A Corte Européia decidiu que a conduta da sociedade com posição dominante só seria sancionável sob a ótica do direito comunitário se: (1) a recusa de fornecer o serviço de entrega tivesse potencial de eliminar toda a concorrência no mercado relacionado, (2) não houvesse razão jurídica ou econômica legítima para a recusa e (3) o serviço demandado fosse indispensável para que o demandante pudesse desenvolver seu negócio, não havendo outras possibilidades além da utilização da rede de distribuição do demandado⁴². Ausente

41 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG — Case C-7/97. 1998. Disponível em: http://eur-Lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61997J0007&lg=em. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

42 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG — Case C-7/97. 1998. Disponível em: http://eur-Lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61997J0007&lg=em. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

tais premissas no caso concreto, o Tribunal entendeu que não procedia o pedido formulado.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial elaboraram em conjunto diretrizes acerca de um modelo para implementação de política de defesa da livre concorrência baseadas em três critérios fundamentais: (1) poder de mercado do agente econômico, (2) existência de racionalidade econômica ou jurídica para recusa e (3) possibilidade de dano à concorrência no mercado relacionado⁴³.

Conforme dito anteriormente, no direito brasileiro, a Lei nº 12.529/2011 veda a prática de atos que possam produzir efeitos danosos à livre concorrência, sendo incluídas também as recusas injustificadas de contratar que impossibilitem a manutenção de um ambiente concorrencialmente equilibrado.

Nesse contexto, faz-se necessário citar o conceito definido pelo CADE acerca da figura da recusa de negociação, previsto no anexo 1 da Resolução CADE nº 20/1999:

4. Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Ressalta-se que os efeitos anticompetitivos potenciais de tal prática estão vinculados especialmente ao aumento ou bloqueio das barreiras à entrada de novos agentes econômicos nos canais de distribuição, bem como aos serviços de pós-venda aos clientes da cadeia produtiva.

⁴³ Banco Mundial e OCDE apud SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 113.

A jurisprudência do CADE tem se consolidando no sentido da licitude de recusas unilaterais de contratar, com fulcro na liberdade de iniciativa, desde que não possua graves prejuízos à concorrência.

Nesse sentido, durante o julgamento do processo administrativo de nº 42/1992⁴⁴, a autoridade de defesa da concorrência entendeu que não havia ilicitude na negativa de contratação por parte de um agente econômico, de credenciar novos revendedores, desde que não haja possibilidade de formação de monopólio. Assim se manifestou o conselheiro-relator Edison Rodrigues-Chaves no caso em comento:

No presente processo, foi a Goodyear acusada de recusar-se a admitir acesso de novos revendedores de seus produtos no mercado de pneumáticos. Ao defender-se, negou a empresa as acusações, embora afirmasse preferir vender em grandes quantidades a revendedores atacadistas — sem exclusividade ou mesmo qualquer credenciamento especial —, por falta de uma rede de distribuidores capaz de assegurar o abastecimento de micro e pequenas empresas varejistas em todo o País. Estas, salientou, abastecem-se, normalmente, sem qualquer prejuízo, junto àqueles atacadistas. No entanto, dispôs-se a efetuar as vendas diretas reclamadas para pagamento à vista (...). Não vejo apud acta a comprovação da prática lesiva ao Direito da Concorrência atribuída pelas Representantes à Representada. Nem mesmo caracterizada foi a recusa de venda de produtos de sua fabricação pela Representada, às Representantes. Sou assim pelo conhecimento do recurso de ofício interposto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que determinou o arquivamento do processo e, no mérito, por sua rejeição.⁴⁵

44 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo de nº 42/1992, julgado em 07/03/1996. Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

45 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo de nº 42/1992, julgado em 07/03/1996. Disponível em: “http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000478261166.pdf”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Durante a década de 1990, o CADE julgou um caso no qual as sociedades Companhia Petroquímico do Sul — Copesul, OPP Petroquímica S/A, OPP Polietileno S/A e Ipiranga Petroquímica S/A solicitaram a aprovação de um ato de concentração que previa contratos de suprimento de matéria-prima firmados no âmbito do processo de expansão do pólo petroquímico de Triunfo, sendo a fornecedora de matérias-primas a Copesul e clientes, as demais sociedades.

A Petroquímica Triunfo S/A, apesar de deter apenas 1% do capital social da fornecedora, questionou a operação, acusando-a de recusa de fornecimento de matéria-prima vital ao desenvolvimento de seu objeto social, pois a Copesul haveria negado sua inclusão no referido plano de expansão.

A autoridade de defesa da concorrência decidiu que a Copesul teria razões econômicas suficientes para não expandir sua oferta especificamente à Triunfo S/A, cuja indisposição com a Petroquímica decorreria de questões atinentes ao processo de privatização do polo, não sendo vislumbrado risco de exclusão de mercado no caso concreto⁴⁶. Conforme trecho do voto vencedor da conselheira Lucia Helena Salgado, *in verbis*:

Do exame dos fatos trazidos ao conhecimento deste Plenário pelo Relator, formei a convicção de que existem razões econômicas para a não incorporação da Interessada no plano de expansão. Penso que não se trata de um problema de reputação o que envolve a Interessada, mas sim um problema de identidade ou propriamente, de ausência de identidade, que se agudiza com as incertezas associadas ao seu futuro e iminente processo de privatização. A incerteza quanto à futura configuração de propriedade da Interessada acentua o quadro de incerteza em um ambiente, como o do pólo petroquímico, onde a coordenação de decisões é fundamental.⁴⁷

46 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº 54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

47 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº

Contudo, o CADE entendeu que, em razão de sua posição dominante naquele mercado, a Copesul estaria obrigada a oferecer não diretamente à Triunfo, mas de oportunizar, ao mercado em geral, oferta pública, da qual todos os concorrentes pudessem participar em iguais condições⁴⁸.

Uma vez apresentadas as principais questões atinentes ao tópico em análise, forçoso é apresentar a conclusão do estudo realizado.

VII. Conclusão

Durante toda a pesquisa efetuada, pode-se perceber a importância de uma análise aprofunda acerca da matéria, seja em razão da complexidade do tema, que envolve tanto questões da ciência jurídica como a econômica, seja em razão da necessidade de uma interpretação com acuidade de todo o arcabouço normativo relacionado com o tema de fundo.

Percebeu-se que, no que tange à possibilidade de aplicação de sanções fundadas em uma recusa de contratar à luz do direito concorrencial, é imperioso atentar-se às particularidades do caso concreto, mediante a verificação de eventuais escusas legais que permitam tal comportamento, ou razões econômicas suficientes a garantir a licitude da conduta praticada.

Salienta-se, ainda, que o tema não se restringe ao panorama brasileiro, sendo objetos de pesquisa em todo o mundo, o que refor-

54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160721990.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

48 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº 54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

ça a importância da investigação teórica, e a aplicabilidade prática das ideias desenvolvidas pelos estudiosos.

Por fim, ressalta-se que o ordenamento jurídico nacional vem, paulatinamente, se aperfeiçoando no sentido de garantir um exercício da liberdade de iniciativa, constitucionalmente tutelada, sem se olvidar das possíveis consequências danosas de atos de particulares na esfera do direito concorrencial.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.263.500 — ES (2011/0151185-8)

RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: BANCO BRADESCO S/A

RECORRIDO: INDÚSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA —
EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro

Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo parcialmente da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando o voto da Ministra Relatora, a Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com ressalvas do Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília/DF, 05 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CF, por BANCO BRADESCO S/A contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja ementa assim dispõe:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL — CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO — ABERTURA DE CRÉDITO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS — MULTA DIÁRIA — RAZOABILIDADE.

1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei 11.101/2005).
2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário,

do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, *leasing*, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005).

3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei 4.728/65, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.

4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.

5. O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da referida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.

6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.

7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de *astreinte*, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade.

