

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 12

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 2013

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. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, 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 Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 12 (Janeiro/Junho de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

Editorial

Caros leitores da RSDE,

O presente número, referente ao primeiro semestre de 2013, conta com nove artigos, destacando-se a honrosa participação dos professores e juristas espanhóis María de la Sierra Flores e Miguel Díez de los Ríos Flores. Apresentam-se artigos sobre variados temas, sendo três de direito societário, dois de recuperação de empresas, um sobre empresa e relações de trabalho, um de direito cambiário e outro sobre direito da concorrência.

A contratação eletrônica de serviços financeiros no direito espanhol em cotejo com o direito europeu harmonizado é o tema do artigo em coautoria dos professores María de la Sierra Flores, catedrática de Direito Mercantil na Universidade Complutense de Madrid – UCM e do professor Miguel Díez de los Ríos Flores, da Universidade CEU San Pablo. Os autores analisam os principais aspectos dos contratos à distância de serviços financeiros, cuja utilização tem crescido progressivamente ao lado do número de usuários da Internet. Uma das vantagens apresentadas reside na possibilidade de o consumidor conhecer e comparar, pela Rede, produtos e serviços que cada instituição oferece ao mercado, facilitando o conhecimento e a decisão de contratar um produto financeiro específico.

O primeiro trabalho na área de Direito Societário versa sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em caso de perda grave de capital social e os reflexos na limitação da responsabilidade dos sócios. Nele, o Doutor José Edwaldo Tavares Borba e Gustavo Rabelo Tavares Borba criticam, com propriedade, a aplicação jurisprudencial exacerbada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, afastando-se dos pressupostos que

justificariam sua aplicação, notadamente a necessidade de comprovação do “abuso da personalidade jurídica” por parte do sócio. A falta de critério subjetivo ou a simples premissa de que os sócios devem responder objetiva, solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, em caso de inadimplemento de obrigações pela pessoa jurídica, ou insolvência patrimonial, contribuiu para o comprometimento, no âmbito jurisprudencial, das regras sobre a efetividade do capital social e a limitação da responsabilidade dos sócios. Torna-se, assim, imprescindível o adequado equacionamento legislativo das regras societárias sobre a efetividade do capital social e desconsideração da personalidade jurídica.

O jovem e talentoso advogado, mestre e especialista em Direito e professor Marcus Vinicius Alcântara Kalil, que trilha com proficiência os passos do pai Orlando Kalil Filho, também advogado e professor de Direito Empresarial, apresenta um estudo atual e muito pertinente sobre a repartição de competências, prevista na Lei n. 11.101/2005, entre os atores envolvidos no processo de recuperação judicial, em especial o juiz e os credores. O trabalho discorre sobre a “homologação” judicial do plano de recuperação e o dualismo entre o controle de legalidade prévio à concessão e o respeito à liberdade contratual. O cerne é a análise tanto da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação pelos credores, quanto daquela relativa ao controle da legalidade de suas cláusulas, realizado pelo juiz, tendo como premissa a natureza jurídica negocial do procedimento recuperacional.

O professor Ronald Amaral Sharp Júnior, Professor de Direito Comercial nos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ e ex-advogado do BNDES, premia a RSDE com seu valoroso artigo sobre a Regulamentação das condições de medicina e segurança do trabalho pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A pesquisa busca fundamentar a edição das Normas Regulamentadoras e as medidas institucionais que objetivam combater

as doenças ocupacionais e os acidentes do trabalho. Trata das fontes formais e materiais da regulamentação das condições de medicina e segurança do trabalho, realizando a identificação de conceitos e mostrando a normatização internacional, a evolução constitucional brasileira, as disposições da CLT, o procedimento de elaboração das Normas Regulamentadoras e os órgãos estatais de pesquisa e de fiscalização.

Em sede de Direito Cambiário, Domingo Pietrangelo Ritondo, Mestre em Direito e Tabelião do 3º Tabelionato de Protesto de Títulos de Belo Horizonte, discorre acerca do protesto extrajudicial da letra de câmbio sem aceite, realçando suas características básicas e a forma de execução do ato. Também enfrenta a divergência na interpretação do art. 21, § 5º, da Lei n. 9.492/97, introduzido pela Lei n.12.767/2012, admitindo a possibilidade de protesto da letra de câmbio por falta de pagamento, ainda que sem aceite, mas com a proibição de inclusão do nome do sacado no respectivo registro.

Gustavo Osna, mestre em Direito das Relações Sociais pela renomada Universidade Federal do Paraná – UFPR, professor de cursos de pós-graduação *lato sensu*, advogado e consultor jurídico e Mayara Roth Isfer, advogada e consultora jurídica, investigam a possibilidade de que as demandas relacionadas a deliberações assembleares sejam concebidas sob a ótica do processo coletivo, adentrando na problemática da (in)validação judicial e a divergência doutrinária sobre o assunto.

Na área do direito recuperacional, a advogada e professora Caroline da Rosa Pinheiro discute o controle judicial de decisão assemblear concessiva de recuperação judicial e como o papel do judiciário, no âmbito do processo falimentar, tem influenciado e comprometido, em parte, a autonomia da vontade da assembleia geral de credores sobre a decisão concessiva de recuperação judicial.

A resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e a apuração de haveres é o tema central do trabalho apresentado pela

advogada e mestre em Direito Máira Leitoguinhos de Lima Abreu. Analisa-se o instituto da resolução da sociedade em relação a um sócio sob a expressão consagrada na doutrina “dissolução parcial”, sua construção histórica, as hipóteses de cabimento e questões sobre a apuração de haveres do sócio, enfrentando o tratamento legal e jurisprudencial a respeito.

Como parte de suas pesquisas no Mestrado na Universidade de Coimbra, o Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Azambuja Martins, apresenta lapidar trabalho acerca dos “acordos entre empresas” proibidos no direito comunitário da concorrência que tiverem por objetivo as condutas descritas no artigo 101, (1), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), conhecido como Tratado de Lisboa, por ter sido assinado nesta cidade em 13 de dezembro de 2007. Analisam-se os elementos constitutivos da proibição; a existência de uma empresa ou de uma associação delas; a colusão (expressada através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência; consequências significativas na competição; efeitos consideráveis no comércio entre Estados-membros e as consequências da adoção de um dos comportamentos proibidos.

Renovando o compromisso do Departamento de Direito Comercial e Trabalho da UERJ com o preparo e edição de novos números e em agradecimento aos nossos leitores e colaboradores, finalizo este Editorial.

Muito cordialmente,

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

Colaboraram neste número

Caroline Da Rosa Pinheiro

Doutoranda em Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Direito-Rio. Especialista em Advocacia Empresarial pela Universidade Gama Filho. Professora de Direito Comercial da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Advogada. E-mail: carolinepinheiro.adv@gmail.com

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. E-mail: domingopietro@uol.com.br

Gustavo Osna

Doutorando e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Instituto de Processo Comparado (UFPR). Professor de cursos de pós-graduação e de especialização. Advogado e consultor jurídico. E-mail: gustavo@mosadvocacia.com.br

Gustavo Tavares Borba

Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: gustavo@tavaresborba.com.br

José Edwaldo Tavares Borba

Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado. Membro da *International BAR Association*. Advogado. E-mail: borba@tavaresborba.com.br

Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Advogada. E-mail: mairalla@yahoo.com.br

Marcus Vinicius Alcântara Kalil

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Especialista em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Álvares Penteado (SP) e em Finanças Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas (RJ). Bacharel em Direito e em Administração de Empresas pela Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Empresarial na Universidade Católica do Salvador e na Faculdade Ruy Barbosa. Advogado. E-mail: marcus.kalil@advocaciaokf.com.br

María de la Sierra Flores

Catedrática Acred. Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid – UCM (España). E-mail: msierra@der.ucm.es

Mayara Roth Isfer

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogada e consultora jurídica. E-mail: m.isfer@afi.adv.br

Miguel Díez de los Ríos

Doctor en Derecho Universidad CEU – San Pablo (España). E-mail: mdiezdelosrios@bde.es

Rodrigo Azambuja Martins

Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: rodrigo.azambuja.martins@gmail.com

Ronald Amaral Sharp Júnior

Mestre 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. E-mail: rasj.rlk@terra.com.br

Sumário

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE SERVICIOS FINANCIEROS: DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO EUROPEO ARMONIZADO María de la Sierra Flores e Miguel Díez de los Ríos.....	1
PERDA GRAVE DE CAPITAL E OS SEUS REFLEXOS NA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – BUSCA DE EQUILÍBRIO NA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA José Edwaldo Tavares Borba e Gustavo Tavares Borba.....	53
A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO: ENTRE O CONTROLE DE LEGALIDADE E O RESPEITO À LIBERDADE CONTRATUAL Marcus Vinicius Alcântara Kalil.....	73
REGULAMENTAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO Ronald Amaral Sharp Júnior.....	99
O PROTESTO DE LETRAS DE CÂMBIO SEM ACEITE Domingo Pietrangelo Ritondo.....	135
O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÃO ASSEMBLEAR CONCESSIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL Caroline Da Rosa Pinheiro.....	149

COLETIVIZAÇÃO DE DIREITOS E RELAÇÕES JURÍDICAS INCINDÍVEIS: O CASO DA IMPUGNAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR Gustavo Osna e Mayara Roth Isfer.....	187
DISSOLUÇÃO PARCIAL E APURAÇÃO DE HAVERES NA SOCIEDADE LIMITADA Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu.....	219
AS <ENTENTES> PROIBIDAS NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO ARTIGO 101, (1) DO TRATADO DE LISBOA Rodrigo Azambuja Martins.....	247

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE SERVICIOS FINANCIEROS: DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO EUROPEO ARMONIZADO¹

ELETRONIC PROCUREMENT OF FINANCIAL SERVICES: SPANISH LAW AND EUROPEAN LAW HARMONISED

*María de la Sierra Flores
Miguel Díez de los Ríos*

Resumen: El presente trabajo examina los principales aspectos de la contratación a distancia de servicios financieros en la regulación española y del Derecho europeo armonizado, de manera contrastada con la praxis de la Banca virtual, Banca internet o Banca en línea. El interés de este estudio reside en la importancia de esta modalidad de contratación en la realidad actual, que ha crecido progresivamente. De una parte, en el número de usuarios que operan por internet. De otra, por la innovación financiera que es consustancial a la actividad bancaria. Esta combinación de factores han multiplicado las posibilidades que cualquier interesado tiene de conocer y comparar en la Web de las entidades de crédito los productos y servicios que cada una de ellas ofrece al mercado, facilitando así el conocimiento y la decisión de contratar un determinado producto financiero.

Palabras clave: comercialización de servicios financieros a distancia a los consumidores, consumidor, contrato a distancia, servicio financiero, entidad de crédito.

Abstract: This paper examines the main aspects of the Spanish legislation and EU Law on distance contracts for financial services, together with the practice of virtual banking, Internet banking or online banking. The interest of this study lies in the importance of this type of contract in the current situation, which has grown steadily. On one hand,

¹ Artigo recebido em 26.02.2015 e aceito em 03.03.2015.

given the number of users operating via Internet. On the other hand, due to the financial innovation that is inherent to banking. This combination of factors has given the opportunity to the interested parties to know and compare on Internet the products and services provided by credit institutions, facilitating the knowledge and the decision to contract a particular financial product.

Keywords: the distance marketing of consumer financial services, consumer, distance contract, financial service, credit institution.

Sumario: I. Preliminar: la contratación electrónica de servicios financieros bancarios con el cliente-consumidor, en particular. II. El significado amplio y funcional de la contratación de servicios financieros. 1. Funciones de los medios electrónicos en la praxis de la banca virtual o banco por internet. 2. Ámbito subjetivo: entidad de crédito o prestador de servicios financieros, consumidor y prestador de servicios de la sociedad de la información. 2.1. Entidad de crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito. 2.2. El consumidor o usuario de servicios financieros bancarios. 2.3. prestador de servicios de la sociedad de la información y su posible coincidencia con el prestador de servicios financieros. 3. Ámbito objetivo: actos relacionados con la contratación de bienes y servicios desarrollada en la actividad de las entidades de créditos. 3.1. El significado plural de comercialización: actos de promoción y de contratación. 3.2. La delimitación del contrato financiero bancario mediante el sistema de lista y cláusula general. 4. Sistema organizado por la

entidad de crédito como nexo funcional de todos los elementos implicados en la contratación. 4.1. Los medios de transmisión y de comunicación: sitio web o website. Teléfono. Fax y otros similares. 4.2. La contratación multicanal mediante la convergencia e interacción de las tecnologías de la información y de la comunicación. III. El contrato de servicio financiero bancario desde la sistemática del derecho de obligaciones y contratos. El contrato de servicio financiero bancario como contrato tendencialmente complejo e innovador. 2. Contrato especial electrónico y a distancia.

I. Preliminar: La Contratación Electrónica de Servicios Financieros Bancarios con el Cliente-Consumidor, en Particular.

La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros incorporó al Derecho español el régimen armonizado establecido por la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre para los servicios financieros en todos los mercados financieros. El modelo europeo establece un régimen común para determinados aspectos relativos a los elementos que configuran la operación de comercialización o contratación de productos y servicios financieros (entidad de crédito o proveedor de servicios financieros, consumidor y proveedor de servicios de la sociedad de la información), los deberes de información previa y continua que se imponen a la entidad de crédito, los derechos potestativos que, con carácter condicional se reconocen al consumidor para desistir del contrato o instar modificaciones al mismo y a la posible solución extrajudicial de controversia, mediante arbitraje u otras modalidades alternativas. El carácter fragmentario de la Directiva se reproduce en la Ley española 22/2007, de 11 de julio, por lo que

nuestro estudio completará esta regulación con las normas generales de desarrollo reglamentario sobre transparencia de los servicios bancarios para la protección del cliente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de julio), en coordinación con las disposiciones en materia de obligaciones y contratos, a cuyo amparo se realizan los modelos utilizados por la *banca virtual o banca por internet* de la *praxis*.

El método comparado de las disposiciones generales y especiales de la contratación de servicios financieros con la *praxis* empresarial y judicial manifiestan la proximidad entre la realidad empresarial. También nos ha permitido valorar la adecuación y disfunciones de la contratación electrónica de servicios financieros bancarios con la consecución de sus fines de política jurídica, en orden a equiparar esta modalidad con la realizada de forma presencial, sin menoscabo al interés del cliente-consumidor. En este sentido, cualquier cliente mayorista o minorista –consumidor o no-, a través de la *Web* de la entidad de crédito tiene la posibilidad de conocer los productos y servicios que puede contratar electrónicamente; entre ellos, entre ellos, valores, instrumentos financieros. También puede consultar las condiciones que rigen la apertura de una cuenta o depósito bancario. Y, por similar procedimiento de acceso a la *Web* puede obtener una copia del documento electrónico relativo a las ofertas, solicitar información a la Entidad de Crédito, contratar y, sucesivamente, resolver la eventual controversia que se suscite respecto de la aplicación e interpretación del contrato celebrado. La gestión centralizada de la actividad financiera virtual da soporte igualmente a la privacidad y seguridad de toda la documentación asociada a la relación entre la Entidad de Crédito y sus respectivos clientes o usuarios.

II. El Significado Amplio y Funcional de la Contratación de Servicios Financieros.

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han multiplicado los modos de desarrollar las actividades económicas y

la necesidad de nuevos instrumentos que adecúen la regulación a los mercados electrónicos. En este contexto, la llamada Banca virtual, Banca internet o Banca en línea se consolida en la primera década del presente siglo, como consecuencia de la elevación del número de usuarios, de la actividad realizada por las entidades de crédito y de la integración de todos los canales de comunicación con los clientes². En esta modalidad de Banca, las técnicas de la información y de la comunicación mediatizan entre la entidad de crédito y sus clientes potencial o real, permitiendo la interacción de todos los elementos y actos que conforman la contratación de servicios financieros. La gestión centralizada de este sistema ha incrementado los canales de comunicación de las entidades de crédito a la hora de ofrecer sus productos y servicios, así como las posibilidades de cualquier interesado, de elegir y comparar los productos ofrecidos por las diferentes entidades de créditos, en su múltiple tipología y especie (depósitos, préstamos, compra de valores, entre otros) antes de proceder a su contratación. La contratación electrónica de servicios financieros puede realizarse de manera asíncrona «off line» y de manera síncrona «on line» y, en todo caso, integrándose la contratación presencial con la virtual y viceversa.

1. Funciones de los medios electrónicos en la *praxis* de la Banca Virtual o Banca por internet.

En los anuncios, formularios de condiciones generales y de contrato marco puestos a disposición por las Entidades de Crédito, el uso

² Vid. en este sentido MUÑOZ LOMBARDÍA, A., para quien «a partir del 2001 se inicia un período de consolidación, con incremento de usuarios y actividad que ha propiciado, a partir de entonces, que se intensifique la venta por esta vía y una mayor integración de todos los canales de comunicación con los clientes» [«Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», In: *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Madrid Parra, A., dir.). Madrid: 2010. p. 188].

de las técnicas de la información y comunicación pueden ser utilizadas por el público y por el cliente con diferentes propósitos y, por consiguiente, con distinta consideración desde la óptica del Derecho de Obligaciones y contratos. En primer lugar, como medio para contratar, ya que a través de la página *Web* o sitio *Web* de la Entidad de crédito, cualquier cliente mayorista o minorista –consumidor o no- tiene la posibilidad de conocer los productos y servicios que ofrece la entidad, así como los que puede contratar por medios electrónicos. Así y entre las entidades consultadas, en sus respectivas *Web* se contiene información respecto de los productos y servicios que se ofrecen. Entre ellos, depósitos³, préstamos de valores⁴, préstamos e hipotecas⁵, derivados financieros⁶, «acuerdos de garantía financiera»⁷, «cesiones, temporales o no, en garantía u otras operaciones con finalidad directa o

³ Información relativa a la «depósito supera 13 meses clientes» contenida en la *Web* de Banesto «Depósito supera 13 meses», para clientes de la Red Banesto Grupo Santander (clientes con cuenta activa en los últimos 12 meses), que aporten dinero nuevo: incremento neto de saldo en productos de pasivo (Vista/Ahorro, IPF, Depósitos, Fondos I, Seguros Financieros Sicav/Simcav, Cesión temporal de Activos, Recaudación de Impuestos y Activos Financieros), <<https://www.banesto.es>>. También *Openbank* «E-depósito open 13 meses», remunerado y «para el cálculo del incremento de posición global se tendrán en cuenta el saldo de todos los productos en los que el cliente sea titular». «La posición global será la suma de los siguientes productos: Cuentas corrientes Operativas, cuentas de ahorro, depósitos a plazo, fondos de inversión, planes de pensiones, activos financieros, cuenta de derivados, cuenta de valores, pagarés Santander de los que el cliente sea titular». «e-depósito open para nuevos clientes», total disponibilidad. (Información relativa a la «e-depósito open 13 meses» contenida en la *Web* <<https://www.openbank.es>>).

⁴ A los préstamos de valores se refieren la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (ii), «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009», AEB-CECA.

⁵ *Banesto*. «Otros préstamos e hipotecas: Banesto Premium, AgroBanesto, Negocios y Autónomos», «Hipoteca Primera Vivienda», «Hipoteca Segunda Vivienda», «Hipotecas Premium», <<https://www.banesto.es>>.

⁶ Los derivados financieros, mediante «operaciones financieras por diferencias (también llamadas contratos por diferencias)» aparecen en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (ii), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009» AEB-CECA».

⁷ La referencia a las garantías financieras se encuentran en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (iii), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009», AEB-CECA.

indirecta de garantía vinculadas al Contrato Marco que tengan por objeto deuda pública, otros valores negociables o efectivo⁸, «fondos de inversión, planes de pensiones, activos financieros, cuenta de derivados, cuenta de valores, pagarés Santander de los que el cliente sea titular»⁹. En segundo lugar, como medio de comunicación entre el cliente y la entidad (por ej., «Mi correspondencia»). En tercer lugar, también es común que los clientes puedan realizar electrónicamente actos de gestión sobre su cuenta o sus cuentas (consulta, orden de traspasos, activación de tarjetas, cambio de claves). En cambio, la posibilidad de contratar electrónicamente difiere entre las entidades consultadas. Así, la contratación de cuenta corriente, depósito, préstamo, etc. se contempla en las condiciones de Openbank y de renta4banco, mientras que Banesto parece restringirlo para los usuarios clientes que hagan la provisión de fondos «nuevas imposiciones». Para el resto de los usuarios se informa que se consulte por teléfono o en la oficina.

Esta realidad empresarial de los formularios alojados en *Web* se adecúa a la posibilidad contemplada en la ley de comercialización de servicios financieros a distancia, de realizar por medios electrónicos todos los actos relativos a la contratación, con independencia de su adscripción jurídica en el campo del Derecho de Obligaciones y Contratos. En este sentido debe manifestarse, que el término «comercialización» utilizado por el legislador en el título de la Ley española y de la Directiva tiene un sentido amplio y comprensivo de cualquiera de los actos relacionados con el contrato de servicio financiero bancario que se concierte. Así se deduce de los términos y expresiones contenidas en sus disposiciones. Entre ellos, los comprendidos en la publicidad y en la fase precontractual del contrato, como son los de «información previa» de carácter comercial (art. 7.2, en

⁸ Las «cesiones, temporales o no, en garantía u otras operaciones con finalidad directa o indirecta de garantía vinculadas al Contrato Marco que tengan por objeto deuda pública, otros valores negociables o efectivo». Así, en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (v), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009» AEB-CECA.

⁹ Información relativa al «e-depósito open 13 meses» reproducida en la *Web* <<https://www.openbank.es>>.

conjunción con el art. 7.1 de la LCSF), así como la «ofertas» (art.6.1 LCSF) y la «negociación» (art.5.3 LCSF), respectivamente. Los actos asociados con el consentimiento y su posible revocación, como es el caso de la referencia a la «celebración» (arts. 5.3 y 6.1 LCSF) y al «desistimiento» (art.6 LCSF), respectivamente. Los términos que conectan con el cumplimiento o incumplimiento del contrato, entre los que se pueden citar, el «pago» (art. 11 LCSF) y la «reclamación extrajudicial» (art. 16 LCSF). De manera simultánea, la comercialización de servicios financieros en sentido amplio constituye la base y finalidad de la actividad empresarial de la Entidad de Crédito. Y a estos efectos, es indiferente la forma en la que se realicen o formalicen los sucesivos actos, ya de manera tradicional de documento oral y escrito en soporte papel y enviado por correo postal, ya de manera electrónica, a través de su puesta a disposición en la *web* y envío por *e-mail* (art. 9 de la CCSF, sobre la «comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa»). O combinando ambas modalidades, de acuerdo con la contratación integrada de servicios financieros, de carácter presencial-virtual, que orienta las relaciones entre la entidad de crédito y su cliente en el presente siglo XX.

Entre las ventajas e inconvenientes advertidos en la experiencia de la banca por internet se señala, que la valoración por parte de los clientes y usuarios de la banca por internet es mayoritariamente favorable. Entre las ventajas se indican: la disponibilidad de la información o la realización de transacciones poco sofisticadas (apertura de cuenta, seguro distinto del de vida), junto con la fiabilidad y la seguridad en la plataforma. Entre las mejoras se realizan dos grupos de propuestas. En el primero de ellos, se pide: la ampliación la interacción de todos los elementos del sistema, con el fin de atender adecuadamente a las necesidades cambiantes de los clientes, la mayor información de los productos y la comparativa de los precios en el mercado obtención de información. En el segundo grupo, se reclama mejorar la eficiencia en los procedimientos asociados a los canales a distancia e incrementar la autonomía en aras a la toma de sus propias decisiones, mediante

herramientas y soluciones en las que apoyarse¹⁰
<<http://www.bankimia.com>>.

En el plano de aplicación normativa, los problemas de la contratación electrónica de servicios financieros bancarios se advierten principalmente en relación con cuestiones comunes a otros contratos bancarios [contrato de permuta financiera, mediante condiciones generales con cláusula abusiva -STS, (sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo- (RJ\2013\3088); validez del contrato de crédito vinculado a la adquisición de activos financieros –STS (sala de lo Civil), núm. 660/2012, de 15 de noviembre- (RJ\2013\18); responsabilidad del banco gestor por la pérdida de la totalidad de la inversión –STS (Sala de lo Civil), núm. 240/2013, de 17 de abril, (RJ\2013\2600)]. Y, en menor medida, en relación con aspectos singulares de la utilización de los medios electrónicos [La elección de la tarjeta de pago por el cliente debe considerarse consentimiento tácito al sistema de captura electrónica de firma en tableta digitalizadora – SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª, de 9 de octubre de 2007 (RJCA\2007\784)-. Inexistencia de responsabilidad de la entidad por los daños ocasionados al cliente derivados del cierre automático de posiciones al no aportarse nuevas garantía -SAM (Sección 11ª), núm. 9/2013, de 28 de diciembre (AC 2013\633)-].

2. Ámbito subjetivo: entidad de crédito o prestador de servicios financieros, consumidor y prestador de servicios de la sociedad de la información.

En cuanto a los sujetos implicados en la comercialización electrónica de servicios financieros, el legislador se refiere, de una parte,

¹⁰ Tomo síntesis de MUÑOZ LOMBARDÍA, A., en cuya opinión «la banca por Internet es un canal consolidado y muy apreciado por los clientes en todo lo que respecta a la operativa transaccional, (...) sin embargo, las entidades financieras deben mantenerse al día de las tendencias para ofrecer respuesta a las demandas de una clientela cada vez más exigente en todo el proceso de venta y postventa» [«Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», p. 189].

a la «entidad de crédito» o «entidad» o «proveedor de servicios financieros»; de otra, al «cliente», «consumidor», «cliente potencial, cliente» y el «proveedor de servicios de la sociedad de la información» e «intermediario» implicados (Entre otros, en los arts. 2, 4 y 5 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia).

2.1. Entidad de Crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito.

El artículo 2 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros se refiere a las «entidades de crédito» cuando determina su ámbito de aplicación, mientras que el artículo 5 del mencionado texto se refiere a ellas con el término de «proveedor» para referirse a la entidad de crédito como parte en el contrato y también «toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia (...), en cualquier fase de la comercialización» (art. 5.1 LCSF 22/2007).

La Entidad de Crédito es toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Así se establece en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación de las entidades de crédito al Derecho de las Comunidades Europeas. Esta definición se ha simplificado en la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹¹. En esta nueva definición se conserva la intermediación

¹¹ En relación con la modificación de la definición introducida por la Directiva 2006/48/CE, SANCHEZ-CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil*, (revisada por SÁNCHEZ-CALERO, J. 2013) manifiesta, que «esta definición, inspirada en diversas Directivas comunitarias, se ha visto superada por otra más sencilla y precisa contenida en la Directiva 2006/48/CE, que define la «entidad de crédito» como «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia»», p. 660.

en el crédito como elemento común a las entidades de crédito¹². Esta función esencial es compatible con la paulatina extensión de la actividad bancaria a otras operaciones conexas, como las relacionadas con los instrumentos financieros y llevadas a cabo por las entidades de créditos al compás del desarrollo los Mercados financieros. Por ello, se encuentran comprendidas en la expresión «negocios o contratos financieros»¹³.

El concepto amplio de Entidad de Crédito es de carácter funcional porque prescinde de la naturaleza jurídica que concretamente revista la entidad¹⁴. Comprende, de una parte, las entidades de créditos

¹² «La existencia de un elemento común en las diversas entidades de crédito como es el de su función intermediadora en el crédito, aunque no se dé en todas con el mismo alcance, y el hecho de que la banca pueda actuar en el ámbito operativo reservado a los establecimientos financieros de crédito, llevan a que la consideración del elemento subjetivo de la banca como parte caracterizadora de las relaciones negociales de intermediación se vea desplazado por el más amplio de entidades de crédito cuando se hace referencia a su intervención en la contratación bancaria, a la vez que dentro de la misma deban considerarse incluidas las tradicionalmente denominadas actividades parabancarias al irse difuminando una denominación que va dejando de tener la función originaria de señalar unas actividades que eran nuevas y que convenía someter a control. Es así que todas las operaciones de intermediación en el crédito tienen a irse agrupando en algunas normas bajo la denominación de “«servicios bancarios» (...), de forma que la consideración conjunta de las diversas actividades de intermediación no es ya sólo un tema de oportunidad en el sometimiento a unos regímenes de control, sino también una opción legal de contemplación conjunta, en muchos aspectos, de régimen contractual» (Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: “Introducción”. In: *La contratación bancaria*, p. 23-24).

¹³ A este factor expansivo de la actividad bancaria se refiere el profesor CORTÉS, J, con la expresión «efecto multiplicador». En este mercado se desarrollan los negocios o contratos financieros, consistentes en intercambios o transacciones puramente financieras, es decir, operaciones o negocios en los que el dinero es el objeto mismo de la contratación, el objeto de la prestación que tipifica y singulariza los diversos contratos o negocios que, por ello y a diferencia de los que se conciertan en los mercados de bienes y servicios, podemos denominar, financiero, («Contratos y mercados financieros», *Derecho Mercantil* (MENÉNDEZ, A.; ROJO, A., dirs.). Madrid: 2013, p. 202 y 211).

¹⁴ La concepción funcional de Entidad de Crédito se sostiene mayoritariamente en la doctrina. Este concepto se extrae de la clásica definición de la actividad bancaria como la representada por la intermediación profesional e indirecta en el crédito, con operaciones pasivas y activas funcionalmente interdependientes, aunque jurídicamente independientes (SANCHEZ CALERO, F.: «La delimitación de la figura de “entidad de

bancarias, como encargadas de la captación de fondos mediante depósitos de dinero y con independencia de la estructura que revista cada una de ellas: Bancos, Cajas de Ahorros y Establecimientos financieros de Crédito, como instituciones especializadas en determinados contratos y operaciones¹⁵. Esta delimitación amplia se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión en el art. 2 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, 26/1988, al que se remite el art. 4.2.a de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros¹⁶.

crédito” y la de otros sujetos”, p. 713). En esta corriente se enmarca TAPIA HERMIDA, A. En su opinión, “la actividad típica de las entidades de crédito es la intermediación indirecta en el crédito que se realiza mediante la conexión funcional entre las operaciones bancarias pasivas (de recepción de fondos del público) y las activas (de aplicación de los fondos captados) y que, además, aquellas entidades pueden realizar otras operaciones o servicios accesorios o complementarios de las anteriores. Es por ello por lo que el contrato bancario será el acuerdo de voluntades que instrumentará una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesoria a la misma» («El concepto y clasificación de los contratos bancarios», p. 134).

¹⁵ «El elemento subjetivo «entidad de crédito» trasciende a lo que sería la presencia de las tradicionales entidades bancarias, a la vez que amplía el ámbito de las figuras de la contratación bancaria en torno al crédito, pero sin desplazar la presencia de la intermediación en el mismo como elemento caracterizador de la bancariedad, aunque no se produzca en todas aquéllas de la misma manera ni siempre sea clara la sola presencia en el contenido de los contratos bancarios de prestaciones financieras de carácter activo o pasivo desde el punto de vista de la entidad de crédito, a la vez que se hace necesario resaltar la presencia creciente de otras actividades bancarias que van adquiriendo un relieve que tiende a disminuir su consideración como simples actividades conexas a la intermediación crediticia y que van adquiriendo una sustantividad diferenciada en torno, básicamente, a los mercados de valores» (Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: «Introducción» en *La contratación bancaria*, p. 26).

¹⁶ Art. 4 de la LCSF 22/2007. «*Ámbito material.*- 2. A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros...a) los servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».

A los propósitos normativos es irrelevante, que la contratación a distancia se realice directamente por la Entidad financiera o con la participación de uno o varios intermediarios (art. 2.3 LCSF). En relación con esta materia se indica, que «La banca electrónica ha permitido atender la necesidad de expansión del negocio bancario, manteniendo el sistema de distribución en los parámetros propios de la venta directa (...), por lo que la distribución de servicios bancarios a través de colaboradores (agentes, intermediarios) no ha constituido en el pasado un mecanismo cuantitativamente relevante, aunque la figura del agente de entidades de crédito está reconocida y regulada desde hace algún tiempo»¹⁷.

Con el término «proveedor» y «proveedores de servicios financieros», la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se refiere, indistintamente, a la entidad de crédito y al intermediario, según se deduce del tenor del art. 5, párrafo 1, que dice: «se considera como proveedor toda persona física o jurídica, privada o pública, que en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización». Distinto de los anteriores es el «proveedor de una técnica de comunicación a distancia», al que nos referimos más adelante.

La aplicación de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se extiende también a las entidades extranjeras con sucursales en España y que figuren inscritas en alguno de los

¹⁷ Vid. MARIMÓN, R... Este autor se refiere al intermediario en el mercado de crédito contemplado en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En relación con esta norma, el citado profesor señala que aparece así «una nueva clase de entidades que operan en el mercado de crédito, como intermediarios, sin poseer la calificación de entidades de crédito ni de agentes (...) y se incluyen entidades que funcionan, bien de forma independiente, o bien en colaboración con una o varias entidades de crédito», entre otros medios, a través de redes de distribución, de carácter predominantemente vertical. [«Redes financieras y protección del cliente», en *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes empresariales* (RUIZ PERIS, J.I., dir.). Valencia: 2012, p. 163-164].

registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España (art. 2.1 LCSF).

2.2. El consumidor o usuario de servicios financieros bancarios.

El cumplimiento de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros tiene carácter imperativo para la contratación realizada con el consumidor y de carácter dispositivo en los demás casos (art. 3 LCSF). El consumidor es la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5, último párrafo LCSF 22/2007, coincidente con el art. 2, ap., *d* de la Directiva 2002/65/CE y también con el art. 3, letra a) de la Directiva de crédito al consumo -2008/48/CE-, éste último aplicable al crédito garantizado sobre bienes inmuebles de uso residencial –art.4.3) Directiva 2014/17/UE-). Este concepto de consumidor sirve para delimitar a quien interviene en la relación bancaria con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros (concorde con la Exposición de Motivos al TRLGCU, III, segundo párrafo)¹⁸. La restricción de la figura del consumidor a la persona física excluye a la persona jurídica, coincidiendo con la delimitación dispuesta en la Directiva 2008/48/CE,

¹⁸ La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias declara, que: «El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados; contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros» (EM, III, tercer párrafo). El destino al mercado se considera por el profesor BERCOVITZ, A., lo determinante de la exclusión de la noción de consumidor o usuario... de la actividad circunscrita al ámbito personal, familiar o doméstico («Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios sobre el consumo*, p. 30).

de 23 de abril, sobre crédito al consumo¹⁹. Y también es la opción del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con el art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos del consumidor y que dice: «toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional». El legislador considera irrenunciable los derechos reconocidos en la ley al consumidor y, en su defecto serían nulos los actos realizados en fraude de ley, conforme a lo previsto en el art. 6 del Código Civil (art. 3 LCSF)²⁰.

Siguiendo al Derecho Privado tradicional, la protección al consumidor o usuario en la prestación de servicios financieros a distancia se articula por tres núcleos fundamentales de disposiciones: El primero y principal, aglutina las normas de transparencia y publicidad exigidas a las entidades de crédito. Estas disposiciones son de carácter público-privado y suelen consistir en proporcionar una información al mercado que permita una clara configuración de la voluntad de los

¹⁹ El art. 3.a) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril define al consumidor como toda “persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

²⁰ Art. 3 de la LCSF 22/2007: «Carácter imperativo.- Los consumidores de servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

diversos sujetos que actúan en él. Complementarias a estas últimas son las disposiciones que exigen a la entidad de crédito proporcionar las instrucciones necesarias para el manejo de los instrumentos técnicos, formalización, acceso y descarga de los respectivos documentos (arts. 7 y 9 de la LCSF). El segundo núcleo normativo protector del consumidor lo integra el reconocimiento y contenido reglado de ciertos derechos potestativos al consumidor; de una parte, el derecho de desistimiento del contrato, que tiene una amplia lista de excepciones por causa del «riesgo de la oscilación del precio no controlable por la entidad de crédito» (arts. 10 y 11 de la LCSF); de otra, la potestad de instar la anulación de un cargo indebido utilizando el número de una tarjeta de pago (art. 12 de la LCSF). El tercer núcleo de protección lo conforman las disposiciones relativas a la declaración de la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad de crédito de la (art. 17 de la LCSF) y, en menor medida, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos para resolver las controversias (art. 16 de la LCSF). De manera indirecta, la protección del consumidor se fortalece, a través del sistema de vigilancia, asesoramiento, ordenación normativa, reclamaciones y sancionador que el propio sistema bancario contiene en el marco del Derecho Público administrativo²¹.

En el plano de política jurídica, la valoración del sistema cautelar del consumidor o usuario contemplado por la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia sustentado en la información es positiva, dada la importancia del conocimiento que proporciona esta información en el comportamiento del consumidor, desde la perspectiva económica de «consumir» y desde la jurídica de «contratar». En este contexto es sabido, que en el campo de las ciencias sociales, la información es una variable significativa en el comportamiento económico del consumidor a la hora de adoptar su decisión para consumir, pues no cabe elección racional sin información²². Y desde esta

²¹ Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: «Introducción» In: *La contratación bancaria*, p. 29.

²² En palabras del profesor RAGA GIL, J., «no cabe elección racional sin información. La rotundidad de la afirmación sólo es admisible por la evidencia que la misma encierra. Si la decisión del consumidor implica siempre una decisión entre alternativas,

óptica, el regulador sitúa la información como el núcleo fundamental sobre el que se sustenta el sistema de protección al consumidor y también en el sector de los servicios financieros objeto de nuestro examen²³. Así, mediante la información el consumidor puede conocer los extremos esenciales de la operación y decidir si contratar o no contratar, si manifestar su conformidad o disconformidad con el bien adquirido... Este nivel de conocimiento previo proporcionado al cliente potencial graduará la fuerza del consumidor frente al comerciante o profesional para recabarle la información que precise hasta alcanzar el conocimiento adecuado para adoptar una decisión. Y, por ello, la información tiene que «ser veraz» y completa²⁴. En este contexto se comprende la elevación de la información como paradigma de la protección al consumidor y su el carácter continuo que imprime en la relación financiera bancaria (arts. 7-9 LCSF). Esta relevancia de la información y el carácter continuo de la misma son también los rasgos que marcan la política comunitaria de protección al consumidor²⁵.

la decisión consciente requiere conocimiento cierto, al menos en la certidumbre humana, de los hechos, de las condiciones en que se desenvuelven las alternativas, de sus ventajas, sus inconvenientes, y, cuando la elección recaiga sobre medios, materiales o no, para cumplir los fines pretendidos por la elección, conocimiento también de los atributos de aquellos medios» («La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor» In: *Derecho renovado del consumidor: Entre la Economía y el Derecho*. Madrid: 2010, p. 42).

²³ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M^a.R.: «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», In: «El consumidor en la contratación bancaria electrónica», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 96/2009, monográfico, p. 29-66.

²⁴ « (...) son los agentes que operan en el mercado los responsables de esa veracidad que el mercado tendrá que transmitir a cuantos a él concurran. Y, hablando de consumo, son los agentes que operan por parte de la oferta, es decir, productores, distribuidores e intermediarios, los que deben de asumir la responsabilidad, frente a los consumidores y frente a la sociedad en su conjunto, de la veracidad de la información que transmiten sobre los bienes y sus condiciones, sobre sus atributos y ventajas, así como sobre sus riesgos e inconvenientes», *nota supra*, p. 43.

²⁵ Más detalle sobre la política comunitaria, respecto del alcance y límites de la información como núcleo de la protección al consumidor en FLORES, M^a. S.: «Armonización plena y nivel de protección del consumidor: un punto crítico en la Directiva proyectada», *Derecho renovado del consumidor. Entre la Economía y el Derecho*, Madrid 2010, p. 85 et al.

A estos propósitos basta con enunciar las actividades que en ella se comprenden y a las que se refieren los artículos 7, 8 y 9 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia. De una parte, la publicidad del bien o servicio que la Entidad de Crédito ofrece por la banca virtual (promociones, ofertas y contratación de la más amplia naturaleza y tipología: apertura de crédito, depósito, tarjeta de pago, adquisición de valores). De otra, la puesta a disposición de las condiciones generales que constituyen la base de los posibles tratos preliminares, en orden a la formación de las correspondientes declaraciones vertidas en el contrato (acceso y eventual intercambio de información entre el potencial cliente-consumidor y la Entidad de crédito, acerca de la clase y características del bien o del servicio que se desee contratar). A todo este proceso se refieren los deberes de información a cargo de la Entidad de Crédito (principalmente, los arts. 7-9 LCSF), con fines publicitarios o comerciales (art. 7.2, en relación con el art. 7.1, ambos de la LCSF), así como las propuestas y ofertas para contratar (arts. 8 y 9 de la LCSF). Todas ellas dirigidas a garantizar que el consentimiento que el consumidor presta en estos contratos no adolece de deficiencias informativas y que la información suministrada al consumidor sea suficiente y adecuada²⁶, no sólo suficiente para poder apreciar el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa, sino también la adecuada respecto del medio de transmisión ni tampoco derivadas de un uso inapropiado encauzados a reforzar el interés privado patrimonial de los clientes bancarios, con especial hincapié en los consumidores. Por ello, la configuración y contenido reglado e imperativo de las

²⁶ En relación con la información que han de recibir los consumidores antes de la celebración del contrato, la profesora TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R., manifiesta que ha de ser «no sólo *suficiente* para poder apreciar el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa, sino también la adecuada al medio electrónico elegido (...). En este sentido, debe considerarse acertado el régimen específico de información previsto para el caso de comunicación a través de telefonía vocal no contemplado en ninguna norma anterior de protección del consumidor». «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», p. 29.

obligaciones informativas a cargo de la entidad de crédito, la observancia de las mismas, con carácter previo a la declaración de aceptación y el eventual derecho potestativo de desistimiento que se reconoce en ciertos casos al consumidor (arts. 10-11 de la LCSF).

Ahora bien, técnicamente, la aplicación de la Ley de comercialización de servicios a distancia ha de ser coordinada y sistemática con el ordenamiento jurídico privado. En este sentido, el estudio coordinado de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, conjuntamente con las normas generales de desarrollo reglamentario sobre transparencia de los servicios bancarios para la protección del cliente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de julio), así como de estas últimas con el Derecho sectorial financiero y de obligaciones y contratos es necesaria para solucionar algunos problemas técnicos que inciden en la consecución de los fines de política jurídica²⁷. Y el recurso a la misma tiene su fundamento en una interpretación, sistemática y finalista del Derecho de Obligaciones y contratos, que está presente en las múltiples remisiones contenidas en la propia ley de comercialización a distancia de servicios financieros, tanto a la legislación sectorial financiera (arts. 1 y 4.2 de la LCSF, en relación con la aplicación del régimen del servicio financiero objeto de la operación) y electrónica (art. 1 de la LCSF y en concreto para las comunicaciones no solicitadas –art. 14 LCSF–), como a la regulación general de consumidores (art. 1 de la LCSF) y de Obligaciones y contratos (art. 9.4 LCSF, en relación con la teoría general de ineficacia de los contratos, contemplada en el CC –arts. 1300-1314–).

Por lo que se refiere a la interpretación sistemática de las disposiciones, ésta puede inferirse de las reiteradas cláusulas de remisión a los diversos bloques normativos contenidas en la Ley 22/2007 (entre otros...), la Orden EHA2899/2011 (...) y la Circular del Banco de

²⁷ En esta línea de pensamiento también MAYORGA TOLEDANO, M^a. C.; quien considera que la dispersión normativa se constituye la característica esencial y básica de los contratos bancarios («La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria», In: *Sistema Financiero y Tecnología*. Madrid: 2010. p. 260).

España 5/2012 (...). Esta interpretación coordinada explica, que la concepción restringida de contrato de servicio financiero a distancia en la Ley 22/2007 a aquéllos en los que su «celebración se utiliza alguna técnica de comunicación electrónica», debe colmarse con la aplicación del régimen básico de transparencia, que con carácter general se contempla para todos los servicios financieros en la Orden EHA2899/2011 y en la Circular del Banco de España 5/2012, con expresa referencia a la utilización de «medios electrónicos», indistintamente, en la «prestación» (art. 3.4 de la Orden EHA 2899/2011), en la «puesta a disposición de la información» o en su archivo «soporte duradero» (Norma tercera y quinta, respectivamente de la Circular 5/2012). Y, viceversa, que el significado de los términos relacionados con la contratación electrónica, como los de técnica de comunicación a distancia, soporte duradero han de extraerse de la Ley de comercialización a distancia de servicio financiero o en las electrónicas relacionadas con la misma.

Similar resultado encuentra una interpretación del régimen de transparencia sustentado en los deberes de información impuestos a las entidades de crédito con el fin de asegurar que el cliente potencial pueda conocer los productos y servicios que se le ofrecen y que el cliente-consumidor emitir el consentimiento con suficiente conocimiento del contrato que celebra con la entidad. Así se deduce de la referencia general a la protección del cliente de servicios financieros, así como de las más concretas contempladas en las disposiciones objeto de examen. Entre ellas, la necesidad de evitar «los efectos de la asimetría de información y (...) adoptar sus decisiones económicas de la forma» (Exp. Motivos, I, Orden EHA 2899/2011), que el cliente «pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario» (Norma Sexta de la Circular 5/2012, (...) sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamo). El examen del desarrollo normativo de la transparencia y su aplicación en la *praxis* nos permitirá valorar la regulación y apuntar las posibles propuestas de interpretación rectificadora o de reforma.