8. Recurso conhecido e desprovido.

Em suas razões, o recorrente alega violação aos seguintes dispositivos legais: (i) art. 66-B da Lei nº 4.728/1965, arts. 82 e 83 do CC/2002 e art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, tendo em vista que, com a cessão fiduciária do crédito, o cessionário, ora recorrente, tornou-se proprietário fiduciário do respectivo título e, sendo o crédito considerado bem móvel, não estaria sujeito à recuperação judicial; (ii) art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, uma vez que a multa cominatória estabelecida em 1º grau no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) “*deveria ter sido substancialmente diminuída pelo Tribunal a quo, porquanto evidentemente desproporcional em relação ao valor da obrigação principal*” (fl. 460 e-STJ). Defende, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial com relação ao Agravo de Instrumento nº 585.273.4/7-00, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contrarrazões às fls. 476-489 (e-STJ), onde se alega que: (i) o recorrente reteve indevidamente o valor de R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) de propriedade da empresa para não se sujeitar aos limites estabelecidos no plano de recuperação judicial, ultrapassando credores preferenciais devidamente habilitados; (ii) não há interesse de recorrer, pois a empresa recorrida efetuou, por determinação judicial, o levantamento do valor de R\$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos), sendo que esse montante já foi integralmente utilizado no plano de recuperação judicial, sendo-lhe impossível, portanto, consigná-lo judicialmente ou restituí-lo ao recorrente; (iii) não houve prequestionamento do art. 461 do CPC (S. 282/STF e 211/STJ); (iv) incide ao caso a S. 7/STJ, uma vez que seria necessária a revisão de provas para verificar se o recorrente assumiu ou não a posição de proprietário fiduciário no contrato de abertura de crédito rotativo garantido por instrumento particular de constituição de garantia — cessão fiduciária; (v) no mérito, o recorrente não possui as qualidades de proprietário fiduciário de bem móvel a que alude o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, pois as normas que imprimem exceção à regra geral de-

vem ser interpretadas restritivamente, sendo o dispositivo regulado pelo art. 1.361 do CC/2002 (propriedade resolúvel de coisa móvel infungível), o que não é o caso dos autos, em que o crédito possui natureza privativa (art. 49, § 5º da Lei nº 11.101/2005).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 529-535).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora):

A Lei nº 11.101/2005 (LFR) estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*).

Da regra geral excepciona a lei certos créditos, os quais, embora anteriores ao pedido de recuperação judicial, não se sujeitam aos seus efeitos.

Eis os dispositivos da Lei nº 11.101/2005 relevantes para a solução da controvérsia:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação

respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

(...)

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre título de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

A hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, assim redigido:

§ 3º. É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004).

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004).

O “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis” não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressa disposição legal.

Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”.

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem “direitos pessoais de caráter patrimonial”, bens móveis, portanto.

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero — bens móveis — não haveria, data venia, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” CC, art.s 79 a 81). A circunstância de o § 3º do art. 49 da LFR, em seguida à regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial”, estabelecer que “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a **coisa** e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, não permite inferir que, não sendo o título de crédito “coisa corpórea”, à respectiva cessão fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação.

Com efeito, a explicitação contida na oração “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa” tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor.

Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que “o contrato de

cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)", seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada "inclusive contra o próprio cedente" (inciso I), bem como o direito de "receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente" (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos.

Anoto, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acórdãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito.

Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se compreende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, *data maxima venia*, com o texto legal, não seria proveitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destituído do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada.

Nessa linha de entendimento, ressalta com precisão o parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior que "mediante a cessão fiduciária de direitos creditórios, juntamente com a transferência da propriedade resolúvel de coisa móvel fungível (cédula de crédito bancário), o devedor, que na espécie é a empresa recuperanda, cede seus recebíveis a uma instituição financeira a qual recebe o pagamento diretamente do terceiro-devedor. Em suma, é uma forma de financiamento com plena garantia em que a proprieda-

de é transferida para a órbita do domínio do credor para cumprimento da obrigação contraída.” (e-STJ fl. 534).

Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária.

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0151185-8 – REsp 1.263.500 / ES

Números Origem: 30070074353 – 30090000180

PAUTA: 27/11/2012 – JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA:

Sr. Presidente, louvo a intenção de V. Exa., no entanto a posição privilegiada do credor fiduciário é o que assegura as taxas de juros que são praticadas nessa modalidade de operação financeira e o que possibilita o acesso ao crédito a muitas empresas. Alterar essa posição de privilégio do credor trará, naturalmente, repercussões nos custos dessa operação. Não permitir a realização da garantia pelo credor, conforme previsão contratual, implica descaracterizar o instituto, tornando vulnerável a garantia. Entendo que a vontade do legislador foi, de fato, excluir os créditos garantidos por cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial.

Por isso, pedindo vênias a V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Sr. Presidente, com todas as vênias ao entendimento ideológico praticamente declinado por V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, porque são essas qualificadoras dessa modalidade de relação econômica nesses financiamentos, nesses modos aquisitivos de bem, que propiciam esses juros remuneratórios do capital emprestado pelo banco, primeiro, em índices menores e, em segundo lugar, em operações factíveis, porque, a partir do momento em que o mercado não der essas garantias, e que essas garantias sejam efetivamente realizadas, em quaisquer que forem as circunstâncias, porque foi feito um ato normativo, foi editada uma lei especificamente para esse fim, então teremos uma modificação, primeiro, nas taxas de juros praticadas e, segundo, na disposição, no ânimo do banqueiro de dispor dessa parte do capital para o consumidor, para todas essas empresas que se valem, e muito, no Brasil, desses expedientes de crédito.

Diante dessas considerações, e não me comprometendo com a tese nos casos em que evidenciada a inviabilidade de recuperação judicial da empresa — situação que não se verifica no presente recurso, acompanho a eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Nos autos da recuperação judicial de Indústria de Móveis Modelar Ltda., em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Linhares/ES, foi determinada a inclusão de crédito do Banco Bradesco S/A, no valor de R\$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos), representado pelos

contratos ns. 3626-64.052 e 3626-61.161, os quais estavam garantidos, pela recuperanda, por cessão fiduciária de duplicatas mercantis.

O credor impugnou o edital em que constava o referido crédito, aduzindo que os mencionados contratos não se sujeitariam à recuperação judicial, em razão do que prevê o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. A empresa recuperanda, por sua vez, pleiteou a devolução dos valores recebidos pelos credores (entre eles o Banco Bradesco S/A) durante a recuperação judicial resultantes do pagamento de débitos oriundos de contratos garantidos por cessão fiduciária de crédito.

O juízo de piso acolheu o pleito deduzido pela recuperanda, determinando o seguinte:

“[...] a expedição de ofícios às instituições financeiras indicadas à fi. 3.300, a fim de que estas promovam a liberação, em favor da Recuperanda, dos montantes indevidamente recebidos, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para a conta-corrente indicada à fi. 3.298, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento, sem prejuízo da configuração de crime de desobediência e do ilícito penal tipificado no art. 172, da Lei n. 11.101/2005 (fl. 306).”

O Banco Bradesco S/A interpôs agravo de instrumento pleiteando a não inclusão dos valores em questão no bojo da recuperação judicial, porquanto se trata de crédito fiduciário, excluído do rito especial recuperacional pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05. Aduziu que o direito creditório deve ser considerado como bem móvel, razão por que incide o mencionado dispositivo legal. Subsidiariamente, pugnou pela redução da multa cominatória, então fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial.

O TJES negou provimento ao agravo de instrumento nos termos da seguinte ementa:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL — CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO — ABERTURA DE CREDITO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS — MULTA DIÁRIA — RAZOABILIDADE.

1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei 11.101/2005).

2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, *leasing*, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005).

3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei 4.728/65, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.

4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel, ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.

5. O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da referida Lei, circunstância que não se

aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.

6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.

7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de astreinte, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade.

8. Recurso conhecido e desprovido.”

No recurso especial, o recorrente repetiu, em síntese, a tese antes apresentada nas instâncias ordinárias, no sentido de que o credor fiduciário não se sujeita à recuperação judicial nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, insurgindo-se contra a determinação do Juízo de piso de que fossem devolvidos os valores recebidos a título de crédito cedido fiduciariamente pela empresa recuperanda. Subsidiariamente, pleiteou a redução das *astreintes*.