Por último reiterar, que la aplicación de la LCSF 22/2007 a la contratación con el cliente no consumidor es posible siempre que así elijan las partes, según lo autoriza el principio de autonomía de la voluntad, proclamado en el 1255 del Código Civil; el cual se apunta para la aplicación territorial de la LCSF en el art. 2.4.c)²⁸. A esta idea contribuye la práctica los formularios, clausulado y de condiciones generales predispuestas por las Entidades de Crédito para racionalizar y simplificar la contratación en masa.

2.3. Prestador de servicios de la sociedad de la información y su posible coincidencia con el prestador de servicios financieros.

El art. 6 de la Ley de comercialización de servicios a distancia se refiere al « prestador o prestadores de servicios de la sociedad de la Información». Estos son las personas que hacen posible la conexión electrónica entre las partes mediante la puesta a disposición de la infraestructura y medios de transmisión electrónica: telefonía, telemático. El prestador de servicios de la sociedad de la información se define como la persona física o jurídica que pone a disposición de la Entidad de Crédito una o más técnicas de comunicación a distancia (medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares) (art. 6.2, en relación con el 4.3 LCSF 22/2007)²⁹. Normalmente el prestador de servicios de la sociedad de la información coincidirá con el prestador de servicios financieros toda vez, que las entidades de crédito tienen la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público, según se establece en el art. 2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. La naturaleza jurídica de esta obligación se comprende entre los deberes de *status* aplicable a todas las empresas de

²⁸ El art. 2.4 de la LCSF 22/2007, relativo al ámbito subjetivo de aplicación dice: «Esta Ley, ... también se aplicará a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando ... d) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable al contrato».

²⁹ Art. 6.2 de la LCSF 22/2007: «Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia».

cierta trascendencia económica, entre las que expresamente se comprenden las Entidades de Crédito y demás adscritas a los mercados financieros (art. 2.2.b)³⁰. En cualquier caso, el régimen jurídico de estos prestadores de servicios se encuentra en las respectivas regulaciones sectoriales, dictadas para cada modalidad operativa o tecnológica (entre ellos, operadores de redes, de enlaces a contenido o instrumentos de búsqueda, de alojamiento y almacenamiento de datos). Estas disposiciones especiales se complementan con el régimen general electrónico, representado por el aplicable a los prestadores de firma de certificación (LFE 59/2003, arts. 2 y ss.) y el dispuesto para todo prestador de servicios de la sociedad de la información en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, 34/2002 (Título II, arts. 6-18 LSICE). En este marco normativo, la experiencia empresarial ha puesto de manifiesto el uso residual de los certificados electrónicos y, en especial del Documento Nacional de Identidad electrónico en plataformas financieras, contrariamente a las expectativas que guiaron al legislador en su previsión normativa³¹.

³⁰ Art. 2 de la LISI, 56/2007: «Obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público de especial trascendencia económica».

1. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de comunicación a distancia con los clientes, las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática...
2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán la consideración de empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, las que agrupen a más de cien trabajadores o su volumen anual de operaciones, calculado conforme a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, exceda de 6.010.121,04 € y que, en ambos casos, operen en los siguientes sectores económicos:
 - b) Servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago...: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».

³¹ Vid. MUÑOZ, A.: «Banca electrónica: experiencia práctica del banco Santander y tendencias 2010», p. 190.

3. Ámbito objetivo: Actos relacionados con la contratación de bienes y servicios desarrollada en la actividad de las entidades de créditos.

Los actos funcionalmente dependientes o relacionados con el contrato de servicios financieros son al mismo tiempo, el objeto de la actividad empresarial de la Entidad de crédito y de los contratos enunciados en el artículo 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de créditos. En síntesis, los contratos comprendidos comúnmente en la actividad de intermediación en el crédito y en otras operaciones conexas llevadas a cabo por las entidades de créditos al compás del desarrollo los Mercados financieros³². Esta interpretación evolutiva del art. 52 coincide con la que se deduce para la contratación electrónica de servicios financieros, ya que el art. 4.2 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se remite al mencionado art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito para determinar el significado y el alcance del término «servicios financieros».

3.1. El significado plural de comercialización: actos de promoción y de contratación.

El tenor, *comercialización de servicios financieros*, (que titula la ley y se reitera en el art. 6 entre otros) coordinado con los términos *ofertas, celebración del contrato* (art. 6 de la LCSF) muestran que el objeto y contenido de la regulación básica fijada para la contratación electrónica en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros tienen por referencia a los actos relacionados con la publicidad y con el proceso contractual del contrato de servicios financieros. Estos actos versan sobre bienes, derechos (dinero, valores, instrumentos financieros, créditos) y servicios (asesoramiento, transferencia, intermediación), según se aprecia en la *web* de las

³² Vid. el epígrafe «Entidad de crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito».

entidades objeto de nuestro examen, con independencia del canal de comunicación que se utilice en cada caso: *presencia del cliente en la entidad, web, teléfono*. Esta conclusión se deduce también en el desarrollo positivo de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia. Entre ellos, en el art. 1, relativo al objeto de la Ley, en el que se comprenden todos los actos vinculados a la vida del contrato: a) su formación: *negociados*, b) su existencia y perfección: *celebrados* c) su cumplimiento: *prestados*; c) su inobservancia, cesación, quejas y reclamaciones (arts. 15, 16 de la LCSF). En el art. 4 de la ley, relativo al ámbito material de la ley a *los contratos y a las ofertas relativas a los mismos*. En la exigencia del art. 7.2 de la ley, de hacer constar la *finalidad comercial* de la *información previa al contrato* que ha de proporcionar la Entidad de Crédito, *inequívocamente* (art. 7.2 de la LCSF). Esta interpretación amplia del término *comercialización* también es acorde con los fines de política jurídicas, que inspiran la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros transpuesta por la Ley española 22/2007, en orden al aprovechamiento de las ventajas ofrecidas por la integración de las tecnologías de la información y de la comunicación a la vida social, así como de la mejora en la eficiencia empresarial y el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios³³. En la ordenación sistemática de los sectores normativos en el Derecho español, los actos señalados se adscriben al Derecho de la Publicidad y al de Obligaciones y contratos; por lo que la vinculación con cada uno de los campos jurídicos, de manera separada o a ambos conjunta y coordinadamente deben apreciarse en la aplicación de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros al caso concreto.

Las ideas señaladas se adecúan a las observaciones de la realidad empresarial. En este sentido, la comparación entre el contenido de los anuncios publicados en la *Web* de las entidades de crédito y el fijado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP)

³³ Más detalles sobre los fundamentos económicos y jurídicos de la Directiva, en relación con el Programa Europeo de protección al consumidor, FLORES, M^a. S.: «Naturaleza y caracterización de la contratación bancaria con el consumidor», p. 1 et al.

permite calificar la información mencionada en ellos de «acto de publicidad», por concurrir en sus declaraciones los elementos de la caracterización legal de publicidad, representados por la naturaleza del acto, el elemento funcional y causal. En cuanto al elemento estático, de la naturaleza del acto: el tratarse de una *forma de comunicación realizada por una persona... jurídica... a un destinatario indeterminado*; en el caso de la banca virtual nos encontramos con declaraciones que figuran en un entorno de acceso público, como es la *Web*, en la que se realizan declaraciones a un número indeterminado de destinatarios, con un contenido de carácter preferentemente informativo respecto de los bienes y servicios que ofrece la Entidad de Crédito (contratos sobre adquisición e intermediación de valores e instrumentos financieros, dinero, de asesoramiento financiero, etc.). En relación con el elemento funcional por cuanto, que el acto de publicidad se realiza *en el ejercicio de una actividad comercial... o profesional*; en nuestro caso, la actividad de intermediación en el Mercado de dinero y de Valores³⁴. Y en relación con el elemento causal, representado por la finalidad del acto de publicidad *promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*; en el objeto de nuestro examen, la Entidad de Crédito promociona la contratación de sus bienes y servicios, mediante una información detallada acerca de las clases y tipos de actos que pueden realizarse telefónicamente o por medios telemáticos. Por consiguiente, la Ley general de publicidad, núm. 34/1988, de 11 de noviembre se aplicaría coordinadamente con las disposiciones especiales, contenidas en la normativa sectorial financiera [entre ellas, la circular del Banco de

³⁴ Esta conclusión guarda relación con la definición legal de Entidad de Crédito sostenida anteriormente, con extensión a toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Esta delimitación amplia también se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión en el art. 2 de la LCSF 22/2007, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de la LDIEC (Vid. epígrafe relativo a la Entidad de Crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito).

España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios (...)]. Y en relación con estas disposiciones tendrían que ser cumplimentados en el diseño, desarrollo y contenido de la *Web* por las entidades de crédito.

En el contenido informativo reflejado en la *web*, el «cliente potencial o real» también puede acceder a determinadas informaciones relacionadas con el catálogo de productos y servicios, que son susceptibles de configurar uno o varios contratos, con indiferencia de la categoría y tipo de contrato al que pueda adscribirse en el mundo jurídico. A título enunciativo, contrato de depósito (a la vista, de fondos reembolsables), créditos (préstamo, crédito al consumo), contrato de intermediación (asesoramiento, alquiler de cajas de seguridad, intermediación en operaciones sobre valores negociables, instrumentos del mercado monetario, instrumentos financieros a plazo, opciones, futuros, permutas financieras), entre los que destacan los de permuta y otros derivados financieros, y que en el mercado minorista se suele realizar con una función de cobertura respecto de la posición del cliente en el contrato principal, de carácter crediticio, según se manifiesta en los casos enjuiciados por nuestros tribunales (por ejemplo, el contrato de permuta financiera examinado por la AP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 248/2012, de 25 de septiembre. AC 2012\2142³⁵). Entre los modelos empresariales de regulación de estos contratos se distinguen dos variables. Una de ellas es la representada por la celebración de los contratos mediante las condiciones generales aplicables a cada uno de los tipos de contratos y en las que se refleja la cláusula de «posición global del cliente» (es el caso de los clausulados reproducidos en la *Web*

³⁵ En este caso, el Tribunal de apelación declaró que «el contrato bancario de permuta financiera de tipos de interés o swap nulo por error invalidante en el consentimiento, provocado por el incumplimiento por la entidad crediticia demandada de su deber de información a la entidad cliente, no sólo respecto de la omisión de toda referencia en el contrato a la finalidad de cobertura del riesgo de incremento del interés variable o al concreto riesgo que cubre; por lo que la condición de PYME sin conocimientos financieros le impidió conocer las características esenciales del producto financiero ofertado y el alcance que podrían llegar a tener las prestaciones asumidas». [AP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 248/2012, de 25 de septiembre. AC 2012\2142].

o incorporados mediante la correspondiente remisión a un tablón de anuncios o a su solicitud por el cliente en la oficina de la entidad). La otra se correspondería con los contratos realizados siguiendo el ya citado modelo de «contrato marco de operaciones financieras ». Mediante este contrato las partes –entidad y cliente- acordarían una «única relación jurídica», que tendría un clausulado invariable para determinadas prestaciones y condiciones (solidaridad pasiva, compensación) comunes para todos los contratos que se realizaran entre las partes y en cuyo respectivos clausulados se comprenderían, a su vez, la cláusula de incorporación al mencionado contrato marco.

En el marco del ordenamiento jurídico, Ley de comercialización a distancia de servicios financieros es de carácter interdisciplinar, ya que en su contenido coexisten normas reconducibles al Derecho Privado y al Derecho Público. Desde el punto de vista material o sustantivo, las normas de Derecho Privado se adscriben, preferentemente al sector de las obligaciones y contratos, porque se refieren a derechos, obligaciones y demás aspectos de la relación contractual, pero que en la relación con el consumidor adopta un matiz público determinado por el contenido imperativo y reglado para esta modalidad de contratación. Entre ellas: el deber de información que recae en la Entidad de Crédito acerca de las contenido contractual (arts. 7 y 8 de la LCSF); los derechos potestativos, de desistimiento y rescisión del contrato reconocidos al consumidor (arts. 10 y 11 de la LCSF) o la cláusula general de remisión al régimen general de la nulidad de los contratos (art. 9.4 LCSF), es decir, a los artículos 1300-1314 del Código Civil. Por su parte, las normas de Derecho Público pertenecen al ámbito del Derecho Administrativo y se vinculan ordinariamente a aspectos relativos a la protección del interés público del consumidor o a cuestiones de índole sancionadora. Es el caso de la obligación de dejar constancia de la oferta y de la celebración del contrato en un soporte duradero (art. 6.1 de la LCSF); la acción de cesación contra conductas que lesionen el interés colectivo o difuso del consumidor (art. 15 de la LCSF); la aplicación del régimen sancionador administrativo dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (art. 18.2.a LCSF), por

entenderse que las reglas contenidas en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros son *normas de ordenación y disciplina* a las obligaciones de información y de no envío de comunicaciones no solicitadas que se imponen a la Entidad de Crédito (art. 18.2 de la LCSF)³⁶

El seguimiento por la Ley de comercialización de servicios financieros, 22/2007, al mandato de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores (2002/65/CE, de 23 de septiembre) implica el reconocimiento positivo de la importancia de la actividad publicitaria y de la fase precontractual como elemento causal de la captación de clientes y, subsiguientemente, de la contratación bancaria. De aquí, la cuidada selección de los aspectos y detalles relacionados con el contrato (precio, reconocimiento y ejercicio de derechos potestativos, legislación aplicable, etc.-arts. 7-8 de la LCSF), de los que ha de informar la Entidad de Crédito, con carácter previo a la contratación. Con ello, nuestro legislador se adhiere a la vigorosa línea de pensamiento partidaria de sustentar la defensa del interés del consumidor sobre una profusa información, en el entendimiento de que el conocimiento previo y completo de los respectivos derechos y obligaciones reside la clave para la formación de la voluntad de contratar. En este sentido, el legislador concibe que «un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato» es «suficiente para que el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones» (Preámbulo, III, en sus dos primeros párrafos).

³⁶ El art. 18.2 de la LCSF 22/2007 dice: «En el caso de los proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de esta Ley (entre las que se incluyen las Entidades de crédito), se considerarán normas de ordenación y disciplina, las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero según establece el artículo 6.1; a los requisitos de información previa al contrato establecidos en el artículo 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9 y a las contenidas en el artículo 14 relativas a servicios no solicitados... Su incumplimiento será sancionado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente...».

3.2. La delimitación del contrato financiero bancario mediante el sistema de lista y cláusula general.

La dimensión amplia del ámbito objetivo de la Ley también se produce respecto de la clase y especie de contratos a los que se aplica la norma y, dentro de ellos, en relación con el objeto sobre el que pueden recaer los mencionados contratos (dinero, valores, derechos de crédito e instrumentos financieros). El legislador opta por una fórmula enunciativa para referirse a los servicios financieros como objeto del contrato negociado, celebrado o cumplido entre las partes.

Al margen de que los servicios bancarios y financieros se relacionen en el catálogo de servicios de uso común y generalizado por los consumidores y usuarios (Anexo I, letra C. del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualiza el RD 287/1991, de 8 de marzo), en el campo privado de la clasificación de los contratos, la expresión servicio financiero no es un término que se corresponda con un tipo de contrato del catálogo contemplado en el Código Civil (arts. 1445-1886) y de Comercio (art. 175, conjuntamente con los arts. 116-442 y concordantes). Por otra parte reiteramos, que la Ley de Comercialización a distancia, en conexión con la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito definen el término «servicios bancarios» y de «servicios financieros bancarios», a través de una lista enunciativa, acompañada de una cláusula general. De ambas puede inferirse un concepto amplio de contrato financiero bancario, acorde con la delimitación funcional de la actividad económica desarrollada por las entidades de crédito y representada por la de intermediación en el crédito y las conexas y accesorias a ellas, que versen sobre bienes, derechos y servicios normalmente integrados en los mercados financieros (art. 4.2 LCSF 22/2007³⁷, en relación con el art. 52 de la LDIEC)³⁸.

³⁷ Art. 4.2 de la LCSF 44/2007: «A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros».

De conformidad con este planteamiento, la lista enunciativa se extrae por conexión a las actividades y contratos enumerados en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Créditos (letra a). En dicho tenor se relacionan actos pertenecientes a la categoría de contrato, como acuerdo de voluntad entre una entidad de crédito y su cliente (de conformidad con la definición legal de contrato, *ex art.* 1254 del Código Civil). Es el caso de la referencia general a los *contratos* en el art. 1 de la Ley de comercialización de servicios financieros, en coordinación con las especies de contrato: *préstamo, factoring, arrendamiento financiero, mediación, garantía, contratos sobre valores o instrumentos financieros negociables*, enunciados en el art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito al que se remite el art. 4.2.a de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007³⁹.

³⁸ Contratos de servicios de inversión definidos en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (letra b). A las operaciones de seguros privadas, definidas en el art. 3 del Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, RDL 6/2004, de 29 de octubre (letra c).

Planes de pensiones definidos en el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2002, de 29 de noviembre (letra d).

A la actividad de mediación en seguros, definida en el art. 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

³⁹ Bajo el término genérico «servicios bancarios», la LCSF parte de un concepto amplio de contrato bancario en el art. 4-2 d. La delimitación legal comprende los contratos «servicios de crédito o de pago», así como de todos los relacionados con las actividades enunciadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988 y que son: «a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades europeas.- b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales.- c) Las de «factoring» con o sin recurso.- d) La de arrendamiento financiero.- e) Las operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia.- f) La emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito.- g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.- h) La intermediación en los mercados interbancarios.- i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras. Para realizar las operaciones citadas las entidades de crédito comunitarias

La posibilidad de múltiples contratos de servicios financieros bancarios deriva del carácter expansivo e innovador de la actividad de las entidades de crédito. Este carácter tiene sus fundamentos generales en los ámbitos económicos y jurídicos, ya que si en el primero, la expansión e innovación de la actividad de las entidades de crédito está indisolublemente unida a las necesidades de financiación de la Economía cada vez más globalizada e interdependiente, su efectiva realización se ampara en el principio de autonomía de la voluntad contractual (art. 1255 CC). En este contexto expansivo-innovador reside y encuentra su explicación la incorporación de la amplia gama de instrumentos financieros en la contratación de las entidades de crédito con sus clientes.

Es cierto, que la finalidad de estos contratos es diferente, si bien es su realización con el objetivo de cubrir la posible oscilación del tipo de interés referenciado en un contrato de préstamo o de otro tipo es frecuente en la *praxis* según se contempla en los formularios disponibles a través de la Web. En principio, la validez de «cualquier sistema de cobertura de tipo de interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad» se deduce de las exigencias de información adicional requeridas al respecto en el art. 24 de la Orden EHA 2899/2011⁴⁰; en el art. 16, en relación con «los servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados»⁴¹ el «depósito a plazo

podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de éstos.- j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones.- k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: Estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares.- l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.- ll) La actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta.- m) La realización de informes comerciales.- n) El alquiler de cajas fuertes».

⁴⁰ Art. 24 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

⁴¹ Art. 16 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre: «Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados o híbridos deberán recoger, de forma explícita y clara, la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal,

con garantía del principal». Asimismo, la validez general de estos contratos bancarios puede inferirse de la exigencia a la entidad de crédito informar al cliente de los «servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio» (art. 12 de la Orden EHA 2899/2011)⁴². Estos preceptos reglamentarios tendrían su fundamento legal en el principio general de autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos y que se proclama en el art. 1255 del Código Civil. Y esta conclusión no se altera por el hecho de las dificultades que plantearía encontrar el régimen legal supletorio del contrato celebrado entre las partes, a partir de la intención común de las partes, deducido del contenido casuístico acordado en el contrato (s) celebrado [según la doctrina jurisprudencial, entre ellas, la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), de 4 de septiembre –RJ 5152\2007- y la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), de 18 de diciembre –RJ 676\2008-]. Conforme a este método deductivo-inductivo nos aproximaríamos a calificar la operación de servicio financiero, como compraventa de valores, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial⁴³. Y, con arreglo a esta calificación se determinaría el

la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme a lo que establezca el Banco de España teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito».

⁴² Art. 12 de la Orden 2899/2011: «Servicios vinculados. Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

En caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios».

⁴³ La profusa variedad de contratos en la práctica financiera depende de la función perseguida por las partes en la celebración del negocio; la cual se extrae del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido global del contrato. En relación con el juego de esta autonomía de la voluntad contractual en los contratos de financiación explicaba el profesor GARCIA VILLAVERDE, R., que «bajo la

sistema de fuentes aplicable al contrato celebrado o al servicio financiero prestado relacionado con el mismo. Este régimen jurídico constituiría la «normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso», a la que se refiere el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007. Este planteamiento general no se alteraría por el hecho de cual sea la finalidad perseguida por las partes en la conclusión de un contrato o de la combinatoria entre una pluralidad de ellas. Por utilizar uno de los casos más frecuentes de la *praxis* de los formularios y también judicial, el de la celebración de un contrato de permuta financiera «swap de tipo de interés» con la finalidad de cubrir la posible oscilación del tipo de interés referenciado en un contrato de préstamo o crediticio de otro tipo. La validez de «cualquier sistema de cobertura de tipo de interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad» se deduce, además, de las exigencias de información adicional requeridas al respecto en el art. 24 de la Orden EHA 2899/2011⁴⁴; en el art. 16, en relación con «los servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados» el «depósito a plazo con garantía del principal». La validez general de estos contratos bancarios también puede inferirse de la exigencia a la entidad de crédito informar al cliente de los «servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio» (art. 12 de la Orden EHA 2899/2011)⁴⁵.

unitariedad que da la existencia de causa específica del contrato, subyacen muchas posibilidades combinatorias: prestaciones típicas operando en mayor o menor medida como en el contrato del que proceden, prestaciones típicas con otras atípicas, diversas formas de interrelacionarlas, etc... Y los contratos de financiación, básicamente, por tratarse de contratos mercantiles, ofrecen problemas añadidos en el plano de las fuentes, que podrían agruparse en torno a la idea de la posibilidad de alteraciones del sistema de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 2 C. Com.» («Tipicidad contractual y contratos de financiación», en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado financiero*, p. 12-13).

⁴⁴ Art. 24 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

⁴⁵ Art. 12 de la Orden 2899/2011: «Servicios vinculados. Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

Estos preceptos reglamentarios tendrían su fundamento legal en el mencionado principio general de autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos y que se proclama en el art. 1255 del Código Civil y, al margen de que algunos de estos contratos hayan podido ser declarados judicialmente ineficaces.

El régimen contemplado en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros 22/2007 se aplicaría con independencia de la naturaleza jurídica del contrato bancario o el contrato de servicio financiero bancario (compraventa y garantía de valores, asesoramiento financiero, alquiler de caja de seguridad). Así debe entenderse de la elección legal por un concepto amplio y funcional de contrato bancario, como aquél al servicio de una entidad de crédito en el ejercicio de su actividad, de transformación de activos y operaciones conexas, de conformidad con la concepción amplia y ordenadora de contrato bancario que se adopta en este trabajo. Dependiendo de esta contratación bancaria que constituye la finalidad de la actividad de cualquier Entidad de crédito se imponen los deberes que han de cumplirse respecto de la información que ha de reflejarse en la *Web*, las medidas de seguridad tecnológica que este medio de publicidad ha de cumplir, conforme a los requerimientos al soporte duradero (art. 6 de la LCSF) y al medio de interlocución telemática, en la LISI (art. 12 bis, en relación con el art. 2).

4. Sistema organizado por la entidad de crédito como nexo funcional de todos los elementos implicados en la contratación.

El tercero de los elementos que caracteriza la contratación electrónica de servicios bancarios financieros se establece en el artículo 4.1 de la ley cuando se refiere a las ofertas y a los contratos celebrados «en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a

En caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios».

distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato».

4.1. Los medios de transmisión y de comunicación: Sitio Web o Website. Teléfono. Fax y otros similares.

El legislador requiere que las partes estén unidas por uno o varios canales de comunicación a distancia. Esta exigencia se acompaña de la referencia expresa a una serie de medios de transmisión electrónica, como son el teléfono, el fax, terminal de ordenador (art. 4.3 LCSF). La variedad de instrumentos comprendidos en la ley de comercialización y la alternancia entre ellos, entre estos medios de comunicación electrónica y la de carácter presencial que subyace en la normativa se adecúa a la conformación integrada del sistema que sustenta la contratación de servicios financieros bancarios en los modelos empresariales. Asimismo, el predominio de los medios electrónicos por el cliente en su relación jurídica continuada con la entidad acierta con las exigencias de fluidez y seguridad impuestas por el tráfico empresarial y su desarrollo crece al ritmo de los avances en las tecnologías de la información y comunicación.

La inclusión de los instrumentos electrónicos, como la telefonía vocal, el fax y otros medios similares en el ámbito de la contratación de servicios financieros es coincidente con la realidad empresarial, toda vez que el uso de Internet, en abierto o a través de la «cuenta de cliente» y del teléfono está consolidada en la Banca a distancia, Banca *on line*, Oficina internet y de este modo se advierte en los modelos empresariales de los anuncios y formularios de contratos marco, condiciones generales consultados a través de la *web* en Internet de la Entidad de crédito. Dentro del «Sistema integrado de comunicación» se menciona, Internet y el teléfono para contratar, consultar y realizar órdenes en la «Red Banesto Grupo Santander», en la que se integra o «Banesnet», la «Banca

por Internet» de Banesto Grupo de Santander⁴⁶, así como en «openbank»⁴⁷.

La pluralidad de medios o canales de comunicación entre la entidad y el cliente, así como la complementariedad entre la banca virtual y la banca presencial son acertadas porque combinan la mayor fluidez y simplificación de los instrumentos electrónicos con la seguridad que requieren las relaciones jurídicas. En efecto, el uso alternativo e indistinto de los diversos canales de comunicación disminuye el nivel de riesgo derivado por la interrupción o mal funcionamiento de cualquiera de los canales de comunicación. En este sentido, el uso alternativo del teléfono permite realizar la gestión o la contratación de un producto o servicio cuando el mismo no pueda llevarse a cabo por presencia física o mediante acceso a la web de la Entidad. Asimismo, la amplitud tecnológica de los medios de comunicación se corresponde con la rapidez y seguridad que requieren las transacciones financieras en el mercado. En este sentido, la especial significación patrimonial que reviste la mayoría de las prestaciones relacionadas con los contratos bancarios es generalmente atendible por la obligación de puesta a disposición de fondos por la Entidad de Crédito a favor del cliente con el fin de responder a sus compromisos patrimoniales. Esta singular relevancia de la prestación patrimonial a realizar por la entidad de crédito justifica por sí misma, la necesidad de disponer de un método que asegure la continua comunicación del consumidor con su entidad de crédito dirigida a remediar las contingencias que se sucedan en la relación contractual y evitar sus posibles consecuencias; entre las más imperiosas, las derivadas de la pérdida de la tarjeta de pago o la imposibilidad de acceder a la cuenta. Y a estos propósitos es fundamental la convergencia de todas las tecnologías, medios y canales de comunicación en un Sistema integrado de transmisión de la información, que vertebré la relación comercial y

⁴⁶ Así puede verse en la información accesible en la *web* de Banesto: <<https://www.banesto.es>>.

⁴⁷ Vid. condiciones generales de Open Bank, p. 6-9, a través de “Transparencia y Protección”, desde la página de inicio, <<https://bancaonline.openbank.es>>).

contractual entre la Entidad de Crédito con sus clientes o público. Por ello, la múltiple funcionalidad del sistema de transmisión electrónica en el ámbito jurídico: forma de la documentación del contrato y del medio de comunicación; modalidad de consentimiento y soporte de la relación jurídica entre las partes. La organización unitaria de todos los canales de comunicación, a través de su interdependencia funcional y comprensión en un Sistema integrado y funcionalmente dirigido al cumplimiento de los deberes impuestos a la Entidad de crédito en la actividad promocional y contractual de sus servicios financieros a los consumidores.

La unidad de fin en orden a la consecución satisfactoria de la proporción de bienes y prestación de servicios implícita en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros justifica la conveniencia y necesidad de que en el tipo legal de contrato de servicio bancario electrónico se incorporen todos canales que potencien la comunicación, aun cuando pertenezcan a campos tecnológicos diversos: de un lado, el de la red telefónica, como es el caso del teléfono y el fax⁴⁸; de otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada⁴⁹: datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se potencia y se hace posible con Internet, como Red informática mundial⁵⁰. A esta idea responde la *web* utilizada

⁴⁸ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el «teléfono» es el «conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad». Dentro de este conjunto el «fax» se conceptúa como «Sistema que permite transmitir a distancia por la línea telefónica escritos o gráficos» <<http://www.rae.es>>.

⁴⁹ La telemática, la informática, procedente del inglés *telematics*, se define como la «aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada». La información computarizada entra en la competencia de la “informática”, como “conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores» <<http://www.rae.es>>.

⁵⁰ Mediante protocolos especiales de comunicación, la Red mundial Internet permite la conexión entre computadoras u ordenadores. La infraestructura se construye por varios medios de telecomunicación (cable telefónico, comunicaciones vía satélite...), cuya instalación y conexión entre las distintas redes se soporta por múltiples entidades,

por las Entidades de Crédito y exigida para todas las empresas con especial trascendencia económica, siempre que el número de trabajadores sea igual o superior a cien o que su volumen anual de operaciones exceda de 6.010.121,04 €, calculado según la normativa del impuesto sobre el valor añadido (art. 2.2 de la LISI 56/2007⁵¹). El mandato de disponer de un «medio de interlocución telemática» prescinde de la combinatoria tecnológica utilizada en cada transmisión de los datos e imágenes objeto de la información comunicada en cada momento⁵². Por ello la posibilidad de utilizar el término «electrónico», como atributo común a la contratación de bienes y servicios bancarios, en su más amplia acepción conformada en la LCSF 22/2007.

Con independencia del contenido común de los deberes de información previa requeridos en los artículos 7 a 9 de la ley de comercialización a distancia para todos los servicios financieros (en relación con la información comercial y del contrato que va a celebrarse, respectivamente), la modalidad electrónica de comunicación elegida condiciona la manera o modo en que se cumplirán las previsiones legales relacionadas con las exigencias tecnológicas requeridas a los

públicas y privadas (Gobiernos, Universidad, proveedores de acceso...). Cualquier persona puede conectarse a la Red, a través de un proveedor de acceso y, de este modo, realizar todo tipo de actos y operaciones. Mayor detalle de un estudio jurídico-tecnológico puede consultarse en FLORES, M^a. S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Madrid 2002, p. 29 et al.

⁵¹ Dentro del Plan Avanza, aprobado por el Gobierno en noviembre de 2004 para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa y entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, la Ley de Impulso a la Sociedad de la Información (56/2007) incrementó los deberes de *status* de las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica; entre las que se encuentran las Entidades de Créditos mencionadas en el Texto.

⁵² Todos los medios de comunicación indicados se adscriben a la tecnología electrónica, representada por el campo de la Física que tiene por objeto el estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el de los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos. Esta definición es la que se formula para el término «electrónico» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que dice: «Física y Tecnología» «Estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos» <<http://www.rae.es>>.

«instrumentos técnicos» en el art. 6 y con los deberes legales de información y publicidad impuestos a la Entidad de Crédito en la fase promocional o de negociación y cumplimiento del contrato sobre bienes o servicios bancarios (entre ellos, los arts. 7-9, ya citados). Dentro de ellas resaltan las normas de identificación y contenido contractual del servicio bancario, relativas con las propuestas de la Entidad de crédito realizada por telefonía vocal en el art. 7.3 Ley de comercialización a distancia de servicios financieros. La información respecto de los medios tecnológicos a utilizar en el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor (desistimiento, modificación de datos personales, formulación de quejas –arts. 7 y 8 de la LCSF 22/2007-) y el nivel de seguridad necesario para proteger al usuario frente a virus informáticos, programas espía y correo no solicitado (art. 12 bis LISI 56/2007).

4.2. La contratación multicanal mediante la convergencia e interacción de las tecnologías de la información y de la comunicación.

La ley de comercialización a distancia de servicios financieros reconoce múltiples y relevantes funciones a los medios tecnológicos o técnicas de comunicación a distancia. En primer lugar, como elemento conceptual, porque dichas técnicas se integran en la definición de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1 LCSF). También la presunción de contrato a distancia, a favor de todo aquel, que «para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor...» (art. 4.3 LCSF). En segundo lugar, con el reconocimiento implícito de la modalidad de consentimiento electrónico, cuando exige que la oferta, negociación o celebración del contrato se desarrolle «en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato» (arts. 4.1., 4.3 y 6 LCSF). En tercer lugar, con

su importancia como forma de comunicación entre las partes, de carácter permanente y modo continuado (art. 5 y ss. LCSF). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero y de permanente accesibilidad y reproducibilidad de la información que pueda alojarse en unidades de memoria móviles, como *CD, DVD*, ordenador personal (art. 2.3 interpretado conforme al dictado de la Directiva 2002/65/CE, considerando 20-) o, incluso en el Servidor de la Entidad correspondiente o de su prestador intermediario, de conformidad con el contenido del deber de disponer de un medio de interlocución telemática, desde diciembre de 2008 (art. 2 de la LISI 56/2007, de 28 de diciembre).

La integración entre los campos jurídico y tecnológico, así como la interacción entre los conceptos de uno y otro campo es un rasgo característico de la *Banca por internet* y atributos acordes con el significado general de «convergencia digital»⁵³. Esta integración jurídica-tecnológica implica también la imbricación de ambos campos en el tratamiento jurídico de todos y cada uno de los actos comprendidos en el proceso de la contratación financiera bancaria; esto es, de la promoción publicitaria de los diferentes servicios (préstamo, garantía, compraventa de valores), de su negociación, mediante la fase precontractual, celebración y cumplimiento. La integración de las tecnologías de la información y de la comunicación en este proceso se

⁵³ La trascendencia económica de la convergencia digital es destacada por BOSS, A.: «La convergencia digital aumenta el valor y la flexibilidad de los productos y servicios, así como la intercambiabilidad (interchangeability) de productos que previamente pertenecían a industrias distintas, como es el caso de la extensión del sistema de pagos» «Con la emergencia de la época electrónica, la convergencia ha llegado a ser un tema constante. Inicialmente, el término convergencia era usado para describir la convergencia de los medios de comunicación: cable, teléfono o broadcasting. Una vez separado el significado de comunicación, hoy puede hablarse de teléfono sobre cable «telephone over cable», o recepción de ciertos programas de emisión de programas por cable telefónico. Más recientemente, se observa la convergencia digital: un fenómeno que ha sido observado en una variedad de información por industrias tecnológicas: handheld computing, telecomunicaciones, consumidor electrónico, networking, residential broadband and broadcast video, among others» («Convergence in electronic banking_ technological convergence, systems convergence, legal convergence», en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, p. 85-86).

encuentra, entre otras, en las referencias a los «instrumentos técnicos» y al «soporte duradero» (art. 6 de la LCSF 22/2007). Unos y otro se presentan como un Sistema técnicamente estructurado y funcionalmente interdependiente en orden a la promoción y contratación de servicios financieros bancarios, con independencia de la adscripción concreta de cada uno de los actos (publicidad, oferta, aceptación, revocación de un certificado de firma electrónica, etc.) y de la unidad de memoria (CD, DVD, mp3) que constituya el «soporte duradero» en el que se archive el acto. De este modo y, en apenas segundos, en tiempo real, la información contenida en cualquier documento electrónico generado pasa a estar indisolublemente unida al mismo y a sus vicisitudes: transmisión, archivo, reproducción.

Estas ideas manifestadas están generalmente implícitas y son asumidas con las funciones normativas reconocidas a los medios de transmisión electrónica en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007. Su expresión y desarrollo se contiene en el Derecho general electrónico, cuya supletoriedad se proclama en el artículo 1 de la ley. Por lo que, la ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSICE, 34/2002) y la ley de firma electrónica (LFE, 59/2003) contribuyen al conocimiento y comprensión interrelacionada de las aplicaciones y programas informáticos con los institutos jurídicos. De este modo pueden desarrollarse e incrementar las posibilidades de su aplicación en la más amplia y completa dimensión⁵⁴. Hoy es incontestable el hecho de que la revolución tecnológica liderada por *Internet* en las últimas décadas del siglo XX, ha significado el tránsito desde el documento escrito en soporte papel al documento electrónico sustentado por las Tecnologías de la Información y Comunicación, con una potencialidad de tal entidad, que permite prescindir de cualquier elemento materialmente aprehensible en todo el procedimiento de formación, vida y archivo del documento, íntegramente de carácter inmaterial e intangible, pero susceptible de su

⁵⁴ BÜCHNER: «Internetspezifische Vertragsformen in europäischen Kontext», Wien 2002, p. 365.

permanente reproducibilidad y legibilidad en una pantalla, de modo similar a la lectura de la escritura en soporte papel.

Como venimos señalando, la regulación de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros fija un régimen común para todos los actos comprendidos en la vida de cualquier contrato de servicio financiero desarrollado a distancia por uno de varios canales de transmisión electrónica, de los comprendidos en el sistema organizado por la Entidad de crédito o prestador de servicios financiero, según se indica en el tenor del artículo 4.1 y 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCSF)⁵⁵. Esta calificación también se adapta a la presunción de contrato a distancia establecida en el artículo 4.3 de la mencionada ley y representada por aquél que en su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor.

Entre las ventajas e inconvenientes advertidos en la experiencia de la banca por internet se señala, que la valoración por parte de los clientes y usuarios de la banca por internet es mayoritariamente favorable. Entre las ventajas se indican: la disponibilidad de la información o la realización de transacciones poco sofisticadas (apertura de cuenta, seguro distinto del de vida), junto con la fiabilidad y la seguridad en la plataforma. Entre las mejoras se realizan dos grupos de propuestas: (i) la ampliación la interacción de todos los elementos del sistema, con el fin de atender adecuadamente a las necesidades cambiantes de los clientes, y a la mayor información de los productos y la comparativa de los precios en el mercado obtención de información; (ii) la mayor eficiencia en los procedimientos asociados a los canales a

⁵⁵ La LCSF 22/2007, de 11 de julio, en su art. 4.1 se refiere a «los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y a las ofertas relativas a los mismos..., cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia incluida la propia celebración del contrato».

distancia y autonomía en aras a la toma de sus propias decisiones, mediante herramientas y soluciones en las que apoyarse⁵⁶.

III. El Contrato de Servicio Financiero Bancario desde la Sistemática del Derecho de Obligaciones y Contratos.

La aproximación a la naturaleza de los contratos de servicios financieros bancarios a través de la ley de comercialización a distancia y en las disposiciones reglamentarias examinadas, de manera coordinada con los formularios de contrato marco y de condiciones generales disponibles en la *web* de las entidades de crédito consultadas debe hacerse desde la perspectiva causal y funcional. Así, desde el punto de vista causal, los contratos de servicios financieros bancarios realizados al amparo de los formularios de contrato marco y de condiciones generales se aproximan a los contratos complejos, porque el contenido predominantemente flexible de los mismos se refleja en los mencionados modelos empresariales tipos. Esta flexibilidad del contrato electrónico de servicio financiero bancario es también conforme con el principio de autonomía de la voluntad de las partes que se autoriza en materia de contratos (art. 1255 del CC), en consonancia con las necesidades plurales y cambiantes de los clientes. Y desde la perspectiva funcional de carácter normativo y empresarial, el contrato de servicio financiero bancario sería un contrato preferentemente complejo desde su perspectiva causal (ex art. 1255 CC), al tiempo que una especie de contrato electrónico y de contrato a distancia (LCSF 22/2007, conjuntamente con la LSICE, 34/2002 y el TRLGCU, 1/2007).

⁵⁶ Tomo síntesis de MUÑOZ LOMBARDÍA, A., en cuya opinión «la banca por Internet es un canal consolidado y muy apreciado por los clientes en todo lo que respecta a la operativa transaccional, (...) sin embargo, las entidades financieras deben mantenerse al día de las tendencias para ofrecer respuesta a las demandas de una clientela cada vez más exigente en todo el proceso de venta y postventa» «Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», p. 190.

1. El contrato de servicio financiero bancario como contrato tendencialmente complejo e innovador

La coordinación entre la realidad jurídica- empresarial de los servicios financieros bancarios y el Derecho privado de obligaciones y contratos nos aproximan a un conjunto de contratos susceptibles de distinguir dos grandes grupos de variables. De una parte, el representado por aquellos contratos crediticios (préstamo, depósito, et.), cuya remuneración se determina por referencia al valor de un subyacente financiero (por ejemplo, el valor de cotización de determinadas acciones) y, en función del mismo, cambiará el importe a pagar por el prestatario o depositante, respectivamente. De otra, el representado por aquellos contratos de crédito que se acompañan de un derivado financiero con fines de cobertura. En estos casos, la posición que ocupa en el contrato de derivado financiero (por ejemplo, entre los más frecuentes, el de permuta financiera) permitirá al cliente-prestatario cubrir o mitigar el aumento de la deuda de interés en el préstamo y provocada por la oscilación del tipo de interés fijado en el contrato de crédito principal (préstamo, apertura de crédito). Por lo que podríamos concluir apuntando, que la adscripción definitiva del contrato celebrado o pendiente de celebrar a una clase o tipo de contrato legal (o a varios de ellos) desde el punto de vista causal depende de las obligaciones y derechos principales que constituyen el contenido del acuerdo negociado por las partes y deducido de la intención común de las partes. Conforme a este método nos aproximaríamos a calificar la operación de servicio financiero, como compraventa de valores, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial⁵⁷. Y, con arreglo a esta calificación se determinaría el

⁵⁷ La profusa variedad de contratos en la práctica financiera depende de la función perseguida por las partes en la celebración del negocio; la cual se extrae del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido global del contrato. En relación con el juego de esta autonomía de la voluntad contractual en los contratos de financiación explicaba el profesor GARCIA VILLAVARDE, R., que «bajo la unitariedad que da la existencia de causa específica del contrato, subyacen muchas posibilidades combinatorias: prestaciones típicas operando en mayor o menor medida

sistema de fuentes aplicable al contrato celebrado o al servicio financiero prestado relacionado con el mismo. Este régimen jurídico constituiría la «normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso», a la que se refiere el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007.

En este nuevo marco de la contratación de servicios financieros sería aconsejable revisar el término que identifica esta nueva realidad y que, en nuestra opinión la expresión «servicios financieros bancarios» sería la más adecuada. De una parte, es el término que se corresponde con su significado en el modelo tipo, de carácter flexible, que subyace en los formularios. También es la expresión elegida por el legislador reglamentario, en el artículo 1 de la Orden del Ministerio y Economía y Hacienda 2899/2011 y que dice: «La presente orden ministerial tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios».

2. Contrato especial electrónico y a distancia.

El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico, porque todo servicio financiero puede ser objeto de parte o de la mayoría de los actos contemplados en la ley de comercialización a distancia, como los de la «oferta» (art. 6 LCSF), «negociación» «celebración» (arts. 4 y 6 LCSF). Y en todos o en alguno de ellos utilizar las «técnicas de comunicación a distancia» (art. 4 LCSF); por lo que el acto realizado participaría del elemento común a todo contrato electrónico, representado por aquél en el que la oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones

como en el contrato del que proceden, prestaciones típicas con otras atípicas, diversas formas de interrelacionarlas, etc... Y los contratos de financiación, básicamente, por tratarse de contratos mercantiles, ofrecen problemas añadidos en el plano de las fuentes, que podrían agruparse en torno a la idea de la posibilidad de alteraciones del sistema de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 2 C. Com.» («Tipicidad contractual y contratos de financiación», p. 12-13).

(Anexo, letra *h* LSSICE 34/2002). Dicha consideración también deriva de la operativa de la contratación bancaria en la *praxis* de la banca por internet o banca virtual, en la que el medio telemático, representado por la *Web* institucional, constituye el soporte de la contratación y de comunicación entre la Entidad de Crédito y el consumidor.

Con independencia de la naturaleza jurídica del contrato (compraventa de valores, cesión y titulización de créditos, servicio de alquiler de caja de seguridad, descuento de pagarés) y de la clase de objeto sobre el que verse (bienes, derechos y servicios -art. 4.2 LCSF, en relación con el art. 52 de la LDIEC-), el contrato financiero bancario electrónico contemplado por la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007, goza de mayor amplitud que el contrato electrónico diseñado por la Ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico, porque en la primera se incluyen también el teléfono y el fax (art. 4.3 de la LCSF 22/2007); que están expresamente excluidos del concepto general de contrato electrónico (Anexo, a. 1º de la LSSICE 34/2002)⁵⁸. La mayor amplitud del contrato bancario electrónico se relaciona con la exigencia del legislador comunitario para responder a los reclamos del tráfico financiero. En este sentido, la ley española señala: «el legislador comunitario, al considerar que los servicios financieros demandaban una regulación específica, quiso extenderla más allá de la contratación electrónica, a todos los servicios que se prestaran a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes, como es el caso de la contratación por vía telefónica, por fax u otros sistemas de alcance similar, toda vez que la Directiva 97/7/CE, de 20 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia,

⁵⁸ La exclusión del contrato electrónico al realizado mediante teléfono y fax se deduce de la exclusión general de estos medios de comunicación de la LSSICE 34/2002. A este respecto, en el Anexo, letra a), en su cuarto párrafo se dice: «No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1. ° Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex».

había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros» (Preámbulo, I, último párrafo de la LCSF 22/2007, de 11 de julio) y que hoy se mantiene en el art. 3.3.d) la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos del consumidor y en la que se deroga la Directiva 97/7/CE (art. 31). Los mencionados servicios financieros constituyen el objeto de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, concerniente a la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores y modificativa de las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE. La relación entre la clase de contrato electrónico con su especie de bancario determina la aplicación supletoria de las leyes generales electrónicas a la contratación bancaria electrónica. De un lado, la Ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico, 34/2002, a la que se menciona en el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros. De otro, la Ley de firma electrónica, 59/2003, por ser la norma reguladora de la autenticidad de la identidad e integridad de los actos jurídicos electrónicos, así como de la documentación a ellos asociada. Y, finalmente, la Ley de impulso a la sociedad de la información 56/2007, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se instaura el deber de las Entidades de Crédito, de disponer de un medio de interlocución telemática que permita a cualquier interesado contratar, consultar y modificar sus datos, presentar quejas (art. 2.1 LISI).