A eminente Relatora, Ministra Isabel Gallotti, conheceu do recurso e lhe deu provimento para que fossem “excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária”, fazendo incidir o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, nos sentido de que o “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis” não se submete à recuperação judicial.

Entendeu Sua Excelência que a referência a “bens móveis” contida no § 3º, do art. 49 da Lei, deve também abarcar os móveis incorpóreos, como é o caso dos direitos creditórios pessoais (art. 83 do Código Civil de 2002).

Afastou também a incidência do § 5º, referente a penhor sobre

títulos de crédito, traçando as diferenças entre a garantia pignoratícia e a fiduciária.

Na assentada do dia 6.12.2012, pedi vista dos autos para melhor exame do caso. Passo ao voto.

2. A matéria em exame é de extrema relevância, porquanto gravitam em torno dela dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito.

Cumprе ressaltar, para logo, que, em se tratando de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa recuperanda, embora aparente o contrário, muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância.

Isso porque, se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.

Por isso a importância de que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedidas de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito de preservação da empresa.

3. Por outro lado, em razão da importância do crédito bancário, seja para as empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional — a chamada “**trava bancária**” na recuperação judicial.

Com efeito, até mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, não tenho dúvida em afirmar que o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao “credor titular da posição de proprietário fiduciário” a que se refere o art. 49, § 3º, da Lei, nos termos do que propugna o voto proferido pela Sra. Ministra Isabel Gallotti, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”.

Assim, penso que é mesmo adequado se conferir uma interpretação larga às referências a bens “móveis” e “imóveis” e à “propriedade sobre a coisa” contidas na primeira parte do referido parágrafo 3º, para alcançar também os direitos creditórios, como prevê o art. 83 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, e na linha do voto proferido pela eminente Relatora, cito, por todos, a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o crédito fiduciário insere-se na categoria de bem móvel e, por isso mesmo, é abrangido pela chamada “trava bancária”:

“Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuram levantar a ‘trava bancária’ do art. 49, § 3º, da LF, sob o argumento de que a *cessão fiduciária de direitos creditórios* não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de *bens* móveis ou imóveis. Esse argumento procurava sustentar que na noção de bens somente poderiam ser enquadradas as coisas corpóreas. Não vinga a tentativa. Os direitos são, por lei, considerados espécies de bens móveis. Confira-se, a propósito, o art. 83, III, do CC. Nesse dispositivo, o legislador brasileiro consagrou uma categoria jurídica secular, a dos *bens móveis para efeitos legais*.

[...]

Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens *corpóreos*, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente “coisa”. Enquanto “bens” abrange todos os objetos suscetíveis

de apropriação econômica, ‘coisa’ restringe-se aos bens corpóreos (COELHO. Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 194-195).”

Porém, a mesma largueza interpretativa — sob pena de possível incongruência hermenêutica — é de ser conferida a todo o dispositivo, precisamente a sua parte final, que visa a equacionar os interesses do credor e da empresa em recuperação e restringe a satisfação do crédito — mesmo que não participante da recuperação — quando tal providência puder comprometer o próprio funcionamento da empresa.

Para melhor compreensão, transcreve-se o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo**, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, **a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.**”

Destarte, assim como os direitos creditórios transferidos por cessão fiduciária inserem-se na parte inicial do dispositivo (“bens móveis” e “propriedade sobre a coisa”), tais direitos também devem sofrer a restrição relativa à retirada de bens que guarnecem o estabelecimento, sempre que “essenciais a sua atividade empresarial”, sejam eles “bens de capital” ou não.

Deveras, não é de boa técnica conferir interpretação ampliati-
va a “bens móveis” ou “propriedade sobre a coisa” e uma restritiva e
literal a “bens de capital” no mesmo dispositivo legal.

4. Nessa linha de raciocínio, a solução da controvérsia, a meu
juízo, não se resume unicamente em interpretar a expressão “bens
móveis” contida no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, para saber se o
crédito resultante de cessão fiduciária de título submete-se aos efeitos
da recuperação judicial ou não.

Na verdade, cumpre investigar qual o significado da exceção
legal segundo a qual, “tratando-se de credor titular da posição de pro-
prietário fiduciário de bens móveis ou imóveis [...], seu crédito não se
submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direi-
tos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”.

Nesse passo, parece mais adequado estabelecer que o alcance
da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura
conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para
os credores fiduciários, que têm seus direitos de propriedade preser-
vados, não se permite, “*durante o prazo de suspensão a que se refere
o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do
devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”.
Com essa medida, creio que os diversos interesses que aparentemen-
te conflitam no seio da recuperação ficam preservados.

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princí-
pios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao cré-
dito fiduciário contida no art. 49, § 3º, da Lei significa que, muito em-
bora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e
que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não
está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o
prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º.

Mesmo no caso de créditos garantidos por alienação fiduciá-
ria, os atos de satisfação que importem providência expropriatória
devem ser sindicáveis pelo Juízo da recuperação.

E isso por uma razão simples: não é o credor fiduciário que diz se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do Plano de Recuperação Judicial, mas sim o Juízo condutor do processo de recuperação.

Sobre o tema, a Segunda Seção se manifestou em mais de uma oportunidade.

A título de exemplo, lembro o Conflito de Competência 110.392/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, em que se discutia a competência para ação de imissão na posse de imóvel gravado com garantia fiduciária, ajuizada em desfavor de empresa em recuperação judicial pelo credor fiduciário.

O voto condutor do acórdão, proferido pelo Relator, esquadri-nhou com precisão a circunstância de que o proprietário fiduciário, embora não se submeta aos efeitos da recuperação, sujeita-se ao freio legal referente à satisfação do crédito mediante a realização da garantia.

Nessa linha, asseverou Sua Excelência, firme em lapidar magistério de Arnaldo Wald e Ivo Waisberg:

“Em primeiro lugar, não se desconhece que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05

[...].

É de se ver, porém, que **esse tratamento diferenciado concedido ao credor fiduciário não impede que seja limitado o direito de retomada do bem de sua propriedade, a prudente critério do Juízo da recuperação**, consoante esclarecem Arnaldo Wald e Ivo Waisberg, ao comentar referido dispositivo legal, *verbis* :

‘Por outro lado, pela importância econômica que a retirada de um bem ou equipamento pode significar, às vezes inviabilizando a continuidade da empresa, o legislador achou por bem, embora retirando

o crédito dos efeitos da recuperação judicial, limitar o direito de retomada dos bens de propriedade desses credores em posse do devedor, para que este pudesse manter a atividade em curso. Assim, durante o prazo de suspensão das ações de 180 dias do § 4º do art. 6º, os bens objetos dos contratos mencionados no dispositivo não poderão ser retomados. Aprovado o plano, e se a continuidade da atividade econômica o exigir, o juiz poderá, fundamentadamente, dilatar o prazo, de forma limitada, para viabilizar a recuperação. A proteção que se faz da manutenção da atividade produtiva busca viabilizar, pelo período de suspensão, a eficaz apresentação de um plano de recuperação sem que a empresa em crise seja impedida de retomar suas atividades, ou mesmo tenha de abandoná-las por completo antes da votação de seu plano de recuperação. Isso se torna particularmente claro se lembrarmos que o prazo de suspensão estende-se por 30 dias além daquele legalmente previsto no § 1º do art. 56 para votação do plano de recuperação judicial.

A exclusão de certos créditos dos efeitos da recuperação é louvável.

No entanto, daí não se pode supor que é ampla e absoluta a possibilidade do detentor de crédito oriundo dos negócios aqui descritos de fazer valer seus direitos na forma antes pactuada.

O inegável escopo esposado pela NLFR em seu art. 47, qual seja, o de sustentar o funcionamento da empresa em razão de sua reconhecida função social, deve ser levado em consideração na leitura do parágrafo em comento.' (Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, coordenadores: Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

[...]

Isso não significa, porém, que o imóvel não deva ser entregue ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), pode o Juízo da Recuperação Judicial estabelecer prazos e condições para essa entrega, fixando remuneração justa para o credor enquanto o bem permanece na posse do devedor.

[...]