Al Derecho general electrónico hay que acudir para resolver los aspectos relativos a la naturaleza, alcance y efectos de la forma electrónica. En este contexto, la naturaleza *documental* es conforme en la doctrina⁵⁹ y en las resoluciones de Tribunales; entre las que destaca la consideración de documento mercantil en soporte informático por la STS, de 3 de noviembre de 1998⁶⁰. También se encuentra y formula en

⁵⁹ Vid. por todos FLORES, M^a.S.: «Naturaleza y caracterización de la contratación bancaria electrónica», p. 11-12.

⁶⁰ Tiene interés resaltar la significación del término «documento» declarada por la STS, de 3 de noviembre de 1998, en la interpretación del Art. 76.3.c.2 del Reglamento del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, como «cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa». De acuerdo con el Tribunal Supremo «... aunque, al igual

la normativa general electrónica. De un lado, está implícita en la definición legal de contrato electrónico, como aquél *en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos*, (LSSICE, Anexo, 5º h). De otro, se expresa en el artículo 3.5 de la LFE, según el cual: *Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente*. Y, en coherencia con ellos, la consideración legal de prueba documental al *soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica* (art. 24.2 LSSICE) y al *soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente* (art. 3.8 LFE). La calificación de documento se confirma en la legislación procesal, mediante la cláusula general definitoria del documento “... a cualquier clase o soporte físico en que se encuentren...” (Art. 812 LEC), de modo similar a la concepción penal de documento (Art. 26 del CP⁶¹).

que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido... Por consiguiente... el documento mercantil en soporte informático,... debe gozar... de plena virtualidad jurídica operativa» (Fundamento décimo, RJ 8251/1997).

⁶¹ De acuerdo con el Art. 26 del CP: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro de relevancia jurídica”. Y un concepto similar se encuentra en el Art. 491 bis del C.P italiano, que dice: “cualquier soporte informático que contenga datos o informaciones, con eficacia probatoria o programas específicamente destinados a elaborarlos”.

Según la STS, de 18 de noviembre de 1998, para que los soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición: 1) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; y 3) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales)... (Así puede verse en los comentarios a este precepto realizados por MOYNA, J. y otros autores *Código Penal*, p. 827).

En este conjunto normativo se encierra todo el complejo de bienes o cosas heterogéneas que conforman la estructura organizada, de carácter tecnológico; cuya significación orientará el tratamiento jurídico de los aspectos no regulados en la disciplina electrónica (entre ellos, el del uso anómalo de una firma electrónica). El elemento estructural del documento electrónico se concreta en el *equipo* o *soporte*; cuyo alcance y relevancia jurídicos se encuentran en el régimen de las cosas o bienes corporales e incorporeales (arts. 333 y ss. del CC). Bajo el término *equipo* o *soporte* deben comprenderse cosas corporales (ordenador, *pendrive*, *CD*, *agenda electrónica*), pero también incorporeales (programas de tratamiento de texto, sonido, imágenes –*software*–); pues sólo mediante la aplicación de uno o varios programas, es factible generar, archivar o almacenar, recuperar y reproducir el documento, haciendo legible *los datos*, esto es, la información contenida en el documento original (declaración de voluntad, órdenes de cobro y de pago, incidentes en materia de incumplimiento). Así puede desprenderse de los preceptos reproducidos: de la realización de la oferta y la aceptación por “equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos” (Anexo 5.h LSSICE); de las referencias unitarias a documentos contractuales concretos; como son el del propio contrato “soporte electrónico en que conste un contrato...” (art. 24.2 LSSICE) y el de otros actos firmados “soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente” (art. 3.1 LFE).

De esta suerte junto al documento material se encuentra el documento *inmaterial* asociado a las cosas incorporeales; pues frente a la realidad material del documento escrito se encuentra la inmaterial del documento electrónico. En este sentido, el documento en soporte papel y escrito es una cosa material en sí misma considerada, susceptible de aprehender y ser objeto en el tráfico jurídico como cosa individual o genérica (arts. 335 y ss. CC)⁶². En cambio, el documento electrónico,

⁶² Pese a las diversas orientaciones, la doctrina coincide en el carácter material del documento (un "corpus": papel, cinta magnetofónica) y su susceptibilidad para incorporar y transmitir una comunicación o una declaración (signos de la escritura sobre el papel, los sonidos grabados en la cinta). La relevancia jurídica de dicha representación es importante, porque de lo contrario no se tendría por documento por el

puede visualizarse, leerse, conservarse, reproducirse pero no es una cosa material aprehensible; que pueda desligarse del soporte electrónico, en que se originó o conserva (unidad de memoria de un ordenador, *pendrive*, MP3). Esta fusión entre el Acto y el documento sólo podría trasladarse a otro documento electrónico, como puede ser una *tarjeta de plástico*, en la que se integrara un *chip* con todos los datos comprendidos en el documento matriz. De aquí, la posible distinción entre el documento electrónico primitivo u original, como documento de representación directa del acto que en él se integra y la tarjeta como documento electrónico de representación indirecta del Acto.

La naturaleza inmaterial del documento electrónico tampoco se modifica porque se impriman los datos o información que constituyen el acto comprendido en el documento; pues este nuevo documento escrito, sólo sería un documento material aparente, porque en la realidad jurídica tendría la consideración de copia del documento electrónico original, archivado en cualquier unidad de memoria, de carácter mueble (*CD*, *pendrive*) o igualmente inmaterial (*Web o Registros electrónicos*). Esta posición encontraría su refrendo en la significación procesal de la copia a cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes (art. 273 LEC). La consideración de copia al documento electrónico impreso se aceptó en relación con la certificación del saldo deudor con firma digitalizada, con la finalidad de su aceptación como medio de prueba de la cuantía de una deuda (Auto 97/2007, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17)⁶³.

Derecho (Vid. DIEZ PICAZO.L.: *Derecho Civil Patrimonial*, p. 188 y RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «Comentario al Art. 1.216», In: *Comentarios al Código Civil (AAVV, dirs.)*, Madrid 1991, p. 328). No obstante, la relevancia jurídica del documento es externa al documento en sí, porque depende del sistema de normas concretas (ZAGAMI, R.: «Il documento informático» *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Milano 2000, p. 1).

⁶³ *Caso American Express de España*.- La existencia de un crédito puede probarse por la “copia de la certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado, y un extracto del estado de la cuenta correspondiente al deudor”. ... “a efectos del procedimiento especial en el que nos hallamos la fotocopia de un documento o la impresión de un documento archivado informáticamente, máxime si tenemos en

Por consiguiente, el atributo *electrónico* permite diferenciar la naturaleza material del soporte y del documento que estructura la documentación escrita, de la composición material-inmaterial de la infraestructura tecnológica que constituye el *soporte* de la documentación electrónica, así como la naturaleza inmaterial del documento electrónico, desde la óptica del Derecho de cosas. De este modo, el documento electrónico sería un *documento desmaterializado*, frente al documento material o cartáceo, que singulariza al tradicional documento en papel.

A los efectos del análisis, es indiferente la naturaleza del acto comprendido en el documento y que el mismo se integre en un único documento o en varios. En este sentido, el término genérico *datos* hace referencia a cualquier tipo de información. Así ha de entenderse del concepto legal de documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente (art. 3.5 LFE), reafirmado para la firma electrónica como conjunto de datos en forma electrónica (art. 3.1 LFE) y respecto de la certificación de esta última como el documento electrónico (...) que vincula unos datos de verificación de firma (...) (art. 6.1 LFE).

No obstante, los efectos jurídicos de la equivalencia procesal se restringen legalmente a la firma electrónica reconocida y al documento (s) a ella vinculado, de conformidad con el artículo 3.4 de la Ley de firma electrónica, que dice: «La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel»⁶⁴.

cuenta que el propio artículo 812 LEC alude a los documentos que justifiquen la pretensión “cualesquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren”. Por lo demás, esta posición encuentra su apoyo en “las normas generales sobre el proceso declarativo permiten la aportación de documentos mediante fotocopia simple (artículos 267 y 268 LEC condicionando sin embargo su eficacia plena a su no impugnación por la adversa y, si así se hiciere, procederá su cotejo con el original, determinándose su valor probatorio según las reglas de la sana crítica (artículo 334 LEC) (Auto 97/2007, de 30 de mayo, de la AP de Barcelona, Sección 17ª) Fundamento de Derecho, Segundo, en sus tres últimos párrafos –JUR\2007\268590-).

⁶⁴ Vid. más detalles en FLORES, M^a.S.: «Autenticidad en la contratación bancaria electrónica». In: *La contratación electrónica*, p. 211 et al.

La ley de comercialización a distancia de servicios financieros considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia⁶⁵ y así se declara en el título con el que se enuncia el capítulo II de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros «Régimen de los contratos a distancia». Dicha consideración deriva de la comparación entre los elementos del contrato bancario electrónico (*ex* art. 4, números 1 y 3 LCSF) y el modelo básico del contrato a distancia fijado en el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. En ambos, la calificación legal viene determinada porque el contrato se celebra sin la presencia física y simultánea del proveedor y consumidor, pero conectadas por una técnica de comunicación a distancia (de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros, en concordancia con el concepto general de contrato a distancia señalado en el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, 1/2007). El contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios comprende otros medios tradicionales de comunicación a distancia (impresos, con o sin destinatario, cartas normalizadas, radio, etc.), contrariamente al carácter restrictivo de las técnicas de comunicación a distancia en el contrato bancario electrónico; representadas por los medios de transmisión electrónica: medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. Asimismo, la inclusión del contrato bancario electrónico en la contratación a distancia no conlleva la aplicación de la normativa dispuesta en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, porque expresamente se excluye por el artículo 93.1.c), que dice: «La regulación establecida en este título no será de aplicación a: «los contratos sobre servicios financieros»».

⁶⁵ Con anterioridad al TRLGCU, la consideración del contrato electrónico como contrato a distancia se deducía de la definición de contrato electrónico en la LSSICE (Anexo, 1, letra h) y de la configuración de la Red Internet, como medio de interconexión a nivel global, si bien la opinión no era coincidente en la doctrina. A favor de dicha calificación, de la relevancia de la misma en la perfección del contrato y de las posturas dogmáticas al respecto, Vid. FLORES, M. ^a S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, p. 87-89 y 124-134.

**PERDA GRAVE DE CAPITAL E OS SEUS REFLEXOS NA
LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – BUSCA DE
EQUILÍBRIO NA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA¹**

**SERIOUS LOSS OF THE SUBSCRIBED CAPITAL AND ITS
INFLUENCE ON LIMITED LIABILITY – SEARCH FOR
BALANCE IN THE APPLICATION OF DISREGARD DOCTRINE**

José Edwaldo Tavares Borba
Gustavo Tavares Borba

Resumo: A opção legislativa brasileira de revogar regras jurídicas que buscavam a preservação da efetividade do capital social contribuiu para o comprometimento, no âmbito jurisprudencial, das regras sobre limitação da responsabilidade dos sócios, o que foi agravado por leis extravagantes que excepcionaram, em certas searas, a segregação patrimonial entre sociedade e sócios. Nesse quadro, a aplicação jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tornou-se caótica, afastando-se dos requisitos técnicos que justificariam sua aplicação. Afigura-se imprescindível o adequado equacionamento legislativo das regras societárias sobre a efetividade do capital social e desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chaves: Efetividade do capital social. Perda grave de patrimônio. Desconsideração da personalidade jurídica.

Abstract: The Brazilian legislative option to revoke legal rules that sought to preserve the effectiveness of capital contributed to the impairment, in the jurisprudential context, of the rules on limitation of liability of shareholders, which was aggravated by specific laws that,

¹ Artigo recebido em 10.11.2014 e aceito em 05.12.2014.

in certain areas, considered the asset segregation between company and shareholders as an exception. In this framework, the jurisprudential application of the theory of disregard of the legal entity has become chaotic, away from the technical requirements that would justify the application thereof. Proper legislative equating of corporate rules on the effectiveness of the companies' capital and the disregard of legal entities proves to be essential.

Keywords: Effectiveness of capital. Severe loss of capital. Piercing the corporate veil.

Sumário: 1. Do quadro atual. 2. Desprestígio das regras de proteção ao capital social e sua relação com a aplicação desordenada da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Do projeto de novo Código de Processo Civil. Conclusão.

1. Do quadro atual.

O Direito, sendo uma ciência que regula as relações sociais, é influenciado pela realidade, uma vez que seu principal escopo, e própria razão de ser, consiste em dirimir os conflitos de interesses reais, que existem na sociedade.

Tal como a teoria da ação e reação, desenvolvida por Isaac Newton para explicar os fenômenos físicos, no mundo jurídico sucede algo semelhante, porquanto as posturas adotadas pelas pessoas causam reações que influenciam tanto a criação do Direito como a sua aplicação (interpretação).

Por outro lado, as regras jurídicas também influenciam a postura adotada pelas pessoas², tanto para se amoldar aos ditames da lei, como para se proteger de algum efeito indesejável por ela determinado.

Assim, sempre que há alteração legislativa ou nova interpretação jurisprudencial, ocorre certa acomodação das relações sociais por ela afetadas, seja pela mera harmonização das condutas aos ditames da lei, seja pela adoção de atitudes que buscam minimizar as consequências eventualmente não desejadas produzidas pela lei – um exemplo evidente dessa segunda hipótese é o chamado “planejamento tributário”, que nada mais é do que a adoção, pelo sujeito passivo da obrigação fiscal, de medidas para minimizar a incidência de normas não desejadas.

Do mesmo modo, sempre que uma conduta social esteja causando conflito, afigura-se conveniente a edição de lei sobre a matéria, a fim de que essas tensões sociais sejam dissipadas. Por vezes, essa função é desempenhada pela Jurisprudência, que, sensível aos problemas apreciados nos casos concretos, e diante da lacuna legislativa, acaba por interpretar as normas de forma a solucionar o problema do modo que entende mais adequado.

Trata-se de um grande jogo de xadrez, no qual qualquer movimento pode causar uma reação de outra parte, só se podendo aquilatar as consequências desses movimentos por meio de uma visão ampla e perspicaz, que não se limite a verificar apenas as consequências imediatas de cada ato³.

² Sobre o tema, remete-se à clássica obra “A Força Normativa da Constituição” – Hesse, Konrad, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

³ Como exemplo da influência produzida pela Jurisprudência nas posturas adotadas, podemos citar os benefícios que as empresas costumavam conceder aos empregados com posição de destaque, tais como o fornecimento de carro com combustível. Esses benefícios passaram a ser interpretados pela Jurisprudência Trabalhista como sendo “salário indireto”, de forma que, no momento do rompimento do vínculo empregatício, esses benefícios deveriam ser considerados para fins de pagamento das verbas rescisórias.

Em reação a esse posicionamento, as empresas empregadoras reduziram a concessão desses tipos de benesses, para não sofrerem as consequências preconizadas pela

Um exemplo dessa interrelação entre o Direito e a conduta dos indivíduos dá-se na aplicação da regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas das sociedades que adotam certos tipos societários.

A limitação da responsabilidade jurídica dos sócios, característica da quase totalidade das sociedades atualmente utilizadas, constitui um poderoso instrumento de estímulo à criação de empresas, uma vez que os sócios podem aquilatar exatamente o montante de seu patrimônio que ficará afeto à sociedade, e, conseqüentemente, sujeito aos riscos do empreendimento. Caso a sociedade venha a se tornar inadimplente, os sócios, na hipótese de inexistir qualquer ilegalidade ou abuso, perderiam apenas o capital subscrito, sem riscos adicionais.

Não há dúvida de que a criação de novas sociedades aquece a economia, com todas as conseqüências salutares daí decorrentes, tais como criação de riqueza, novos empregos, aumento da arrecadação fiscal, etc.

Não se deve, portanto, desprezar a importância teleológica da regra legal da limitação da responsabilidade dos sócios, que foi um dos pilares básicos do desenvolvimento econômico empresarial nos últimos séculos.

Em um mundo ideal, em que os empresários sempre agissem de forma proba, adequada e transparente, não haveria motivo algum para mitigar ou excepcionar a regra da limitação de responsabilidade dos sócios, pois, quando a sociedade não dispusesse de recursos para adimplir suas obrigações, isso decorreria apenas do insucesso empresarial, e não de abusos e condutas antijurídicas.

Isso, contudo, ocorreria em um mundo ideal, adjetivo que a realidade empresarial brasileira atual está longe de atingir.

Lamentavelmente, o que vemos hoje, em relação a uma parcela não desprezível do empresariado, é uma inversão de valores, onde

Jurisprudência. Assim, nada obstante a intenção de proteger os empregados, essa interpretação causou inibição à concessão dessas vantagens laborais, o que, por uma análise ampla e geral, considerando os efeitos futuros e permanentes, foi prejudicial aos empregados.

aquela idéia de empresário honesto, probo e responsável, cuja palavra falada valia tanto quanto a escrita, fica cada vez mais prejudicada, em virtude de uma parcela substancial de empresários que atua de forma especiosa, inadimplindo voluntariamente obrigações líquidas e certas, postergando o cumprimento de obrigações, enganando consumidores, e adotando várias espécies de condutas reprováveis para não adimplir suas obrigações.

Esse problema vem sendo agravado por certas circunstâncias históricas e opções legislativas, tal como a supressão das regras de preservação efetiva do capital social – tema que será abordado no próximo capítulo.

Como resposta a esse quadro fático em que vários empresários abusavam da proteção representada pela limitação da responsabilidade, o Judiciário passou a adotar, de forma cada vez mais ampla, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que consistia (utiliza-se verbo no passado porque, atualmente, a teoria vem sendo aplicada de forma distorcida no Brasil, não se podendo precisar no que ela realmente consiste) em excepcionar a regra da separação patrimonial entre sócio e sociedade para, no caso concreto, atingir os bens dos sócios em virtude de dívida da sociedade, sempre que houvesse comprovação de abuso na utilização da personalidade jurídica ou confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da sociedade.

Desta forma, apenas quando a sociedade fosse utilizada como mero instrumento para atingir propósitos pessoais dos sócios, afastando-se dos fins próprios da pessoa jurídica, poder-se-ia aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, levantando-se o véu da pessoa jurídica para atingir o patrimônio do sócio que abusou da utilização da personalidade jurídica.

Nessa linha (que é a tecnicamente correta), não apenas os administradores e sócios poderiam ser responsabilizados pela aplicação da desconsideração, mas todo aquele que se beneficiasse com a utilização fraudulenta da personalidade jurídica. Conforme ensina Lamartine Correa de Oliveira, não se deve descambar para

ficcionismos exagerados, cumprindo perquirir, de forma realística, quem efetivamente se beneficiou da utilização abusiva da personalidade jurídica:

É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado - repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos - que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que esta tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com o predomínio da realidade sobre a aparência.⁴

Desta forma, a essência da questão relativa à aplicação da teoria da desconsideração consiste em saber se alguém, pessoa física ou jurídica, utilizou a personalidade jurídica de uma sociedade como um instrumento para atingir um fim antijurídico. Se afirmativa a resposta, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica para atingir quem se beneficiou do abuso⁵.

⁴ OLIVEIRA, Lamartine Correa de. *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 613.

⁵ Desta forma, existem inúmeras hipóteses complexas que permitem a aplicação da teoria da desconsideração para além das situações clássicas, como é o caso da já conhecida desconsideração inversa da personalidade jurídica. Outra dessas hipóteses complexas ocorre quando o controlador de uma pessoa jurídica ou grupo empresarial, que está em dificuldade financeira (ou em vias de ficar nessa situação), constitui outra sociedade com o mesmo objeto, a qual passa a exercer a atividade da primeira, que é gradativamente esvaziada.

Nesse caso, apesar de não envolver responsabilidade de sócio ou administrador, não há dúvida de que a nova sociedade deve ser responsabilizada pelas dívidas da antiga, posto que a hipótese de fraude na utilização da personalidade jurídica é evidente.

Esse deplorável estratagema vem sendo cada vez mais utilizado no Brasil, até mesmo por grandes corporações que se encontram em dificuldades financeiras, não remanescendo dúvida que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode e deve ser aplicada nesses casos, que na hipótese será de natureza indireta.

A teoria, contudo, tornou-se uma panacéia geral para resolver qualquer caso de inadimplência, através de uma visão estreita que parece esquecer todas as relevantes razões que justificaram a criação da regra da limitação de responsabilidade do sócio, a qual embasou o grande desenvolvimento empresarial dos últimos séculos, estimulando o aporte de recursos na atividade econômica, tão essencial a qualquer economia.

Hoje, como se sabe, especialmente nas áreas trabalhista e fiscal, tenta-se aplicar a teoria da desconsideração em qualquer hipótese em que se torne difícil o recebimento de um crédito, descaracterizando-se por completo a regra legal da limitação da responsabilidade dos sócios.

Na Justiça trabalhista, por exemplo, onde a situação atual, nesse particular, é gravíssima, existem critérios de “produtividade” que consideram a satisfação dos credores em execuções⁶, de forma que, no afã de obter conceitos elevados pelo critério estipulado, os juizes trabalhistas não se inibem em determinar a penhora *on-line* de contas de sócios minoritários sem ingerência na administração da sociedade, bem de controladores e administradores sem qualquer apuração de conduta irregular, tal como se investir em uma empresa configurasse uma espécie de pecado capital.

A situação é tão dramática que o investimento em sociedades de pequeno ou médio porte passou a configurar uma aplicação de altíssimo risco, uma vez que o investidor poderia perder não apenas o capital investido, mas sim todo seu patrimônio, porquanto, havendo inadimplência, todas as execuções poderiam ser redirecionadas para atingir o seu patrimônio particular, especialmente se algum credor descobrisse que, dentre os sócios, ele é o de maior solidez.

Confira-se, sobre o tema, a título de exemplo, a estarrecedora narrativa de Roberto Saturnino Braga (ex-senador da República), em artigo publicado no Jornal “O Globo”, de 01/12/2010, sobre as

⁶ Como exemplo, podemos citar a meta 17 do CNJ para 2012: “Aumentar em 10% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.”

consequências a que esteve submetido por ter apenas participado de uma ONG, sem o exercício de qualquer função de administração:

Faz uns oito anos fui chamado a participar como sócio de uma ONG ligada a um sindicato grande que operava com microcrédito voltado para os seus associados. Era uma iniciativa simpática, de finalidade social, realizada por gente amiga, não implicava em nenhum aporte financeiro nem em qualquer responsabilidade na gestão, não havia, enfim, nenhuma razão para não atender o convite.

(...) Até receber, na semana passada, uma intimação da Justiça do Trabalho para pagar uma quantia elevada, de dezenas de milhares de reais, a uma senhora reclamante de nome tal.

(...)

Dada a sentença, como a ONG não tinha recursos suficientes para pagar, a Juíza, a pedido do advogado da senhora, determinou a desconsideração da pessoa jurídica e, para tornar eficaz a sua sentença de pagamento à reclamante, escolheu, arbitrariamente, entre todos os associados, intervenientes ou não na administração, presentes ou não no momento do ato objeto da reclamação, escolheu arbitrariamente, completamente arbitrariamente, três dos associados para pagarem. (...)

Bem, pergunto, que justiça é esta? Por que eu, inocente, sou apenado, **tenho de pagar se não tive absolutamente nenhuma ingerência na gestão da ONG e na decisão que provocou a demanda da reclamante? Que critério é este que, para fazer justiça, comete uma flagrante injustiça de outro lado? Não seria o mesmo que roubar de alguém para ressarcir outro alguém que foi roubado?** Sinto-me espoliado e já fui informado de que, se pagar, serei sempre o indicado em todas as outras ações supervenientes. Se não pagar, perco a cidadania bancária. (...)” (Jornal O Globo – 01/12/2010) (grifos do autor).

O estarrecedor dessa história é que existem centenas, senão milhares, de casos semelhantes, em que pessoas sem qualquer

ingerência na administração passam a ser responsabilizadas pelas dívidas das pessoas jurídicas das quais participam ou participaram.

Essa aplicação desordenada e exagerada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica configura um grande desserviço ao Direito e à economia do país, uma vez que inibe a aplicação dos recursos existentes em pequenas e médias empresas, que são justamente aquelas de promovem a contratação do maior número de empregados, sendo, assim, essenciais para o crescimento do país, inclusive porque as pequenas e médias empresas de hoje podem se tornar as grandes empresas no futuro.

No contexto atual, as pessoas se sentem tranquilas para investir em grandes corporações (v.g., Vale do Rio Doce, Petrobras, Grupo, Gerdau, Votorantim, etc.), adquirindo ações em bolsa de valores ou através de fundos de investimento, pois, em tais hipóteses, não existiria, até o presente momento, risco de comprometimento de capital superior ao valor investido. Entretanto, em relação às pequenas e médias sociedades, o investidor pode se ver inserido em um pesadelo no qual todo o seu patrimônio, acumulado em uma vida de trabalho, fique, de uma hora para outra, totalmente comprometido.

A situação é tão séria que o mero exercício do cargo de conselheiro poderá resultar comprometimento do patrimônio pessoal, mesmo que inexista qualquer atuação irregular no desempenho dessa função, o que acaba por afastar profissionais competentes desses órgãos consultivos societários.

Parece existir uma miopia generalizada, especialmente na seara trabalhista, que impede a percepção de que a aplicação desordenada da teoria da desconsideração é prejudicial a toda a coletividade. De forma individualizada e imediata, a solução seria boa para o reclamante da ação, que receberia seu crédito, mas, de maneira ampla e mediata, a solução seria danosa para o desenvolvimento econômico do país, pois a atividade empresária, ou pelo menos o volume de recursos que poderiam ser para ela direcionados, seria desestimulado.

Em resumo: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é, como acudiria aos que possuem uma visão maniqueísta,

boa ou má, por si só. Ela será saudável ou prejudicial conforme seja ou não aplicada de forma adequada.

Se aplicada de forma generalizada, para promover a responsabilidade de todos os sócios em qualquer hipótese de inadimplência da sociedade – o que, a rigor, estaria mais para revogação da regra da limitação da responsabilidade do que para a aplicação da referida teoria –, seriam evidentes os efeitos nefastos desse entendimento.

Se, por outro lado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica for aplicada nas hipóteses em que houver abuso na utilização da personalidade jurídica, seja através de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, ou de qualquer outra forma de fraude, não remanesceria dúvida quanto a sua grande valia, devendo ser aplicada, sem receios, pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que qualquer pessoa – seja ela sócio, administrador ou terceiro – se beneficie de expedientes espúrios para fugir ao cumprimento de suas obrigações.

Entretanto, não se devem adotar generalizações, sob o equivocado entendimento de que todos os empresários, administradores e sócios agiriam de forma espúria, porquanto, esse tipo de mentalidade seria preconceituosa, causaria injustiça a grande parte dos empresários, administradores e investidores, além de prejudicar o próprio desenvolvimento da economia.

Em síntese: os excessos cometidos por uma parcela dos empresários, que se utiliza de meios ardilosos para inibir o adimplemento de suas obrigações, não justificariam a aplicação desordenada e atécnica da teoria da desconsideração, que, no quadro atual, mais se assemelharia à mera aniquilação na regra da separação patrimonial (um dos princípios basilares da economia moderna). Os efeitos desse “entendimento” para a economia do país (denominado “custo Brasil”) são nefastos, especialmente quanto à alocação de investimentos em pequenas e médias empresas.

Afigura-se, portanto, necessário que haja uma convergência para um ponto de equilíbrio, de forma que ocorra a desconsideração

para atingir apenas administradores, sócios controladores e terceiros que tenham agido de forma irregular, mas preservando sempre os meros investidores, bem como os sócios e administradores que não tenham cometido atos irregulares na administração da sociedade.

Só assim passaremos a ter um ambiente saudável para os negócios, onde os investidores possam se sentir estimulados a investir em pequenas e médias empresas, sem risco de comprometimento de todo o seu patrimônio, tal como é o propósito e a função da secular regra da limitação da responsabilidade dos sócios, tão cara ao desenvolvimento econômico.

Além disso, ficaria restabelecida a legalidade, posto que não seria razoável que alguém investisse em uma sociedade considerando a regra legal da limitação da responsabilidade (art. 1.052 do CC/02 e art. 1º da LSA), e depois o próprio Estado que editou a norma viesse a desconsiderar tal regra, através de um de seus braços (o Poder Judiciário), sem a apresentação de qualquer justificativa jurídica para tanto e sem mesmo declarar a inconstitucionalidade das referidas regras jurídicas, quebrando, destarte, o “princípio da confiança”⁷, à medida em que todo o patrimônio do investidor fica comprometido sem a observância a regra legal da limitação da responsabilidade.

Impõe-se o reencaminhamento dessa questão da limitação da responsabilidade aos trilhos, através da definição de um ponto de equilíbrio entre a limitação da responsabilidade e a satisfação dos credores. Para tanto, como será exposto no capítulo seguinte, o caminho seria o fortalecimento das regras sobre preservação efetiva do capital social, de forma a impedir que as sociedades continuem a atuar no mercado mesmo sem possuir condições econômicas mínimas para o desempenho de suas atividades e sem nem mesmo divulgar essa situação de risco, o que, segundo parece, seria o outro lado da moeda da aplicação desordenada da teoria da desconsideração da

⁷ Sobre o tema, há excelente monografia “*O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*” (ARAÚJO, Walter Schuenquener de. Niterói: Impetus, 2009).

personalidade jurídica, conforme quadro de ações e reações já referidas no início desse artigo.

2. Desprestígio das regras de proteção ao capital social e sua relação com a aplicação desordenada da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O Brasil, nas últimas décadas, vem progressivamente negligenciando, tanto no plano doutrinário como no legislativo, as regras de proteção efetiva do capital social, sob o argumento de que a real proteção dos credores estaria assegurada pelo patrimônio líquido.

O patrimônio líquido espelha, pela sua própria natureza (ativo menos passivo), a real situação da sociedade, sendo uma indicação evidente de sua pujança ou declínio, enquanto o capital social, por ser uma cifra contábil e estática, que permanece a mesma até que seja formalmente modificada, nada diz sobre a consistência econômica da empresa.

Deve-se, no entanto, atentar para a circunstância de que o patrimônio líquido não se encontra sujeito a qualquer barreira, de tal forma que a sociedade poderá, face ao insucesso das operações realizadas, ter esse patrimônio líquido amesquinhado até a exaustão, quando o seu resultado deixaria de ser positivo para se tornar negativo. A sociedade, nesse caso, tornar-se-ia deficitária, abrindo-se o caminho para a falência.

O patrimônio líquido assume grande importância para o efeito de analisar-se a empresa, no contexto de suas demonstrações financeiras e dos índices que nestas se apóiam. Os auditores e consultores em geral extraem dessas informações as suas avaliações e recomendações, que são relevantes para banqueiros, investidores e grandes fornecedores.

O público em geral, que se compõe de pequenos fornecedores, dos consumidores, dos empregados, e até mesmo do fisco, não tem como se valer de estudos ou avaliações do patrimônio líquido da

sociedade, como pressuposto de sua decisão de se relacionar ou não com determinada empresa.

Além disso, os credores de uma empresa nem sempre o são por um ato de escolha. Às vezes o são por uma contingência da vida. Quem pleiteia uma indenização por responsabilidade civil de uma empresa, não o faz por escolha, mas pelos azares da sorte. A previdência social ou complementar, quando credora de uma sociedade, não o é por preferência eletiva, mas por uma imposição dos fatos e circunstâncias. O empregado que perdeu o seu emprego e tem uma indenização a receber, ou mesmo o que se encontra com os salários atrasados, não chegou a essa situação por negligência na avaliação da empresa, que veio se deteriorando ao longo dos anos.

Cabe, conseqüentemente, acentuar que o conceito de patrimônio líquido assume grande importância na avaliação das empresas, mas que não se constitui em garantia para os credores. O patrimônio líquido, na parte em que excede o capital social, pode, desde que respeitada a reserva legal, ser inteiramente distribuído aos acionistas.

A única garantia dos credores é, pois, o capital social, este sim uma barreira à distribuição de lucros aos acionistas. Esta barreira, contudo, é relativa, porquanto, embora o capital social não possa sofrer qualquer desfalque para o efeito de distribuição de lucros aos sócios ou acionistas, poderá ser inteiramente consumido pelas dívidas da sociedade. E, quando essas dívidas vão consumindo o capital social, a garantia dos credores vai se evaporando. Tem-se então a chamada perda de capital, que poderá ser leve ou grave, entendendo-se por grave aquela que alcança 50% ou mais do capital social.

Ocorre perda de capital sempre que o patrimônio líquido cai para um patamar abaixo do capital. Quando da constituição de uma sociedade, capital e patrimônio líquido se equivalem, pois o patrimônio encontra-se constituído pelos bens que os subscritores transferiram ou se obrigaram a transferir para a sociedade a título de integralização do capital. Ao iniciar a sua vida ativa, a sociedade contrai obrigações e realiza negócios que, no conjunto, poderão lhe

trazer lucro ou prejuízo. Os lucros tornarão o patrimônio líquido superior ao capital – haverá ganho de capital. Os prejuízos tornarão o patrimônio líquido inferior ao capital – haverá perda de capital. Uma pequena perda de capital poderá ser revertida nos anos seguintes, mas uma perda grave tende a acender a luz vermelha quanto ao futuro da empresa.

A prática internacional tem indicado, a partir da experiência acumulada, que quando a perda de capital chega a 50%, a situação, em regra, tende a se tornar irreversível, de tal modo que, a partir desse ponto, a empresa caminha para a insolvência, com elevados prejuízos para os credores e para a economia como um todo.

O princípio da realidade do capital, que se encontra consagrado na legislação brasileira, destina-se a evitar a subavaliação dos bens conferidos à sociedade para o efeito de integralização de capital. Esses bens estão sujeitos a avaliação pelos sócios, nas sociedades em geral, e por peritos, nas sociedades por ações. Os titulares desses bens, assim como os sócios e os avaliadores, responderão civil e criminalmente pela avaliação desses bens.

Por outro lado, o princípio da intangibilidade do capital impede qualquer distribuição de lucros ou dividendos em prejuízo do capital. Vale dizer, sem que haja excesso patrimonial, nada pode ser distribuído; se existem prejuízos acumulados, o eventual lucro dos exercícios vindouros deverá primeiro compensar os referidos prejuízos, para, somente depois, e desde que atendidas, quando for o caso, as regras sobre reserva legal, e se houver saldo, poder-se pensar em distribuição de lucros.

Os princípios da realidade e da intangibilidade do capital, embora relevantes, não são, porém, suficientes para assegurar a efetividade do capital social, pois a acumulação de prejuízos, decorrentes das operações da empresa, poderá consumir esse capital até o ponto de sua completa exaustão.

Impõe-se, pois, atender ao princípio da efetividade do capital, mediante o estabelecimento de normas legais que o salvaguem do risco de esvaziamento substancial. Ou seja, a sociedade, para operar,

necessita de um capital, que é o seu fundo de atuação. Se esse fundo se esvazia, a empresa ingressa em uma situação de risco que afeta não apenas a sociedade e os seus acionistas, mas igualmente todos aqueles que com ela se relacionam.

Foi a partir dessa constatação que se estruturou o conceito de perda grave de capital, de tal modo a estabelecer-se um patamar mínimo de patrimônio líquido *vis à vis* o capital social. Convém lembrar que, enquanto o capital social se mantém íntegro, a sociedade, além dos ativos que cobrem o seu passivo, ainda conta com valores ativos equivalentes, no mínimo, ao seu capital social. O capital encontra-se, portanto, cheio. O capital começa, por outro lado, a se esvaziar, quando, considerados ativo e passivo, o saldo já não cobre o capital social – inicia-se, então, um processo de perda.

Essa questão afigura-se de extrema importância, até mesmo porque a responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas, nas sociedades de responsabilidade limitada, funda-se na existência de um capital social. O capital social constitui a contrapartida da responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas. Limita-se a responsabilidade dos sócios porque a sociedade dispõe de um capital – um fundo social – que responde pelas obrigações da empresa. Destarte, se o capital social, em função das perdas acumuladas, já não oferece qualquer representatividade, desmonta-se um dos termos da equação – o fundo social – com o efeito de comprometer o outro termo dessa mesma equação – a limitação da responsabilidade.

Os sistemas jurídicos em geral procuram tutelar a efetividade do capital social, estabelecendo regras rígidas para as hipóteses de perda grave de capital. O nosso Código Comercial, de 1850, continha norma nesse sentido, ao prescrever (art. 336, 1) a dissolução da sociedade “nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente”. A Lei nº 3.150, de 1882, que foi a nossa lei das sociedades anônimas até o advento do Decreto-lei nº 2.627/40, também era explícita ao prescrever (art. 17, 6º) que “no caso de perda de metade do capital social, os administradores devem consultar a assembléia geral sobre a conveniência de uma liquidação antecipada.

No caso, porém, em que a perda seja de três quartos do capital social, qualquer acionista poderá requerer a liquidação judicial da sociedade”.

Dentro dessa linha de orientação, que busca não apenas a realidade e a intangibilidade do capital, mas igualmente a sua efetividade, assim se manifestou Tullio Ascarelli:

Já na vida da sociedade visa o direito garantir a efetiva subsistência do capital. Por isso é severamente proibida a distribuição de dividendos que não representem lucros realizados; por isso se ditam normas que tutelam os credores na hipótese de redução do capital ou de fusão e normas que visam, antes de mais nada, evitar as superavaliações; se impõe , qual ulterior garantia, a constituição de uma reserva legal; se proíbe a distribuição de dividendos, embora decorram de lucros, caso não esteja reintegrado o capital, anteriormente desfalcado por perdas; **se impõe a liquidação ou a falência da sociedade caso, em virtude de perdas, haja uma diminuição do capital que supere um limite legalmente predeterminado.**⁸ (grifos do autor).

Lamentavelmente, o Decreto-lei nº 2627/42, assim como a atual lei das sociedades anônimas (Lei nº 6.404/76), e igualmente o Código Civil de 2002, silenciaram completamente quanto a essa relevante questão.

A legislação brasileira, ao que tudo faz crer, passou a sofrer, a partir dos anos quarenta, uma forte influência do direito norte-americano, com isso se afastando dos parâmetros que sempre informaram e orientaram o direito latino-americano, assim como o direito europeu. Os Estados Unidos, na virada do Século XIX para o Século XX, começaram, com efeito, a se afastar do conceito jurídico de capital social como garantia dos credores, mas, em contrapartida, criaram outros mecanismos de proteção aos credores, que são típicos da *Common Law*, mas que não vigoram nem tampouco se adéquam ao sistema jurídico continental, ao qual nos filiamos.

⁸ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 155.

As legislações latino-americanas e europeias continuam a prestigiar e a reforçar a efetividade do capital social como garantia dos credores.

No âmbito da União Europeia, a matéria vem ganhando enorme relevância, inclusive com a edição da Diretiva 77/91/CEE, consolidada pela Diretiva 2012/30/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, na qual ficou estabelecido (art. 19) que todos os estados membros devem inserir em suas legislações normas que obriguem a sociedade, nos casos de perda grave de capital (perda de cinquenta por cento ou mais do capital subscrito), a convocar uma assembléia geral na qual se decidirá a liquidação da sociedade ou a adoção de outras medidas que sejam capazes de corrigir essa aguda distorção.

Para tanto, as várias legislações europeias têm adotado, como alternativa à liquidação, a recapitalização da sociedade, através de aumento de capital que a retire da faixa de risco, ou a redução do capital para um montante correspondente ao seu capital efetivo, de modo a afastá-la da situação enganosa em que se encontrava.

Cabe lembrar que, os países membros da União Europeia, até também por exigência da mesma Diretiva já referida, encontram-se obrigados à existência de um capital mínimo, de tal forma que, atingido esse capital mínimo, nenhuma redução será possível, o que conduzirá a sociedade para a liquidação.

A matéria encontra-se regulamentada pelos vários membros da União Europeia, às vezes com maior rigor (França, Itália), às vezes com menor rigor (Alemanha, Bélgica), sendo que a legislação mais flexível é a de Portugal, a qual permite, além das soluções já apontadas, uma solução apenas informativa, qual seja a de informar a perda grave de capital em todos os seus atos, publicações, contratos, correspondência e material publicitário, sob pena de responsabilidade pessoal dos respectivos controladores e administradores.

No Brasil, essa importante questão foi totalmente negligenciada, o que permitiu que sociedades com o capital inteiramente esvaziado (sociedades insolventes) continuassem a operar normalmente. Com isso, corrompeu-se a base da limitação da

responsabilidade dos sócios, com acentuado comprometimento da disciplina da matéria.

O que se vem assistindo, entre nós, tem sido um paulatino desmantelamento da limitação da responsabilidade dos sócios, com uma quase revogação da separação patrimonial entre sócio e sociedade. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que se desenvolveu com o objetivo de sancionar o abuso da personalidade jurídica, ganhou no Brasil uma extensão que não tem paralelo em nenhum outro país. A explicação para tamanha distorção estaria, pode-se presumir, no também singular desrespeito ao princípio da efetividade do capital, que é pressuposto conceitual da limitação da responsabilidade dos sócios.

O próprio legislador, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), prescreveu (art. 28) que a personalidade jurídica seria afastada sempre que viesse a representar um obstáculo ao ressarcimento do credor, extravagância esta que se repetiu na Lei do Cade (1994) e na Lei do Meio Ambiente (1998). A partir de então alguns juízes e, amplamente, os juízes trabalhistas passaram a agir como se não mais vigorasse entre nós o princípio de separação patrimonial, que informa a existência da pessoa jurídica.

No estágio em que o problema se apresenta, e como meio e forma de restaurar a normalidade institucional, impõe-se redisciplinar legislativamente esses institutos, a fim de restaurar o princípio de efetividade do capital e o seu corolário – a limitação da responsabilidade dos sócios.

3. Do projeto de novo Código de Processo Civil.

O projeto de novo CPC tenta, sob a perspectiva processual, minimizar o problema e equilibrar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo regras mínimas para o incidente processual, especialmente sobre contraditório (art. 64), instrução probatória e espécie de recurso cabível (“Agravo de Instrumento” – art. 65).

Além disso, o Projeto de CPC prevê a possibilidade de os sócios obstarem a excussão de seus bens através da indicação de bens suficientes da sociedade que estejam livres, desembargados e localizados na mesma comarca (art. 719, §§ 1º e 2º), além de garantir, no caso de pagamento da dívida pelo sócio ou administrador, o ressarcimento do valor em execução contra a sociedade promovida nos autos do mesmo processo (art. 719, § 3º).

Como se verifica, o projeto configura um avanço na regulação processual da matéria, uma vez que deixa clara a necessidade de observância do contraditório⁹, o benefício de ordem, a possibilidade de realização de prova no bojo do incidente e a definição do recurso cabível.

Contudo, nada obstante esses avanços, alguns ajustes se impõem, como, por exemplo, no que diz respeito à regra, prevista no art. 719, § 3º, de que o sócio que responder pela obrigação promova a execução da sociedade nos mesmos autos judiciais. Essa regra só funcionaria adequadamente se a dívida fosse integralmente satisfeita pelo sócio, pois, nesse caso, a nova execução, do sócio contra a sociedade, correria de forma isolada, assimilando os autos da ação originária, sem que houvesse prejuízo para o autor da ação (seu direito já teria sido satisfeito).

No caso de satisfação apenas parcial do credor, deve-se, para fins de preservação da racionalidade e celeridade do processo, adotar a interpretação de que a execução do sócio contra a sociedade se faça através de uma nova execução (instruída com cópia dos autos e distribuída por prevenção), evitando-se, com isso, prejuízo à execução originária.

Com o novo CPC, as regras processuais estariam razoavelmente bem definidas, mas a questão material permanece aberta para uma melhor regulação, que seja capaz de evitar os despautérios hoje verificados – e essas novas regras jurídicas passariam, como já acentuado, pelo resgate do capital social como contrapartida da limitação da responsabilidade dos sócios.

⁹ O que não impede, obviamente, a penhora de bens *inaudita altera parte*, nos casos em que houver risco de dissipação dos bens.

Conclusão.

Percebe-se, ao cotejar a regra da limitação da responsabilidade societária com a jurisprudência relativa à desconsideração da personalidade jurídica, que o Brasil vive uma situação caótica nesse particular, uma vez que não se tem, no atual estágio, como precisar, minimamente, qual o grau de responsabilidade dos sócios e acionistas.

Esse quadro crítico de insegurança jurídica reclama providências legislativas imediatas, que equacionem adequadamente as regras societárias sobre a efetividade do capital social, e que, ao mesmo tempo, disciplinem, de forma abrangente, porém estrita, os casos e as condições em que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada.

**A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PLANO DE
RECUPERAÇÃO: ENTRE O CONTROLE DE LEGALIDADE E
O RESPEITO À LIBERDADE CONTRATUAL¹**

**THE JUDICIAL HOMOLOGATION OF THE REORGANIZATION
PLAN: BETWEEN THE LEGALITY CONTROL AND THE
RESPECT TO THE FREEDOM OF CONTRACT**

Marcus Vinicius Alcântara Kalil

Resumo: Trabalho que se propõe a investigar a nova repartição de competências entre os envolvidos no processo de recuperação judicial. Busca-se distinguir a análise da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação daquela relativa ao controle de sua legalidade, a fim de, considerando-se a natureza jurídica negocial do procedimento de recuperação de empresa, identificar quais estão sujeitos ao crivo judicial no momento da homologação do plano aprovado pela assembleia de credores.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Homologação judicial do plano de recuperação. Controle de legalidade. Liberdade contratual.