Assim, compete ao Juízo da 2ª Vara Cível de Itaquaquetuba, onde tramita a recuperação judicial da indústria de alimentos OLI MA, le-

vando em consideração os aspectos destacados nessa decisão, equacionar os interesses em conflito, tomando em conta, de um lado, o direito do credor fiduciário e, do outro, o princípio da preservação da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora e dos empregos, caso isso se mostre viável.”

Na mesma direção, confira-se também:

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/05. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CRÉDITOS GARANTIDOS FIDUCIARIAMENTE. DISCUSSÃO NA ORIGEM ACERCA DA HIGIDEZ DA GARANTIA SOBRE OS BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS QUE COMPÕE OS ESTOQUES DA EMPRESA (ÁLCOOL). CRÉDITOS QUE ESTÃO INCLUÍDOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DO RECIFE, SUSCITADO.” (CC 105.315/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010)

5. De fato, convém lembrar que o Plano de Recuperação Judicial ostenta nítido caráter negocial e que, em não raras vezes, reduz direitos dos credores que a ele se sujeitam.

Por essa ótica, afirmar que o credor fiduciário não se subsume à recuperação judicial significa, primeiramente, que ele não pode ser compelido às tratativas do Plano, aos acordos a que chegou a Assembleia de credores. Por outro lado, dizer que sua propriedade fiduciária também é preservada significa não ser possível, em princípio, a utilização do bem dado em garantia para satisfazer créditos de terceiros incluídos no Plano.

Porém, a satisfação do próprio crédito fiduciário está limitada pelo imperativo maior de preservação da empresa, contido na parte final do § 3º do art. 49 e no *caput* do art. 47, de modo que é o Juízo

da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância.

Em suma, o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talante.

Preservam-se o valor do crédito e a garantia prestada, mas se veda a realização da garantia em prejuízo da recuperação.

Aliás, em boa verdade, com a recuperação judicial, todos os credores direta ou indiretamente são, de alguma forma, atingidos, mesmo aqueles que pela Lei não se sujeitam aos efeitos da medida, de modo que nenhum está totalmente livre para satisfazer seu crédito contra uma empresa em recuperação como melhor lhe convier.

Assim como o credor fiduciário — que tem a liberdade de satisfação do crédito limitada —, o credor tributário, que também não é incluído no Plano de Recuperação Judicial, sofre, indiretamente, algumas limitações, uma vez que, embora as execuções fiscais tenham normal prosseguimento, a jurisprudência do STJ reiteradamente tem vedado a prática de atos expropriatórios tendentes à satisfação do crédito fazendário à revelia do Juízo da recuperação.

6. Com base nessas premissas jurídicas que se me afiguraram de extrema importância ao desate da controvérsia, volto à análise do caso concreto.

Em síntese, o ora recorrente, credor por cessão fiduciária de duplicatas, pretende o recebimento de seu crédito diretamente dos devedores, cuja obrigação fora assumida, originariamente, perante a empresa em recuperação, a qual lho transferiu mediante o instrumento previsto no art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65.

Assim — e com a devida vênua de entendimento contrário —, percebe-se que a pretensão recursal tem a virtualidade de colocar o

credor por cessão fiduciária em posição não alcançada por nenhum outro, esteja ou não submetido ao Plano de Recuperação, como é o caso do proprietário fiduciário de coisa móvel ou imóvel corpórea ou a Fazenda Pública. Estes últimos, como antes afirmado, mesmo não se sujeitando ao Plano de Recuperação, estão submetidos a limitações referentes à satisfação do seu crédito, o que não aconteceria com o credor garantido por cessão fiduciária.

Vale dizer que a tese desenvolvida no recurso, a meu juízo, extrapola até mesmo a disposição do art. 49, § 3º, da Lei, porquanto retira do Juízo da recuperação a mínima possibilidade de ponderação entre a qualidade do crédito e a essencialidade dos valores à atividade empresarial; autoriza o credor a “liquidar extrajudicialmente” a garantia a seu nudo e à revelia da recuperação, o que pode esvaziar o patrimônio da empresa recuperanda e inviabilizar seu soerguimento; enfim, transforma o credor garantido por cessão fiduciária de títulos em um supercredor, ao qual nem o proprietário fiduciário de bem móvel corpóreo (art. 49, § 3º) nem a Fazenda Pública se emparelham.

Com efeito, a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial.

Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da recuperação, a partir da seguinte solução:

i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano;

ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento

dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não – no todo ou em parte — ao funcionamento da empresa;

iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

7. No caso concreto, o Juízo de piso afastou, por completo, a possibilidade de levantamento dos recebíveis, determinando a devolução do que já havia sido pago diretamente ao credor fiduciário.

A eminente Relatora deu provimento ao recurso da instituição financeira, determinando que o crédito não fosse incluído no Plano de Recuperação, sem nenhuma ressalva, providência que, segundo minha leitura, permite a liquidação extrajudicial da garantia pelo credor, sem interferência do Juízo da recuperação.

Portanto, peço vênia à cuidadosa Relatora para divergir parcialmente, porque também excluo do Plano de Recuperação o credor garantido por cessão fiduciária, mas entendo que deva haver a mencionada chancela judiciária para a realização do crédito pelo Banco, assim como existe para o credor fiduciário com garantia em bens móveis e imóveis corpóreos e para a própria Fazenda Pública, ambos não participantes da recuperação.

Ressalto, finalmente, que a solução ora proposta não consubstancia, a meu juízo, alteração das bases nas quais foi celebrado o contrato. Certamente, os contratantes levaram em consideração as características da alienação fiduciária para, inclusive, estipular o preço do crédito.

8. Diante do exposto, rogando novas vênias à Relatora para dela divergir parcialmente, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir do Plano de Recuperação Judicial o crédito garantido por cessão fiduciária de títulos — assim como o fez a douta Relatora —, mas determinar também o retorno dos autos à origem para que o Juízo da recuperação, fundamentadamente, avalie a essencialidade

dos valores ao funcionamento da empresa, devendo, em caso negativo, ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

Em razão da reforma parcial da decisão interlocutória proferida na origem, fica também afastada a multa cominatória.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (RELATORA):

Sr. Presidente, peço a palavra para reafirmar a integralidade do meu voto, especialmente no ponto em que não faço, com a devida vênia, a ressalva feita por V. Exa.

A interpretação que fiz da expressão “bens móveis” contida no § 3º do art. 49 da Lei de Recuperação foi baseada na literalidade do art. 83 do Código Civil, segundo o qual consideram-se móveis para os efeitos legais, “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. Portanto, não penso tenha eu dado interpretação larga ou extensiva ao incluir título de crédito dentro do conceito legal de direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Por outro lado, quanto à parte final do referido dispositivo, a qual veda a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, penso que título de crédito é bem incorpóreo que não pode ser compreendido, sequer por interpretação extensiva, no conceito de “bem de capital”.

Em seguida, observei que, em se tratando de cessão fiduciária de direito de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei nº 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei nº 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida — seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o

direito de posse do título — a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso D), bem como o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe ao credor, que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida.

Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor, porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente.

Reconheço que a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada, como disse V. Exa., em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real, cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial. Assim, se o bem dado em garantia é o local do estabelecimento principal do devedor, um equipamento, ou qualquer outro bem de capital necessário à atividade empresarial, aquele credor que sabe que a sua garantia é mais frágil porque, em caso de recuperação, não poderá ter acesso imediato a esse bem para revendê-lo e obter a satisfação do seu crédito.

Por um lado, isso põe o banco credor em uma situação extremamente privilegiada e dificulta a recuperação da empresa, mas por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente desse tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, favorece a diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Por fim, embora não desconheça o intuito social do voto de V. Exa., de favorecer a recuperação judicial de empresas, entendo que

seria grande a subjetividade na análise judicial preconizada acerca de ser aquela quantia em dinheiro necessária ou não ao processo de recuperação judicial. Recursos financeiros são sempre necessários, sobretudo para empresas em dificuldades, em processo de recuperação. Tenho que essa ressalva praticamente descaracterizaria esse tipo de garantia que se pretende bastante forte, de fato, mas que foi pactuada dentro dos termos autorizados em lei, deixando ao alvedrio do Juiz dizer, em cada caso, se o dinheiro será ou não necessário à recuperação da empresa, sendo que, a meu ver, dificilmente se poderá afirmar que não seja necessário à recuperação da empresa contar com mais recursos financeiros. Mesmo que não se autorize o uso dos valores para pagamento dos demais credores, como ressalva o voto do Ministro Salomão, o certo é que não se destinarão ao credor titular da garantia. Penso que isso daria uma grande subjetividade, incerteza, a essa garantia que a lei quis objetiva.