Abstract: This paper aims to investigate the new division of responsibilities between the parties involved in judicial reorganization proceedings. It seeks to distinguish the economic and financial analysis of the reorganization plan from the analysis related to the control of legality, in order to identify, considering the contractual nature of the judicial reorganization, which aspects of the reorganization plan may be subject to judicial scrutiny at the moment of the judicial homologation of the plan approved by the creditors assembly.

¹ Artigo recebido em 02.03.2015 e aceito em 06.03.2015.

Keywords: Judicial Reorganization. Judicial homologation of the reorganization plan. Legality control. Freedom of contract.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza contratual da recuperação judicial: um retorno às origens da concordata. 3. A competência da assembleia de credores para a apreciação da viabilidade econômica do plano de recuperação. 4. Da impossibilidade de avaliação judicial dos aspectos econômicos do plano aprovado: a homologação judicial como um ato vinculado. 5. A atuação judicial: zelo pela regularidade procedimental e coibição de convenções ilícitas. 6. Considerações finais.

1. Introdução.

Os regimes aplicáveis à insolvência empresarial estão atualmente disciplinados pela Lei 11.101/2005, que trata, de um lado, do já tradicional instituto da falência, cujo procedimento, caracterizado como uma execução concursal, visa à liquidação judicial do patrimônio do devedor insolvente e o pagamento de seus credores segundo os privilégios legalmente estabelecidos, e, de outro lado, do novel instituto da recuperação de empresa, nas modalidades judicial e extrajudicial, cujos procedimentos visam a permitir ao empresário em crise a apresentação de um plano de recuperação, que, se aprovado pelos seus credores, será posto em prática pelo próprio devedor, na tentativa de superação dessa crise.

A recuperação de empresa vem, assim, substituir o regime instituído pelo Decreto-lei nº 7.661/1945, ali incoerentemente denominado de *concordata*, e restabelecer o acordo de vontades entre o devedor e seus credores como condição necessária para a execução

de um plano de recuperação das condições econômico-financeiras de exercício da atividade empresarial.

Essa retomada da vontade dos credores como elemento necessário à concessão da recuperação representa uma mudança significativa no espírito da disciplina legal da matéria, pois desloca o poder decisório, antes nas mãos do magistrado e baseado na verificação de pressupostos meramente formais estabelecidos na lei, para a relação negocial devedor-credores, restando ao juízo a atribuição de apenas homologar o plano aprovado pelos interessados, desde que lícito.

A redistribuição dos poderes e atribuições entre os participantes da recuperação de empresa enseja uma reflexão sobre o novo papel do juiz nesse processo, pois a este já não cabe conceder a recuperação conforme seu próprio convencimento, mas somente acolher a manifestação de vontade das partes, o que, todavia, não o exime do poder-dever de zelar pela regularidade do procedimento e pela legalidade do plano aprovado. Tal poder, porém, não o autoriza a violar a liberdade contratual de que gozam as partes em suas tratativas, de forma que muito cuidado deverá ter o magistrado na distinção entre as questões sujeitas ao seu crivo e aquelas sujeitas ao exclusivo critério de conveniência dos contratantes.

Investigar os limites desse delicado equilíbrio é o desafio a que se propõe o presente trabalho, e que vem enfrentado nas linhas seguintes.

2. A natureza contratual da recuperação judicial: um retorno às origens da concordata.

Em que pese alguns autores apontarem como fonte inspiradora dos mecanismos de reajustamento financeiro do empresário insolvente a figura do *pactum ut minus solvatur* do direito romano, pela qual os herdeiros do devedor falecido em situação de insolvência ajustavam com os credores deste a liquidação dos créditos segundo as forças da

herança, de forma a evitar que a memória do *de cuius* ficasse marcada pela infâmia, a melhor doutrina comercialista tem por verdadeira origem da moderna concordata a prática surgida nas corporações de mercadores das cidades medievais italianas, de celebração de acordos entre o comerciante em dificuldades e os seus credores, visando a evitar a falência².

Tal prática desenvolveu-se naturalmente a partir do exercício da liberdade de disposição e da liberdade de contratar, pois, como descreve WALDEMAR FERREIRA³,

Não é demasia que, em suas aperturas financeiras, senão mesmo econômicas, o devedor comerciante procure entender-se com seus credores ou, ao menos, com os mais tolerantes, para que alonguem os prazos de suas dívidas vincendas. É isso comum. Corriqueiro. Reformam-se títulos, amortizando parte e substituindo por outros de menores quantias, acrescidas dos respectivos juros. Novam-se dívidas, às vezes mediante garantias, fidejussórias ou reais. Tudo isso no regime da liberdade contratual, discretamente, para que se não conturbe o crédito do devedor, embaraçado transitóriamente. A publicidade o envolveria em atmosfera de descrédito, criando desconfiças, que lhe provocariam a falência.

Assim é que prossegue o mesmo autor, agora com base na lição de EDMOND THALER, explicando que

foram os italianos que fizeram surgir da falência a teoria da concordata, que a noção do sindicato de credores trazia, de qualquer sorte em germe, em suas origens longínquas. Onde os credores se agrupam e se associam,

² Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. VIII, p. 329 et seq; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15, p. 245 et seq; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 1 et seq.; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. III, p. 99 et seq.

³ FERREIRA, Waldemar. *Ibid.* p. 245-246; 258-259.

por vontade da lei, para a realização do penhor, suportando os ônus e auferindo as vantagens comuns, devem êles poder tomar deliberações coletivas, nas quais a opinião da maioria prevaleça; e se essas deliberações tiverem por fim a reposição do devedor à testa de seus bens, como solução mais de acôrdo com os interêsses gerais, convém que todos se inclinem diante dela.

A sistemática dos acordos entre devedor e credores como procedimento de recuperação do comerciante insolvente estava presente nos primórdios do direito falimentar brasileiro, notadamente nas disposições do Código Comercial de 1850, cujo artigo 842 admitia a possibilidade de o falido propor uma concordata aos seus credores, suspendendo a falência⁴. Essa possibilidade foi ampliada pelo Decreto nº 917, de 1890, que introduziu também a *concordata preventiva* e o *acordo extrajudicial*⁵. Tais institutos foram mantidos com pequenas alterações pela Lei nº 859, de 1902, assim como pelo Decreto nº 2.024, de 1902, e pelo Decreto nº 5.647, de 1929.

Formatada nesses termos, a concordata era classificada pela doutrina pátria como um instituto eminentemente contratual, como se vê nas lições de WALDEMAR FERREIRA⁶, para quem ela se apresentava

⁴ “Art. 842. Ultimada a instrução do processo da quebra, o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora certa, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores.”

⁵ “Art. 41. Qualquer que seja o parecer do curador fiscal e dos syndicos, o fallido ou seu representante poderá apresentar proposta de concordata, apoiada ou não anteriormente pelos credores; Art. 45. Para ser válida a concordata, deverá ser concedida por credores que representem no minimo 3/4 da totalidade dos creditos reconhecidos verdadeiros e admittidos no passivo, com exclusão dos credores da massa e de dominio (reivindicantes), separatistas, privilegiados e hypothecarios; Art. 120. O devedor, com firma inscripta no registro do commercio, que antes de protesto por falta de pagamento de obrigação commercial liquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum accordo ou concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz commercial com jurisdição na séde de seu principal estabelecimento e, obtida ella, não poderá ser declarado fallido.”

⁶ FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 262.

“como expressão de entendimento ou de acôrdo entre o comerciante e seus credores; e, como tal, de iniludível natureza contratual”, e de CARVALHO DE MENDONÇA⁷, segundo quem, “dominada por princípios jurídicos que lhe são peculiares, a concordata não perde, entretanto, a sua feição contratual”. Assim também observou RUBENS REQUIÃO⁸, anotando que o direito brasileiro filiou-se, até o advento do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, à teoria contratualista da concordata.

No entanto, com a edição do referido Decreto-lei nº 7.661, o direito falimentar brasileiro distanciou-se do conceito da *concordata-contrato* e aderiu à teoria oposta, da *concordata-sentença*, pela qual a concessão do regime especial ao comerciante em dificuldades dispensava a aprovação dos seus credores e dependia apenas do provimento judicial ou, nas palavras de RUBENS REQUIÃO⁹, do “favor concedido pelo Estado, por sentença do juiz, ao comerciante honesto, porém infeliz em seus negócios”.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE¹⁰ justifica a opção do legislador de 1945 pelas, na sua opinião, não superadas fragilidades da teoria contratualista, pois, diz, comungando com os adeptos das teorias processualistas, os credores ausentes ou dissidentes não poderiam se vincular à concordata, sob pena de violação do princípio da relatividade dos contratos. Para ele, a dificuldade de obtenção da anuência da unanimidade dos credores do comerciante falido ou prestes a falir “fêz cedo surgir a necessidade de um elemento que imprimisse ao acôrdo fôrça obrigatória”, consubstanciado na concordata-sentença, a qual explica como sendo

uma demanda que se inicia com a proposta do devedor e prossegue, segundo as prescrições processuais, até a sentença, que rejeita ou homologa o pedido do devedor. Partes na causa são, de um lado, o devedor e, do outro,

⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Loc. cit.

⁸ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 12.

⁹ REQUIÃO, Rubens. Loc. cit.

¹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit., p. 105.

todos os credores, aceitantes ou dissidentes da concordata, conhecidos e desconhecidos. O conjunto dos credores constitui, como litisconsortes, uma só parte na causa, pois se trata de ação de concurso, que não pode ser decidida senão de um modo único e com força obrigatória para todos os credores. A vontade da maioria dos credores quando devidamente manifestada, não é senão um dos elementos para o juiz conhecer da causa. E da sentença nela proferida, homologando o pedido do devedor, é que decorre a força obrigatória da concordata.

Essa reviravolta na concepção do instituto não escapou de críticas, valendo anotar, a título de exemplo, a feita por RUBENS REQUIÃO¹¹, que aponta a incoerência entre o grau de exigências feitas a qualquer um que pleiteie um financiamento ou incentivo oficial (previsões e projetos de viabilidade, além de garantias pessoais e reais) e a superficialidade com que é concedido “um benefício de larga repercussão econômica e social”, como considera a concordata, com base “apenas em discutíveis pressupostos formais, sem a mínima preocupação de análise dos planos que se pretende adotar para cumpri-los”.

WALDEMAR FERREIRA¹², por sua vez, sustenta que o novo regime concordatário, sem corrigir os apontados defeitos da *concordata autêntica*, subverte os papéis do devedor e dos credores, desprezando a vontade destes, da qual dependia o primeiro para executar o seu plano de recuperação, e colocando-os numa posição de dependência do devedor para receberem os seus créditos, cujos pagamentos somente começavam após a prolação da sentença de concessão da concordata.

E, complementa o autor, considerando a morosidade usual dos processos judiciais (ainda uma realidade atual, vale registrar):

Nesse tempo, estando na posse de seu estabelecimento, continuando nos seus negócios, com o refazimento dos

¹¹ REQUIÃO, Rubens. Ibid. p. 3.

¹² FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 268.

seus estoques a dinheiro e até mesmo a prazo, adquirindo novos credores, o concordatário, em posição vantajosa, minados seus credores antigos pelo cansaço da espera, mais não terá senão do que “comprar-lhes os créditos”, mediante pagamento de porcentagens mesquinhas.

Havendo vigorado por seis décadas, o Decreto-lei nº 7.661/1945 foi revogado, em 2005, pela Lei nº 11.101, que extinguiu o regime da concordata e instituiu a figura da recuperação judicial de empresas, com o seu rito especial, no qual a concessão da recuperação passou a depender da aprovação do plano de recuperação pelos credores. Esta reinserção do regime da crise empresarial na órbita do Direito dos Contratos impõe uma reavaliação das balizas aplicáveis na solução dos conflitos de interesses surgidos no âmbito de uma recuperação empresarial, pois, à luz dos princípios que regem o ato de contratar, não é mais exigível o puro e simples sacrifício dos credores em prol da recuperação do empresário insolvente, tampouco uma conduta egoísta desses credores em prejuízo do devedor ou mesmo do interesse público será necessariamente ilegítima.

3. A busca pela solução negociada e a competência da assembleia de credores para a apreciação da viabilidade econômica do plano de recuperação proposto pelo devedor.

Abandonada a ideia da recuperação empresarial mediante um favor legal concedido pelo Estado ao empresário em crise, independentemente da anuência dos credores deste, o foco agora se volta para o contrato, alçado à condição de elemento-chave do *turn around* do devedor em vias de insolvência. Diversamente da concordata, a recuperação judicial é o procedimento que tem como fim não a obtenção da decisão judicial salvadora e indiferente à vontade dos credores, mas a criação de um ambiente idôneo e propício para que o devedor negocie com estes uma saída para a crise.

O juízo recuperacional deve, pois, concentrar-se em manter a regularidade desse procedimento e a licitude do acordo que dele resulta. Ao seu turno, têm as partes contratantes a liberdade própria dos negócios jurídicos, para buscarem um consenso de vontades que melhor atenda aos seus interesses.

Assim, se de um lado é certo que a liberdade contratual não é plena e absoluta, pois, como regra geral, todo contratante está adstrito aos limites impostos pela ordem pública; de outro lado, não é menos verdadeiro afirmar que, no exercício de sua liberdade de agir, o contratante não está obrigado a sacrificar sua propriedade em favor dos interesses do devedor ou mesmo em favor de um interesse geral que possa existir em que este continue exercendo sua atividade. Aliás, a própria ideia de que há interesse público na continuidade de empresas que dependam de sacrifícios alheios para se manterem é questionável.

Logo, a aprovação do plano de recuperação por cada credor participante da assembleia de credores é resultado de seu próprio *juízo de conveniência* a respeito da proposta do devedor. Se ele considera que os meios de recuperação apresentados pelo devedor são viáveis, que o devedor tem capacidade para executá-los e que o plano de recuperação, uma vez cumprido, lhe trará um benefício maior do que a alternativa da falência deste devedor, então ele votará favoravelmente a esse plano. Se, ao contrário, sua avaliação é negativa a respeito dos meios de recuperação escolhidos, da capacidade do devedor ou do efetivo benefício de uma nova chance ao devedor, ele votará pela rejeição do plano de recuperação.

Os votos dos credores são proferidos na assembleia de credores, a quem compete, nos termos do art. 35, inciso I, alínea “a”, da Lei de Falências “deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor”. Alberto Camiña Moreira¹³ destaca a taxatividade da lei e anota que

¹³ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito*

“ao atribuir a esse órgão do processo concursal tal atribuição, a lei o fez em tom de exclusividade. Nenhum outro órgão recebeu, concorrentemente, tal tarefa; nem o juiz”.

Na apreciação do plano de recuperação, a postura do credor, de fato, é egoísta, mas não por isto ilegítima, pois, assim como o devedor, ele age de acordo com a regra geral dos contratos bilaterais, segundo a qual estes são celebrados porque cada um dos contratantes atribui ao bem em poder do outro um valor maior do que ao bem em seu próprio poder e acha que sua situação ficará melhor com a realização da troca¹⁴. Nessa ordem de ideias, o devedor propõe o negócio, pois avalia que a renovação do seu crédito perante os credores, mesmo que condicionada à adoção das medidas previstas no plano, é uma alternativa melhor para ele do que o resultado do agravamento de sua crise e o credor aceita essa proposta, pois acredita que tem chances de receber o seu crédito em melhores condições com o sucesso do plano de recuperação do que com a decretação da falência.

Neste ponto é preciso lembrar também que aprovar um plano de recuperação representa para o credor sujeitar-se a um novo risco de crédito, que não é mais aquele ao qual aceitou expor-se no momento da concessão do crédito original. Este aspecto tem especial relevância no exame da postura do credor, uma vez que, sob o amparo do direito fundamental à liberdade de contratar, ele não está obrigado a renovar seu crédito ao devedor. Forçá-lo a isto, como ocorria na concordata-sentença, privando-o do direito de executar singular ou coletivamente o seu crédito inadimplido, sobretudo em benefício de um devedor cujo patrimônio está ameaçado pela crise, pode significar para o credor uma verdadeira expropriação, em prol de um suposto interesse

Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 245-274.

¹⁴ Sobre o contrato como instrumento de geração de riquezas, *vide* TIMM, Luciano Benetti; Guarisse, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 160-179.

público, porém sem qualquer compensação por parte do Estado ou da coletividade beneficiada, o que se caracterizaria um inadmissível confisco. Note-se, para uma rápida comparação, que mesmo nos casos de desapropriação, cujo fundamento é o declarado interesse público no bem a ser desapropriado, o proprietário desse bem faz jus a uma compensação a cargo do ente expropriante. Como se justificaria, então, a modificação dos direitos do credor sobre o seu crédito (propriedade) em prol de um suposto interesse público sem a respectiva compensação?

Feitas essas observações e entendido o fundamento da motivação dos credores, fica claro que não se pode esperar deles simplesmente um comportamento altruísta, sob pena de se perder o contato com a realidade. Vale repetir que isto, contudo, não torna ilegítima a rejeição de um plano de recuperação pela assembleia de credores.

Em primeiro lugar, porque em se tratando de uma manifestação de vontade coletiva, sujeita a quóruns qualificados e a critérios sofisticados de verificação das deliberações¹⁵, o seu significado deve ser interpretado com as devidas ponderações, de modo a se compreender que, se um plano de recuperação não logrou obter a aprovação da maioria qualificada da coletividade de credores, isto pode dever-se muito mais à má qualidade desse plano do que a uma alegável intransigência dos credores. De outro turno, um plano factível, equilibrado, proposto por um devedor confiável, capaz de oferecer aos credores expectativas de benefícios maiores que os respectivos sacrifícios tenderá a ter, na média, uma boa recepção de

¹⁵ Como regra, o plano de recuperação é aprovado por deliberação das quatro classes de credores da assembleia, sendo que nas classes dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho e dos titulares de créditos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, a aprovação se dá pela maioria dos credores presentes, independentemente do valor de seus créditos; e nas classes dos titulares de créditos com garantia real e dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a aprovação se dá pelo critério duplo, de maioria dos credores presentes e maioria dos créditos presentes (Lei de Falências, arts. 41 e 45). A exceção fica por conta hipótese prevista no art. 58, § 1º, da mesma lei.

seus destinatários, com a conseqüente aprovação, restando filtradas as intransigências pontuais pelos critérios de tomada da deliberação assemblear.

Em segundo lugar, é preciso não perder de vista que a falência é um “remédio amargo”, mas necessário, de modo que a rejeição do plano de recuperação, com a conseqüente decretação da quebra do devedor, não pode ser tomada como um fato a ser evitado a qualquer custo. Ao contrário disto, ela é uma medida urgente e necessária em determinadas situações. Com efeito, cumpre lembrar que o saneamento do meio empresarial, mediante exclusão dos agentes econômicos que ameaçam a circulação do crédito, é um dos mecanismos que permitem o atingimento do escopo maior da falência, que é a tutela geral do crédito, por ser este um instituto fundamental ao desenvolvimento econômico¹⁶. Esta tutela é provida com a manutenção de um ambiente no qual o crédito circule oferecendo o menor grau de risco possível, o que juntamente com outros fatores contribui para que tenha um custo menor. Devedores inadimplentes ou em crise provocam um aumento do grau de risco do crédito, desestimulando sua circulação e elevando o seu custo médio, razão pela devem ser retirados do mercado.

Sobre o contrassenso que é a tentativa de preservação da empresa economicamente inviável, vale a precisa lição de RACHEL SZTAJN¹⁷, que escreve:

A preservação de atividades não pode dar espaço para oportunismos, não deve servir como paliativo na transferência de riscos aos credores, sob pena de aumento do custo do crédito, que, em última análise, é o que deve orientar as deliberações. Não se perca o leitor no argumento de alguns que veem no *interesse social* fator que influirá na decisão de preservar a empresa em

¹⁶ Sobre o escopo da falência, cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1, p. 21-23.

¹⁷ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, Ano XLIV, nº 138, p. 53-70, abr./jun., 2005.

crise, ainda que falte o suporte econômico-técnico-financeiro para tanto, dadas a ilogicidade e irrazoabilidade de impor a particulares riscos econômicos que não atendem a parâmetros mínimos de economicidade.

Dito isto, é de se concluir que um empresário que, em razão de sua reputação ou de sua situação patrimonial, já não logra obter a renovação do seu crédito junto aos seus credores atuais, o que significa também que dificilmente conseguirá crédito junto a novos credores, deixa de reunir as condições para atuar eficientemente no mercado empresarial – e, com isto, pode-se dizer que deixa de cumprir sua função social – e passa a representar um fator de risco acentuado para a circulação do crédito. É fácil constatar também que a adoção de medidas artificiais de sobrevivência desse empresário, como as de intervenção do Estado para impor novas condições de pagamento dos débitos, não são capazes de renovar sua confiabilidade junto aos demais agentes econômicos, para os quais ele, pelo histórico recente de inadimplência, sobretudo para os seus credores atingidos pela moratória, continuará a ser visto como um mau pagador. O interesse público na manutenção de um ambiente empresarial sadio exige, pois, a exclusão de tais empresários do mercado, como concebido no instituto da falência.

Por fim, a correta avaliação da importância e do significado da deliberação da assembleia de credores acerca do plano de recuperação exige que se dissipe o falso conflito que, segundo alguns, existiria entre a decretação da falência, resultado imediato da rejeição do plano, e o princípio da preservação da empresa. Tal conflito, com a devida vênia dos que o apontam, não existe. Senão, veja-se.

De logo, registre-se que não se trata de um conflito entre interesses particulares e o interesse público, pois a abertura da execução concursal do patrimônio do devedor, não obstante atenda a um interesse imediato de satisfação dos credores do falido, visa, a rigor, a um objetivo maior, que é a tutela do instituto do crédito (tutela geral do crédito ou tutela do crédito *in abstracto*), o que faz por meio

do saneamento do mercado, com já visto. Há, portanto, um interesse público a fundamentar a decretação da falência quando o plano de recuperação é rejeitado, de modo que o conflito estabelecido é entre o *interesse público* na preservação da empresa e o *interesse público* na tutela geral do crédito, também importante para a própria atividade empresarial.

Quanto ao princípio da preservação da empresa, esclareça-se que este diz respeito à continuação da *atividade*, não da pessoa jurídica. Deste modo, a empresa (atividade), por ser o verdadeiro objeto do interesse público, é que deve ser preservada sempre que possível.

A preservação da empresa com o seu exercício pelo empresário original é apenas uma das alternativas e ocorre se ele, reorganizando-se, consegue restabelecer as condições econômico-financeiras necessárias para seguir atuando no mercado. De outra mão, a incapacidade de restabelecimento do empresário original não significa a impossibilidade de preservação da empresa, pois esta pode ser retomada por um *novo empresário*, mediante arrematação do estabelecimento do falido, segundo as formas preferenciais de realização do ativo previstas no art. 140 da Lei de Falências¹⁸. Neste caso, um terceiro é quem dá continuidade à atividade empresarial, atendendo de igual forma ao interesse público.