Com a devida vênia, reafirmo o meu voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0151185-8 – REsp 1.263.500 / ES

Números Origem: 30070074353 – 30090000180

PAUTA: 27/11/2012 – JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: BANCO BRADESCO S/A

RECORRIDO: INDÚSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA -
EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial
e Falência

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo parcialmente da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando o voto da Ministra Relatora, a Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com ressalvas do Ministro Luis Felipe Salomão.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

DEBATES E ATUALIDADES

OS VALORES MOBILIÁRIOS COMO BEM DE FAMÍLIA

SECURITIES AS HOMESTEAD

Adriana Machado da Rocha Ferreira

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar os valores mobiliários como bem acessório ao bem de família, verificando (i) o modo pelo qual tais títulos podem ser agregados a este instituto; (ii) quem são as pessoas que podem instituir o bem de família e, conseqüentemente, os valores mobiliários como seu acessório; (iii) quais seriam os valores mobiliários aptos a serem utilizados e; (iv) quais os avanços envolvidos com esta inovação trazida pelo Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Bem de família. Valores Mobiliários. *Homes-
tead Act.* Direito à Moradia. Código Civil. Lei nº 8.009/1990. Lei nº 6.385/1796.

Abstract: This article is meant to examine the securities as accessories to homestead, verifying (i) the manner in which such securities may be aggregated with this institute; (ii) who are the people that can establish the homestead and therefore the securities as its accessory; (iii) what are the securities capable of being used and (iv) which improvement is involved with this innovation brought by the Brazilian Civil Code.

Keywords: Homestead. Securities. Homestead Act. Housing Rights. Brazilian Civil Code. Law No. 8.009/1990. Law No. 6.385/1796.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O objetivo do bem de família. 3. O bem de família legal e voluntário. 4. Os valores mobiliários e o bem de família. 5. Conclusão.

1. Introdução

O bem de família consiste em uma garantia para entidade familiar de que aquela porção de bens destinados ao seu domicílio não será penhorada. Sua origem encontra-se na República do Texas, em 1839, durante a grave crise econômica que atingiu os Estados Unidos no começo do século XIX. Como consequência de uma tomada excessiva de empréstimos por parte do povo americano com os bancos europeus, diversas pessoas não conseguiram pagar suas dívidas e começaram a ter todos os seus bens – inclusive aqueles que garantiam o seu sustento – penhorados.

Neste contexto, com o intuito de proteger as famílias radicadas em seu território, a República do Texas criou o *Homestead Exemption Act*, que assegurava a impossibilidade de execução judicial de até 50 acres de terra rural ou um lote de terreno da cidade, abrangendo a moradia e benfeitorias de valor não superior a 500 dólares, todos os móveis e utensílios da cozinha – desde que o valor não excedesse a quantia de 200 dólares –, dentre outros instrumentos relacionados com a manutenção da vida rural e todas as provisões necessárias a um ano de consumo¹.

Em 1862, o *Homestead Act* foi promulgado por Abraham Lincoln, como uma lei federal, assegurando o direito previsto na República do Texas a todos os cidadãos americanos. O *Homestead Act* era como uma concessão gratuita de terras de domínio público, isentos de penhora e de execução por dívidas anteriores à concessão do títu-

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Comentários ao Código Civil. Do Direito de Família: Do Bem de Família; Da União Estável; Da Tutela e Da Curatela*. Vol. 19. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2/3.

lo de propriedade, com o objetivo de incentivar a “marcha para o oeste”².

O instituto acabou sendo adotado posteriormente pelo ordenamento jurídico de diversos países, como Itália, Alemanha, México, Venezuela e Portugal.

No Brasil, o bem de família foi instituído pela primeira vez no Código Civil de 1916, mediante emenda ao Projeto do referido Código enquanto este ainda tramitava no Senado para votação. A emenda, inicialmente, inseriu o instituto no Livro das Pessoas, tendo a Comissão Especial do Senado transferido-o para o livro dos Bens, local onde ele foi posteriormente aprovado³. Criou-se o bem de família voluntário, que “representava o imóvel destinado pelo chefe da família matrimonial para domicílio desta, insuscetível de ser penhorado em execução por eventual dívida do proprietário [...]”⁴.

Em 1990, por meio de Lei nº 8.009, passou a existir uma modalidade diversa, o bem de família legal, que passou a proporcionar o benefício do bem de família mesmo sem que o beneficiado se manifestasse a respeito.

O Código Civil de 2002 manteve a previsão sobre o bem de família voluntário, disciplinando-o, entretanto, no Livro do Direito da Família, tendo em vista relação próxima que o instituto mantém com a disciplina.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a instituição do bem de família atualmente “é uma forma de afetação de bens a um destino

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 601.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.134.427. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de Julgamento: 22.06.2010.

4 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Família – Direito Patrimonial*. Vol. XV (art. 1.639 a 1.783). ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 390.

especial que é ser a residência da família, e, enquanto assim for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio”⁵.

Contudo, não é apenas o imóvel onde se instala a família que é impenhorável e relativamente inalienável. De acordo com o artigo 1.712 do Código Civil, as pertenças e acessórios do prédio residencial, seja ele urbano ou rural, também fazem parte do bem de família, que pode abranger, inclusive, valores mobiliários, cuja renda deve ser aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

O presente artigo tem por escopo analisar a conexão entre o bem de família e os valores mobiliários, entendendo em quais hipóteses os valores mobiliários podem ser instituídos como tal e em que condições. Para tanto, será preciso estudar o objetivo do instituto, distinguir o bem de família legal do voluntário, bem como relacionar os valores mobiliários com as situações em que poderão ser considerados como acessório ao bem de família.

2. O objetivo do bem de família

De acordo com a definição dada por Álvaro Villaça, o bem de família é “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioria”⁶.

Tal instituto foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro de duas maneiras: o voluntário, regulado pelo Código Civil, e o legal, regulado pela Lei nº 8.009/1990, conforme abaixo:

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 502.

6 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 2/3.

Art. 1.711, *caput*, do Código Civil. Podem **os cônjuges, ou a entidade de familiar**, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. (grifamos)

Art. 1º da Lei nº 8.009/1990. O imóvel residencial próprio **do casal, ou da entidade familiar**, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. (grifamos)

Inicialmente, para compreender o que se pretende proteger com o bem de família, é preciso saber o que pode ser considerado como “*entidade familiar*”, para fins de aplicação dos dispositivos legais acima transcritos. Com efeito, entende-se, hodiernamente, que a entidade familiar não é composta apenas por um homem e uma mulher casados, com filhos ou não.

O artigo 226, §§3º e 4º, da Constituição Federal estabelece que a união estável entre homem e mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes são tidas como entidade familiar, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º — Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º — Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...]

Ou seja, segundo a Lei Maior, tanto aqueles casais que não

celebraram o casamento e convivem em união estável, quanto àqueles pais solteiros, separados ou divorciados, mas que vivem com seus filhos são considerados como entidade familiar.

Contudo, a união estável não é mais aquela concebida somente entre homens e mulheres. O Supremo Tribunal Federal (“STF”), em um histórico julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF (“ADI nº 4277-DF”) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ (“ADPF 132-RJ”), reconheceu a possibilidade de existência de união estável entre um casal homoafetivo^{7 e 8}. Assim, a partir deste julgado, adotou-se o entendimento de que a relação homoafetiva que tiver o intuito de constituição de família também será considerada entidade familiar, adquirindo, por conseguinte, a garantia de impenhorabilidade do seu bem de família, nos termos da legislação aplicável.

Finalmente, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), não são somente aqueles que vivem em conjunto com outras pessoas – seus ascendentes e descendentes e/ou parceiros – que gozam da proteção das normas sobre bem de família. O indivíduo que vive sozinho também merece proteção, seja ele casado, solteiro, divorciado, viúvo ou celibatário, conforme se verifica da ementa da decisão do STJ:

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 4277-DF e ADPF 132-RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 05.05.2011.

8 ADPF 132-RJ foi ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, solicitando uma interpretação técnica conforme a Constituição para a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele estado. Já a ADI nº 4227 foi proposta pela então Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Duprat, que também visava à utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, “para que fosse reconhecida sua incidência sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família, estendendo-se às uniões homoafetivas os direitos assegurados às uniões heteroafetivas”, nos termos utilizados pelo próprio Ministro Ayres Britto.

PROCESSUAL — EXECUÇÃO — IMPENHORABILIDADE — IMÓVEL — RESIDÊNCIA — DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO — LEI 8.009/90.

— A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

— É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que **reside, sozinho, o devedor celibatário**.⁹ (grifamos)

Como se vê, tal julgado revela o entendimento de que o objeto da garantia do bem de família não é apenas a moradia da entidade familiar, mas sim a de qualquer indivíduo. Desta forma, o bem de família passa a ser um meio de proteger o direito fundamental à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal¹⁰, o que restou confirmado pela súmula 364 do STJ, *in verbis*: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Portanto, tem-se que o devedor – seja ele casado, em união estável hetero ou homoafetiva, solteiro, viúvo, divorciado ou celibatário – não terá seu bem de família penhorado em decorrência de suas dívidas, salvo se relativas ao próprio prédio, uma vez que o seu direito à moradia estará assegurado, seja pelo bem de família legal – também chamado de involuntário –, seja pelo bem de família voluntário, hipóteses estas que serão analisadas a seguir.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 182223-SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Relator para Acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 06.02.2002.

10 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

3. O bem de família legal e voluntário

O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas espécies de bem de família: (i) o bem de família involuntário ou legal, que é instituído por determinação da Lei nº 8.009/1990; e (ii) o bem de família voluntário, que nasce da vontade daquele que o estabelece, nos termos do Código Civil.

De acordo com a Lei nº 8.009/1990, o bem de família legal consiste no imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar¹¹ utilizado para moradia permanente. Tal bem não poderá ser penhorado, nem responder por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída por aquele(s) que seja(m) seu(s) proprietário(s) e nele resida(m)¹².

Quando pertencerem a imóvel rural que servir de residência familiar ou quando guarnecerem a casa de imóvel urbano, os bens móveis serão acessórios ao bem de família, sendo também impenhoráveis¹³. Segundo Álvaro Villaça, a Lei nº 8.009/1990 “criou o bem de família móvel, legal, tornando impenhoráveis os móveis que guarnecem a residência do proprietário ou do possuidor, a par de ter criado o bem de família imóvel, legal, pela simples residência do proprietário ou do possuidor”.¹⁴

Frise-se que, no caso de bem de família legal, tal imóvel permanece impenhorável mesmo que seja alugado para terceiros, desde que os recursos advindos do contrato de locação sirvam para auxiliar na manutenção da família. Nesse sentido, vem entendendo o STJ:

PROCESSO CIVIL — BEM DE FAMÍLIA — LEI 8.009/90 — IMPENHORABILIDADE.

11 Ou, conforme vimos no item anterior, de indivíduo sozinho.

12 Art. 1º da Lei nº 8.009/1990.

13 Arts. 1º, parágrafo único e 4º, §2º, da Lei nº 8.009/1990.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 13.

1. A Lei 8.009/90 tornou impenhorável o bem de família, **o que não impede o seu aluguel para auxiliar na manutenção da família.**

2. Precedentes desta Corte prevalecem sobre a corrente mais ortodoxa.

3. Recurso especial improvido.¹⁵ (grifamos)

No bem de família legal, não há qualquer manifestação de vontade por parte daquele(s) que vive(m) no imóvel, uma vez que a própria norma de ordem pública institui o bem de família.

De outro lado, aquele que quiser destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família poderá fazê-lo mediante escritura pública ou testamento, contanto que o valor de tal bem não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da sua instituição¹⁶. Conforme já mencionado, neste caso, tem-se o bem de família voluntário, regido pelas disposições do Código Civil.

Diversamente, não se aplicam nesse caso os precedentes do STJ acerca do contrato de locação, justamente por se tratarem de bens de família voluntários. Sendo alugado o bem de família voluntário, ele perde a garantia de impenhorabilidade, uma vez que este deveria servir como domicílio daquele que o instituiu como tal. Neste sentido, defende Zeno Veloso que:

Ao meu ver, no caso de o bem de família ter decorrido de uma instituição voluntária, de ter havido, portanto, a escolha, a indicação expressa de um imóvel, ao qual é dada uma destinação específica, a de ser o **domicílio** familiar, e que, por isso, é isento de execução por dívidas (art. 1.715), não pode, depois, perder essa qualidade de lar

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 670.265-SE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 20.10.2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 735.780-DF. Relator: Ministro Castro Meira. Data do julgamento: 05.05.2005.

16 Art. 1.711 do Código Civil.

doméstico, de residência, de habitação, de moradia da família e continuar impenhorável. Seria desvirtuar a instituição, ferindo, na letra e no espírito, a norma codificada. O art. 1.717, primeira parte, afirma que o prédio constituído como bem de família não pode ter destino diverso do previsto neste art. 1.712.¹⁷ (grifos no original)

Assim, o bem de família voluntário consistirá no prédio residencial – urbano ou rural – com suas pertenças e acessórios, destinando-se a domicílio familiar, podendo, inclusive, abranger valores mobiliários, cuja renda deverá ser aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família¹⁸. Assim, cabe ao instituidor determinar na escritura pública ou no testamento eventuais valores mobiliários que integrem o bem de família voluntário. Também neste caso, os bens móveis seguirão o bem principal – o imóvel –, sendo, portanto, impenhoráveis.

A peculiaridade dos valores mobiliários poderem ser incluídos no bem de família voluntário foi consagrada somente no novo Código Civil, quando se ampliou a tutela do instituto, com o objetivo de:

[...] torná-lo suscetível de realizar efetivamente a alta função social que o inspira, inclusive de uma forma que, a meu ver, substitui, com vantagem, as soluções até agora oferecidas no Brasil ou no estrangeiro, prevendo-se a formação de um patrimônio separado cuja renda se destine à efetiva salvaguarda da família.¹⁹

Desse modo, para compreender a maneira pela qual eles poderão de fato destinar-se à conservação do imóvel e ao sustento da

17 VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado. Direito de Família. Alimentos. Bem de Família. União Estável. Tutela e Curatela. Artigos 1.694 a 1.783*. Vol. XVII. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: AtlasS.A., 2003, p. 89.

18 Art. 1.712 do Código Civil.

19 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*. Disponível em: “<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70319/2/743415.pdf>”, acesso em: 29.09.2011.

entidade familiar que os instituiu como bem de família, faz-se de suma importância um estudo sobre os valores mobiliários.

4. Os valores mobiliários e o bem de família

Conceituar os valores mobiliários é de grande relevância para o completo entendimento de como tais bens se relacionam com o instituto do bem de família. Contudo, conforme atestado pelos mais estudiosos, “o conceito de valores mobiliários sempre foi um assunto tormentoso, tanto para doutrinadores, quanto para legisladores e aplicadores do Direito”²⁰, isso porque eles são bens de características muito específicas, como, por exemplo, (i) serem aptos a circular em série, para poderem ser negociados em bolsa de valores ou no mercado de balcão e (ii) representarem investimentos de risco, nos quais o valor do retorno do investidor está diretamente vinculado ao sucesso do empreendimento.

A expressão “valores mobiliários” é oriunda da França, onde “*valeurs mobilières*” designa os títulos emitidos pelas sociedades anônimas, representativos de participação nos lucros e na gestão da companhia ou de um crédito contra elas, passíveis de colocação em massa e negociáveis em Bolsa de Valores, sendo, assim um conceito estrito. Aqui no Brasil, até a Medida Provisória nº 1.637/1998, a visão dos valores mobiliários também seguia a linha do Direito Francês, sendo aqueles os títulos emitidos por sociedades anônimas, ou representativos de direitos sobre tais títulos, passíveis de distribuição no mercado assim como de negociação em Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão. Tendo em vista a diversidade de investimentos ofertados publicamente no mercado brasileiro, foi exigida do legislador uma aplicação deste conceito, que veio justamente com a referida

20 EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 25.

Medida Provisória, que, após ser reeditada dezenas de vezes, foi posteriormente convertida na Lei nº 10.198/2001²¹.

Esta mudança de conceituação – estrita x ampla – fez com que o Brasil adotasse uma posição mais próxima àquela utilizada nos Estados Unidos, onde para conceituar-se o que são valores mobiliários basta verificar alguns requisitos. Tal entendimento nasceu do processo apontado como *leading case* SEC vs. W. J. Howey & Co, quando surgiu a “Howey Definition”, a qual contempla algumas características dos títulos, instrumentos ou operações que, quando verificadas, importam na aplicação, por parte das cortes norte-americanas, do regime jurídico das *securities*, quais sejam: (i) ser investimento em dinheiro; (ii) ser empreendimento comum; (iii) ter expectativa de lucro; e (iv) depender unicamente dos esforços dos outros²².

Assim, no Brasil, a Lei nº 6.385/1976, em seu artigo 2º, traz uma lista de valores mobiliários e inclui elementos que precisam estar presentes em um título para que ele possa ser considerado como tal, *in verbis*:

Art. 2º. São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I — as ações, debêntures e bônus de subscrição;

II — os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;

III — os certificados de depósito de valores mobiliários;

IV — as cédulas de debêntures;

V — as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;

VI — as notas comerciais;

VII — os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;

VIII — outros contratos derivativos, independentemente dos ativos

21 EIZIRIK, Nelson e PARENTE, Flávia, Aplicação do conceito de valor no Direito Brasileiro. In: *Revista da CVM*, nº27, out/ 1998, p. 24/27.

22 EIZIRIK, Nelson et al. *op. cit.* p. 55/56.

subjacentes; e

IX — quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

§ 1º. Excluem-se do regime desta Lei:

I — os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal;

II — os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.

[...]

Com efeito, qualquer título ou contrato de investimento coletivo que seja (i) ofertado publicamente, (ii) gere direito de participação, parceria ou remuneração, e (iii) o lucro venha de esforço do empreendedor ou de terceiros, são valores mobiliários. Tal definição confere “uma acepção abrangente aos valores mobiliários, mediante adaptação, ao nosso sistema legal, do conceito de *security* do direito norte-americano, tal como entendido pela jurisprudência dos tribunais”²³.

Ressalte-se, contudo, que limitar o conceito de valores mobiliários àqueles títulos listados na Lei nº 6.385/1976 parece ser equivocado. Em verdade, o artigo 2º da referida Lei dispõe que os valores mobiliários ali enumerados são aqueles que se submetem ao seu regime. Ou seja, nada impede que outros títulos não regidos pelo aludido diploma legal sejam considerados valores mobiliários para aplicação em outras matérias.

Cite-se, exemplificativamente, o §1º, I, do artigo 2º da Lei nº 6.385/1976, que exclui os títulos da dívida pública do seu regime legal. Embora não sejam abrangidos pela Lei, tais títulos podem ser considerados como valores mobiliários para fins de instituição de bem de família.

²³ Ibidem, p. 35.

Para reforçar este entendimento, deve ser observado o que dispõe o parágrafo único do artigo 1.715, do Código Civil:

Art. 1.715, parágrafo único: No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos de dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Percebe-se, no caso, como se assemelha a figura do título de dívida pública àquela figura de valores mobiliários que o legislador quis tutelar com o bem de família no novo Código Civil, visto que a rentabilidade de tais títulos e o risco envolvido são coerentes com a intenção dos rendimentos dos valores mobiliários servirem como mínimo necessário para o sustento da família e manutenção do imóvel.

Seguindo esta mesma tendência de ampliação do conceito de valores mobiliários com objetivo de melhor tutelar o bem de família, o Desembargador Sylvio Capanema de Souza afirma que “pela primeira vez se diz que os instituidores poderão agregar ao bem de família valores mobiliários. Pode ser dinheiro, títulos de crédito, apólices de Dívida Pública, ações de empresas.”^{24 e 25}.

No mesmo sentido, Valdemar da Luz entende que:

A menção de que estão excluídos do regime da Lei n. 6.385/76 tem autorizado a maior parte da doutrina a considerar que não são valores mobiliários os títulos da dívida pública. Entretanto, data vêniam, não compartilhamos do entendimento.

24 SOUZA, Sylvio Capanema de. O Bem de Família no novo Código Civil. In: *Coletânea de Textos Cepad*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico. Disponível em: “http://www.smithedantas.com.br/texto/bem_familia_ncc.pdf”, acesso em 20.09.2011.

25 Frise-se que *dinheiro* em hipótese alguma pode ser considerado como valor mobiliário, visto que é uma unidade contábil, que serve como meio de troca, bem diverso do conceito de valor mobiliário.

A nosso ver, em momento algum a Lei definiu o conceito de valores mobiliários, ou listou de forma taxativa as suas espécies. A contrário, a listagem do art. 2º da Lei nº 6.385/76 delimita exaustivamente apenas os valores mobiliários sujeitos à sua disciplina, ao estabelecer 'são valores mobiliários sujeitos ao regime desta lei'. Nada obsta, pois, que haja valores mobiliários não sujeitos à Lei nº 6.385/76, dentre os quais os títulos da dívida pública.

A razão para tanto é simples. Pretendeu a lei, em verdade, antes de conceituar valores mobiliários, definir a competência da Comissão de Valores Mobiliários, que não se estende aos títulos da dívida pública.²⁶

Pode-se concluir, desta forma, que deve ser dada uma maior abrangência ao conceito de bem de família, incluindo-se nesse rol o título de dívida pública, como previsto no artigo 1.715, já que este também pode ser considerado para efeitos da tutela do instituto.

Frise-se que os valores mobiliários, por si só, não podem ser instituídos como bens de família. O objetivo de se proteger os valores mobiliários é garantir renda suficiente para a conservação do imóvel e o sustento da família. Portanto, deve existir uma relação de acessoriedade de tais valores em relação ao imóvel, que é o objeto principal do instituto em questão. Sobre isto, Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

A inovação do Código consiste em permitir que abranja também valores móveis (corpóreos ou incorpóreos) *sub conditione* de se aplicar a sua renda na conservação do imóvel que lhe é objeto, e ainda do sustento da família. Todo o complexo (imóvel, pertenças, acessórios, valores mobiliários) estará compreendido na proporcionalidade e na limitação do valor estabelecido no art. 1.711.²⁷

26 LUZ, Valdemar P. da. *Manual de Direito de Família*. Barueri: Manole, 2009, p. 322.

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 605.

Assim, é importante que o valor mobiliário escolhido para contribuir para a conservação do imóvel e o sustento da família tenha rentabilidade contínua e de baixo risco. Isso porque se o objetivo é que a renda oriunda ajude a assegurar a manutenção de uma vida digna daqueles beneficiados pelo bem de família, é preciso que a rentabilidade seja compatível com esta expectativa. Na hipótese de tais valores mobiliários deixarem de ter a rentabilidade esperada, eles não deixam de ser acessórios ao bem de família, pois foram expressamente estabelecidos na escritura pública ou testamento.

Outro aspecto relevante sobre o valor mobiliário como bem de família diz respeito ao limite de seu valor. Consoante o disposto no artigo 1.713 do Código Civil, “os valores mobiliários [...] não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição”.

Entretanto, podem os valores mobiliários se valorizar posteriormente à instituição do bem, sem que, com isto, tornem-se penhoráveis. Se, por outro lado, o imóvel se valorizar frente aos valores, o instituidor poderá incrementar novos valores mobiliários ao bem de família, até que se extinga o diferencial resultado da valorização, por meio de escritura pública.

Deve-se observar também que o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.711, o limite do valor do bem de família universalmente considerado em um terço do valor do patrimônio líquido do instituidor.

Desta forma, conforme melhor interpretação, considera-se como limite para a instituição do bem de família voluntário que a soma do valor do prédio, dos valores mobiliários e, eventualmente, de algum outro acessório que possa ser considerado bem de família, não ultrapasse o equivalente a um terço do valor do patrimônio líquido dos cônjuges ou da entidade familiar.

Muitos juristas criticam este dispositivo, visto que ele deixaria desamparadas famílias menos abastadas ao proteger apenas um terço

de um patrimônio que já é pequeno. Conforme Alexandre Guedes Assunção:

A limitação aqui prevista representa restrição injustificável. Ao instituidor do bem de família deveria ser dado o direito de escolher morar em um imóvel mais simples e reservar valores mobiliários superiores capazes de garantir a subsistência condigna da família. Em uma economia equilibrada dificilmente valores mobiliários equivalentes ao do bem são suficientes para prover o sustento da família.²⁸

Cumprе mencionar que os valores mobiliários devem ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família, na escritura ou no testamento. Em qualquer dos casos, o bem deve ser descrito de forma a se tornar infungível. Sobre o assunto, Álvaro Villaça Azevedo entende que:

Se não forem individualizados no instrumento de instituição do bem de família, poderão ser em instrumento realizado, posteriormente, desde que observadas as formalidades legais pelos instituidores ou, se for o caso, por terceiros, que, individualmente, só com relação a esses valores mobiliários pretendem reforçar o bem imóvel já instituído em bem de família.²⁹

Além disso, a instituição de títulos nominativos como bens de família deverá constar dos livros de registro competentes, conforme o §2º do artigo 1.713 do Código Civil. Este dispositivo foi adotado com o objetivo de dar publicidade aos atos de instituição, evitando, assim, possíveis fraudes ou desvios em detrimento dos credores do instituidor³⁰.

28 ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Do Bem de Família. In: *Código Civil Comentado*. 7ª ed. FIUZA, Ricardo (até a 5ª ed.) e SILVA, Regina Beatriz Tavares da (a partir da 6ª ed.) (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.727.

29 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 46.

30 RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 53.

Ademais, o artigo 1.713 do Código Civil, em seu §3º, permitiu ao instituidor entregar a administração dos valores à pessoa de sua confiança, além de disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários. A escolha do instituidor poderá, inclusive, recair em instituição financeira, que os receberá em custódia.

Neste caso, a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito³¹, mesmo se aproximando mais da figura do fiduciário do que do depositário. Segundo Silvio Venosa, a Lei visa, com isto, a garantir “maior rigor na apuração da conduta do administrador”³², podendo este ser responsabilizado como depositário infiel.

O instituidor estabelecerá como será feita a distribuição de renda proveniente dos valores mobiliários, obedecendo sempre à finalidade estabelecida pelo Código, de conservação do imóvel e sustento da família. O administrador dos valores mobiliários, por sua vez, no papel de gestor de bens alheios, tem como obrigação prestar contas ao instituidor.

No caso de liquidação da entidade administradora, seja esta judicial ou extrajudicial, serão os valores mobiliários dos instituidores do bem de família separados, ficando livres do procedimento. Eles deverão ser depositados perante outra instituição que exerça a mesma função e que tenha idoneidade comprovada, conforme o artigo 1.718 do Código Civil.

Já no caso de falência da instituição financeira, deverá ser feita a restituição dos valores mobiliários afetados, conforme o procedimento previsto na Lei nº 11.101/2005.

O pedido de restituição do bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decre-

31 Regulado pelos artigos 627 a 647 do Código Civil.

32 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. Vol I. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 375.

tação da falência, pode ser feito pelo proprietário, instituidor do bem de família.

Ao reconhecer o direito de restituição, o juiz determinará a entrega da coisa em 48 horas, devendo ser transferida para outra instituição semelhante. No caso de não reconhecimento do direito, o instituidor será incluso no quadro-geral de credores e receberá os valores apenas após a liquidação do patrimônio da massa falida.

A intenção do legislador com esse dispositivo foi a de preservar integralmente a finalidade dos valores afetados pelo instituidor, independente do que aconteça com a entidade responsável pela administração deles.

Ocorrendo o vencimento ou resgate do valor mobiliário instituído como bem de família, entende-se que, sem a necessidade de qualquer procedimento judicial e sem a interrupção da proteção pelas dívidas anteriores à instituição do bem de família, o valor em espécie obtido deve ser reinvestido em outros valores mobiliários da mesma espécie ou similares³³.

Na hipótese de dívidas posteriores à instituição do bem de família e relativas a tributos incidentes no prédio ou a despesas do condomínio, este e seus acessórios, poderão ser executados, na forma do artigo 1.715, *caput*, do Código Civil. Conforme parágrafo único deste mesmo dispositivo, restando algum saldo, este deverá ser revertido para a aquisição de outro imóvel ou na compra de títulos da dívida pública, sempre com o objetivo de substituir o imóvel anterior ou produzir renda para o sustento da família; o juiz poderá também adotar outra solução em situações específicas. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

[...] Cuida-se do efeito da sub-rogação objetiva na eventualidade do

33 MARTINS, Sergio Avila Doria. *O Bem de Família Mobiliário no Novo Código Civil*. Disponível em: ["http://www.contratosonline.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4805&catid=70&Itemid=170"](http://www.contratosonline.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4805&catid=70&Itemid=170), acesso em 10.12.2011.

bem de família ter sido alienado na execução, diante da utilização do saldo remanescente para aquisição de outro prédio que ficará como bem de família em substituição ao anterior. Além desta hipótese, o dispositivo legal ainda prevê a possibilidade alternativa da aplicação do saldo existente em títulos da dívida pública que deverão produzir renda para o sustento da família, podendo, ainda, o juiz adotar outra solução em razão de motivos relevantes. A regra do parágrafo único demonstra a relevância conferida à atuação do juiz no caso concreto para solucionar o destino do saldo remanescente à execução, decorrente da alienação judicial do bem de família. Há, assim, discricionariedade judicial que, como se sabe, não se confunde com arbítrio.³⁴

Para que se utilize o valor para outros fins, entretanto, será necessário o consentimento dos interessados e seus representantes legais e a manifestação do Ministério Público, conforme o artigo 1.717 do Código Civil.

Considerando a característica de acessoriedade que possui em relação ao bem imóvel, os valores mobiliários deixarão de ser bem de família quando este se extingue, isto é, com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela, nos termos do artigo 1.722 do Código Civil.

5. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que a previsão de tutela dos valores mobiliários como bem de família no Código Civil de 2002, desde que sua renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, representou um grande avanço para o nosso ordenamento jurídico em relação ao Código Civil anterior e a Lei nº 8.009/1990.

Acresça-se a este avanço o entendimento jurisprudencial bra-

³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *op. cit.* p. 420/421.

sileiro em relação aos sujeitos que podem ser beneficiados pela proteção de impenhorabilidade do bem de família, visto que aqueles que vivem em união estável – seja em relação hétero ou homofetiva – também gozam do direito ao bem de família, assim como aqueles que vivem sozinhos.

Contudo, ainda há o que se avançar. Conforme constatou Álvaro Villaça, aqueles que não possuem um imóvel próprio, mas tão somente valores mobiliários foram esquecidos pelo legislador³⁵. Caso os valores mobiliários pudessem ser destacados do patrimônio individual, tornando-se um bem da família por si só – para que o destino de seus rendimentos fosse a manutenção de um contrato de locação e o sustento da família –, àqueles menos abastados também teriam protegido o seu direito à moradia, finalidade máxima do instituto.

Ademais, muitas dificuldades ainda são percebidas pelos nossos doutrinadores, principalmente relacionadas à questões burocráticas para instituição do bem de família voluntário, que é muito pouco usado em nossa sociedade. Assim, o ideal seria termos uma regulamentação mais adequada da matéria, para que o instituto possa cumprir, da melhor maneira possível, o escopo para qual foi concebido.

35 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *op. cit.*, p. 43.

Normas para publicação de artigos na RSDE

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