Do exposto conclui-se que não há incompatibilidade entre a decretação da falência e a preservação da empresa, de maneira que, mais uma vez com a devida vênia das opiniões contrárias, este princípio não pode ser validamente invocado como fundamento para afastar o efeito de deliberações dos credores contrárias a planos de recuperação sem perspectivas favoráveis.

Até aqui, tratou-se predominantemente da hipótese de os credores julgarem um plano de recuperação economicamente inviável

¹⁸ Conferir, a esse respeito, TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 517-534.

e o rejeitarem, para se sustentar a legitimidade dessa avaliação e a vinculação do ato judicial de decretação da falência a esta deliberação dos credores. No entanto, a hipótese inversa, de os credores aprovarem um plano de recuperação aparentemente ruim, também é factível e, nesse caso, a homologação do plano e a consequente concessão da recuperação judicial estarão igualmente vinculadas, sob o aspecto econômico, à decisão favorável dos credores.

Note-se que um plano de recuperação (contrato), proposto pelo devedor aos seus credores (contratantes), pode parecer prejudicial quando examinado isoladamente, mas, no contexto da atividade desses contratantes, proporcionar-lhes uma posição mais vantajosa do que a que eles teriam sem tal negócio; ou apresentar-se como uma opção melhor que a que esses credores vislumbram a alternativa da falência do devedor. São, pois, questões de cunho econômico, que, de acordo com o espírito da Lei de Falências, foram retiradas da competência do juízo recuperacional, como demonstrado na seção subsequente.

4. Da impossibilidade de avaliação judicial dos aspectos econômicos do plano aprovado: a homologação judicial como um ato vinculado à deliberação dos credores.

Dois critérios fundamentais norteiam os crivos por que passa o plano de recuperação antes de sua execução: a viabilidade econômica e a legalidade. O critério da legalidade, não há dúvidas, é aplicado em última instância pelo Poder Judiciário, a quem compete o exercício da jurisdição. O mesmo, no entanto, não ocorre com o critério da viabilidade econômica, para cuja aplicação se exigem habilidades que não são as próprias dos juristas e um poder decisório que está além da competência jurisdicional.

Apreciar a viabilidade econômica de determinado projeto nada tem a ver com o “dizer o direito”. Não é questão de cotejar o ato ou a conduta do agente econômico com as normas jurídicas, a fim de protegê-los ou coibi-los. É questão de avaliar se o retorno esperado de

determinada iniciativa supera os sacrifícios necessários à sua consecução (viabilidade econômica) ou não (inviabilidade econômica). É ainda, diante de todas as incertezas que acometem as *estimativas*, avaliar a probabilidade do retorno esperado (risco do negócio). Esse cálculo é matéria alheia ao direito. Falta ao magistrado, em regra, a habilitação técnica adequada para efetuar-lo e, até mesmo, legitimidade para tanto, uma vez que tais decisões implicam a exposição do patrimônio de terceiros ao risco do crédito.

Analisando sob esse viés a distribuição das atribuições dos participantes no processo de recuperação judicial, FREDERICO VIANA RODRIGUES¹⁹ anota que “a nova lei concursal brasileira lança mão do auxílio dos credores na decisão acerca dos destinos da empresa – não na qualidade de únicos interessados – mas antes como termômetro do mercado quanto à viabilidade econômica da empresa”.

Assim é que, havendo examinado e discutido a distinção entre os aspectos econômicos e legais presentes nos planos de recuperação à luz da Lei de Falências, a I Jornada de Direito Comercial²⁰ editou seu enunciado de número 46, concluindo que:

46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Não cabe, portanto, ao juízo recuperacional avaliar se, do ponto de vista econômico-financeiro, o plano de recuperação aprovado é bom ou ruim, justo ou injusto, viável ou inviável, pois a lei

¹⁹ RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, Ano XLIV, nº 138, p. 102-122, abr./jun., 2005.

²⁰ I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Também disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

falimentar entendeu que, tratando-se de questões pertencentes à esfera dos direitos disponíveis dos credores, com estes estariam as melhores condições para apreciá-lo e, querendo, aprová-lo.

A *mens legis*, assim como sua interpretação sumulada pela Jornada referida acima, não deveria causar estranheza, pois encontra forte sustentáculo em um reconhecido princípio do nosso ordenamento jurídico, a saber, o princípio da liberdade contratual, pelo qual os contratantes são livres para decidir se contratam ou não, com quem contratam e qual o conteúdo dos contratos que celebram.

É o que ensina ORLANDO GOMES²¹, escrevendo que “o *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*”, a qual, complementa mais adiante, “abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade” (destaques do original).

A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, como também já é sabido, encontra-se limitada apenas pela ordem pública, delineada nas imposições e vedações legais a que se sujeitam os agentes econômicos, que serão objeto de exame na próxima seção deste estudo. Nos espaços deixados pelas normas cogentes, porém, permanecem livres as partes para autodeterminar-se conforme sua vontade.

Ao princípio da liberdade contratual, que por si só justificaria a impossibilidade de apreciação judicial dos aspectos econômicos do plano de recuperação, acrescenta-se a natureza mercantil do negócio realizado entre o devedor e seus credores, em razão da qual sua apreciação está sujeita a uma racionalidade própria – a racionalidade econômica –, distinta dos critérios de juridicidade que presidem a decisão judicial.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 14 ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 22.

Escrevendo sobre o que chamou de vetores de funcionamento dos contratos mercantis, PAULA FORGIONI²² indaga: “A que vem determinado negócio? Qual a necessidade econômica das partes que ele visa a satisfazer?”; e responde às suas indagações, citando GIUSEPPE CHIOVENDA, nos seguintes termos:

Eis questões centrais da concepção, desenvolvimento e interpretação dos contratos interempresariais. “As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade”, mas em vista de determinado *fin* que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente *vantajoso*. Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado *em conjunto* pelas empresas, isto é, *todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser*. (Destques do original).

Os fundamentos econômicos da decisão de aprovação ou rejeição de um plano de recuperação consistem, pois, *i*) na aferição da capacidade desse plano de cumprir sua função econômica, consoante a definição trazida na lição acima, e *ii*) na avaliação da tolerância ao risco por parte do credor, por ser ele quem vai suportar as consequências dessa decisão. Daí porque a clara opção legislativa atual sistema brasileiro, levando ALBERTO CAMIÑA MOREIRA²³ a escrever que

uma das grandes inovações da nova lei é a de trazer os credores para o centro do processo concursal; eles que estiveram afastados dos processos em praticamente todo o século XX. O aprendizado, por certo, não é fácil; mas também é certo que eles não podem ser afugentados por decisão judicial que lhes supere a vontade legitimamente expressada na assembleia. A ser assim, ter-se-ia uma decisão judicial a contrariar a *ratio legis*, que é a de outorgar aos credores a mais ampla

²² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

²³ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Loc. cit.

possibilidade de deliberar sobre os sacrifícios que poderão ter.

Feitas essas ponderações, é de se concluir que, mesmo que não tendo parecido bom aos olhos do juiz, se um plano atendeu aos critérios de conveniência dos credores, por representar uma posição vantajosa para estes no contexto de suas atividades, a decisão coletiva, manifestada pela deliberação assemblear legitimamente tomada, não poderá ser contrariada pelo magistrado, ao qual caberá restringir sua atuação ao exame da legalidade do procedimento e do ato jurídico dele resultante, como tratado a seguir.

5. A atuação judicial: o poder-dever de zelar pela regularidade procedimental e de coibir as convenções ilícitas.

Afirmar que o juízo recuperacional deve restringir-se ao controle da regularidade procedimental e da licitude do plano de recuperação não significa, de modo algum, menosprezar sua importância no processo de superação da crise empresarial.

A legitimidade do resultado desse processo, representado pela saída *negociada* da crise empresarial, depende necessariamente da regularidade procedimental e da legalidade do negócio jurídico ao final celebrado. Essa é a chave para a insuspeição das medidas de reorganização do devedor²⁴.

Destaque-se inicialmente que o resgate da teoria contratualista da concordata, com a roupagem atual da recuperação judicial, deveu-se, em muito, à superação das críticas oriundas da corrente processualista (concordata-sentença), de modo a se entender como possível a vinculação de toda a coletividade dos credores afetados

²⁴ Cf. KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. A recuperação de empresas como meio insuspeito de reorganização empresarial. *Revista IBADIRE - Instituto Baiano de Direito Empresarial*, Salvador, p. 12-17, 01 jul. 2011.

pelo plano de recuperação, inclusive dos dissidentes e dos ausentes, à vontade da maioria colhida em assembleia.

Para que o plano de recuperação aprovado se caracterize como um autêntico acordo de vontades entre o devedor e seus credores, impõe-se que a vontade *coletiva* desses credores se forme de modo idôneo, para o que a constituição de uma assembleia de credores mostrou-se uma solução juridicamente adequada.

A formação de colegiados para a tomada de deliberações com base no princípio majoritário não é, obviamente, uma novidade da Lei nº 11.101/2005. É vista, apenas para citar um exemplo no âmbito do próprio Direito Empresarial, nos conclaves de sócios. Nesses casos, o ato formal de constituição da sociedade cria também o órgão colegiado responsável pelas deliberações sociais, às quais se vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

O Decreto-lei nº 7.661/1945, que antecedeu a atual lei falimentar, também previa a convocação dos credores em assembleia para deliberar sobre formas alternativas de realização do ativo do devedor na falência. Tratava-se, no entanto, de deliberações sobre questões apenas incidentais e secundárias.

A retomada do caráter negocial do processo de superação da crise empresarial dependia, todavia, de uma solução para as fragilidades da teoria contratualista apontadas por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, acima. Impunha-se dar unidade à coletividade de credores encarregada de deliberar coletivamente sobre a proposta apresentada pelo devedor em crise e, com isto, harmonizar a aprovação do plano de recuperação com o princípio da relatividade dos contratos.

Esse problema resta superado quando se identifica a decisão judicial que defere o processamento da recuperação judicial como o *ato formal* que constitui o colegiado de credores do recuperando, ao qual será dirigida a proposta de plano de recuperação, para fins de apreciação e deliberação.

Assim, na recuperação judicial, a mão do Estado-juiz age não para suprir a vontade dos credores e conceder ao devedor a

oportunidade de tentar superar sua crise, como ocorria na concordata-sentença, mas para constituir formalmente o colegiado de onde provirá, por deliberação majoritária, a manifestação de vontade necessária para contratar com o devedor o plano de recuperação.

Verifica-se, pois, já neste primeiro momento, a importância do juiz como instrumento de controle da regularidade do processo, na medida em que lhe cabe examinar a presença dos pressupostos subjetivos e objetivos da recuperação, somente deferindo o *processamento* do feito nas hipóteses em que a lei o admite²⁵.

Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, outro aspecto crítico tem lugar: a habilitação e a classificação dos créditos. Sabendo-se, que nem todos os créditos se sujeitam aos efeitos do plano de recuperação²⁶, que os credores habilitados votam na assembleia conforme a natureza e o valor dos seus créditos²⁷ e que alguns credores, mesmo tendo os seus créditos sujeitos aos efeitos do plano de recuperação, não podem votar na assembleia²⁸, exige-se do juízo da recuperação cuidado extremo na supervisão dos trabalhos de verificação dos créditos, a cargo do administrador judicial, e no julgamento das impugnações, cujos resultados se consubstanciam no rol daqueles que participarão da assembleia e em que classes votarão.

Resta evidente aqui também a importância do controle judicial, pois irregularidades na composição da assembleia, na classificação dos créditos dos seus participantes ou na tomada dos votos, podem viciar irremediavelmente a deliberação acerca do plano de recuperação, comprometendo a legitimidade de todo o processo.

Por fim, faz-se uma última observação a respeito da importância do controle judicial dos aspectos procedimentais da recuperação judicial e ela refere-se à regularidade da convocação, da instalação e das deliberações da assembleia de credores. Na esteira

²⁵ Lei de Falências, art. 48.

²⁶ Lei de Falências, art. 49, §§ 3º e 4º.

²⁷ Lei de Falências, art. 38.

²⁸ Lei de Falências, art. 43.

desse raciocínio, considerando-se que a lei falimentar estabelece regras detalhadas para a reunião e o funcionamento das assembleias de credores²⁹, compete ao juiz, em relação aos seus próprios atos e pela supervisão dos atos a cargo do administrador judicial, zelar para que sejam preenchidas todas as formalidades necessárias à idoneidade dos atos assembleares.

Tomada nos termos descritos até aqui, a deliberação assemblear a respeito da proposta do devedor será *formalmente* válida, o que não significa que não possa ter conteúdo ilícito, de maneira que se estende também a esse âmbito a atuação judicial, visando a coibir as convenções contrárias à lei.

O tema foi abordado na I Jornada de Direito Comercial³⁰, resultando na edição do seu enunciado de número 44, nos seguintes termos:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

Repita-se, com as devidas vênias, que não se trata de submeter ao crivo judicial o exame dos aspectos econômico-financeiros do negócio, pois estes, como já se disse, estão na órbita dos direitos disponíveis das partes. A questão consiste efetivamente no exame, pelo juízo da recuperação, da legalidade da avença celebrada entre o devedor e seus credores, pois, assim como a qualquer contratante, não é dado às partes na recuperação judicial estipular cláusulas ou contratos contrários à lei. É dizer, mais uma vez com PAULA FORGIONI³¹, que “ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja

²⁹ Lei de Falências, arts. 36 e 37.

³⁰ I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Também disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

³¹ FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 82.

transações, o sistema jurídico cobra legalidade de seu objeto”, de forma que, prossegue a autora, “o limite da liberdade de contratar é, assim, encontrado na ilicitude que as normas exógenas impõem a certos comportamentos”.

Desse modo, nos limites em que se permite aos contratantes celebrar seus negócios sem a interferência estatal, podem também o devedor e seus credores construir, segundo os seus critérios de conveniência, o acordo de vontades que constituirá o plano de recuperação.

A própria lei falimentar traz em seu bojo limitações objetivas ao conteúdo do acordo de vontades das partes. Nos seus termos, o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, tampouco poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento dos salários atrasados, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação e até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador³².

De logo, pode-se concluir que não é passível de homologação judicial o plano de recuperação que contrariar essas regras, ainda que aprovado pelos credores em assembleia.

Também o direito comum, em sua parte geral, oferece claras balizas para o exame da legalidade dos negócios jurídicos, quando veda, por exemplo, as condições suspensivas física ou juridicamente impossíveis ou as condições incompreensivas ou contraditórias³³, ou quando comina de nulidade o negócio jurídico simulado³⁴.

Por fim, nas disposições especiais que regem os diversos contratos são encontráveis normas cogentes limitando a liberdade das partes. A observância dessas normas também deverá ser verificada pelo juízo antes da homologação quando a espécie contratual estiver presente na composição do plano de recuperação.

³² Lei de Falências, art. 54.

³³ Código Civil, art. 123, I e III.

³⁴ Código Civil, art. 167.

Assim, quando aprovado em procedimento regularmente realizado e seu objeto não for, no todo ou em parte, contrário à lei, o plano de recuperação deverá ser homologado pelo juízo da recuperação, nos termos do art. 58 da lei falimentar.

Por outro lado, se o plano de recuperação aprovado pela assembleia contiver alguma ilegalidade, caberá ao juízo da recuperação negar a sua homologação e deixar de conceder a recuperação. A autoridade judicial exercerá, nesse caso, o seu dever de coibir a contratação ilícita.

A questão que se coloca em tal situação é a de qual deve ser a providência subsequente ao indeferimento da homologação. Deverá o juízo decretar a falência do devedor ou convocar novamente a assembleia de credores, para que as partes saneiem as ilicitudes constatadas no plano aprovado?

A solução mais consentânea com os princípios do Direito Recuperacional parece ser a segunda alternativa. Se as partes chegaram a um consenso sobre um plano de recuperação, isto significa, *a priori*, que a atividade empresarial se mostra viável e que o devedor ainda goza de alguma reputação junto aos seus credores, de forma que a busca por uma solução consensual para a crise mostra-se possível. O problema imediato se restringe, então, ao saneamento das ilicitudes identificadas no plano indeferido. Nesse caso, desde que convocada sem maiores retardos, uma nova assembleia poderia se reunir, sem prejuízos para o processo, a fim de deliberar sobre o plano de recuperação corrigido pelo devedor, podendo aprová-lo, rejeitá-lo ou propor modificações, com as já conhecidas consequências estabelecidas pelos arts. 56, §4º, e 58 da lei falimentar.

6. Considerações finais.

A partir do entendimento aqui adotado, é de se concluir que o devedor, os credores e o juízo da recuperação atuam no processo de forma complementar e com competências distintas, visando a um

resultado que simultaneamente atenda aos interesses das partes no âmbito de sua liberdade geral de ação, coadune-se com os interesses públicos afetados pela crise empresarial, notadamente a preservação da empresa (viável) e a tutela geral do crédito, e respeite a ordem pública, não violando as normas cogentes restritivas da liberdade de contratar.

Para que esses objetivos sejam atingidos, é importante que as considerações trazidas no presente trabalho consolidem-se no tratamento dado à matéria pelos tribunais e pelas partes envolvidas.

A primeira delas é assimilar que, na disciplina legal atual, o enfrentamento da crise empresarial depende de uma *solução negocial* encontrada pelo devedor e seus credores. O Direito Falimentar voltou a prestigiar a vontade dos credores, que precisam ser envolvidos no processo e convencidos a renovar o seu crédito no devedor.

Além disso, as partes precisam ter sempre em mente que a sua liberdade contratual será respeitada apenas até o ponto em que não viole a ordem pública. O exercício do direito será tutelado, o seu abuso não. Isto produz, de logo, uma conclusão óbvia, a de que as partes devem abster-se de pactuar cláusulas contrárias ao direito. Mas pode traduzir-se também numa recomendação de ordem mais prática, a de que as partes – os credores, principalmente – procurem lastrear suas posições com fundamentos (econômicos, financeiros, tecnológicos etc.) consistentes, a fim de poder sustentá-las diante de eventuais questionamentos sobre sua legitimidade.

Por fim, espera-se dos órgãos judiciários uma conduta de autocontenção, conscientes de que seu papel na recuperação judicial é específico, porém não desimportante, e, sem enveredar pela matéria reservada pela lei à liberdade das partes, uma atuação focada naquilo que lhes compete: a manutenção da regularidade do procedimento e o controle de legalidade do plano aprovado.

REGULAMENTAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO¹

THE HEALTH AND SAFETY AT WORK REGULATION

Ronald Amaral Sharp Junior

Resumo: O presente texto pretende traçar o marco regulatório das condições de medicina e segurança vigentes no Brasil, buscando especialmente fundamentar a edição das Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e as medidas institucionais que objetivam combater as doenças ocupacionais e os acidentes do trabalho. Trata das fontes formais e materiais da regulamentação das condições de medicina e segurança do trabalho, realizando a identificação de conceitos e mostrando a normatização internacional, a evolução constitucional brasileira, as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o procedimento de elaboração das Normas Regulamentadoras (NRs) e os órgãos estatais de pesquisa e de fiscalização.

Palavras-chave: Medicina e Segurança do Trabalho. Edição de Normas Regulamentadoras pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Órgãos de fiscalização e pesquisa.

Abstract: This paper analyzes the regulatory frame of health and safety at work current in Brazil, giving particularly fundamentals to the enacting of the Administrative Orders issued by the Ministry of Labor and the institutional measures that intends to combat work diseases and work accidents. Deals with formal and material sources of the regulatory conditions of health and safety at work, highlighting concepts and picturing the international legal protection, the Brazilian

¹ Artigo recebido em 29.10.2014 e aceito em 03.03.2015.

constitutional evolution, the provisions of Consolidation of Labor Laws on the issue, the enacting proceeding of Administrative Orders named Regulatory Rules and the State organs of research and inspection.

Keywords: Health and safety at work. Regulatory Rules established by the Ministry of Labor. State organs of research and inspection.

Sumário: Introdução. 1. Fontes materiais e formais internacionais. 2. Segurança e medicina do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. 4. Normatização internacional. 5. Evolução constitucional. 6. Disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). 7. Extensão das Normas Regulamentadoras (NRs) aos servidores públicos em sentido estrito. 8. Constitucionalidade das NRs. 9. Processo de elaboração das Normas Regulamentadoras. 10. Órgãos fiscalizadores. 11. Deveres dos empregadores e dos trabalhadores (CLT). 12. Monetização ou patrimonialização do risco. 13. Autonomia de vontade coletiva e segurança e medicina do trabalho. 14. Ação Regressiva do INSS. 15. Fundacentro. Conclusão.

Introdução.

Anualmente ocorrem no mundo 317 milhões de acidentes, com 2,3 milhões de óbitos. A cada hora há 37 mil acidentes, com 266 mortes. Logo, a cada minuto morrem mais de quatro trabalhadores no mundo por acidente de trabalho ou doença ocupacional.

O Brasil está em quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho. Em sua Campanha Institucional 2012, o Sindicato Nacional dos Auditores Nacionais do Trabalho – Sinait, denuncia que há mais de 700 mil vítimas por ano, com registro de 2.700 mortes, sendo 80 acidentes por hora e mais de sete mortes por dia, em números oficiais².

No país, desde 2005, com a promulgação da Lei nº 11.121, o dia 28 de abril é lembrado como Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) denomina esse dia, desde 2003, como Dia Mundial de Segurança e Saúde no Trabalho.

No dia 27 de julho comemora-se o Dia Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho. A data é celebrada desde 1972, quando o então Ministro do trabalho Júlio Barata, após o Fundo Monetário Internacional (FMI) cortar financiamentos ao Brasil devido ao grande número de acidentes de trabalho, publicou as portarias 3.236 e 3.237, que regulamentavam a formação técnica em Segurança e Medicina do Trabalho³.

Para a OIT, as doenças profissionais representam um elevado custo, tanto para os empregadores, trabalhadores, suas famílias e para o desenvolvimento econômico e social do país. O organismo internacional estima que os acidentes e doenças resultam em uma perda de 4% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, ou cerca de 2,8 trilhões de dólares, em custos diretos e indiretos por lesões e doenças⁴.

² SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO. *Acidente de trabalho*. Avião que transportava dez trabalhadores caiu no interior do Pará. Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/?r=site/noticiaPrint&id=7045>>. Acesso em: 23 out. 2013.

³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO. *Dia Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt20.jus.br/index.php?var=1374843550&comp=noticias>>. Acesso em: 23 out. 2013.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A prevenção de doenças profissionais*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/safeday2013%20final_1012.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

Em atenção ao disposto do art. 4º da Convenção nº 155 da OIT, foi editado em 7 de novembro de 2011 o Decreto n. 7.602/11, que institui a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST.

O Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, PLANSAT, lançado pelo Governo Federal em 28 de abril de 2012, prevê a inserção do conteúdo relativo à Segurança e Saúde do Trabalho nos currículos escolares; a formação de grupos para discutir temas específicos como construção civil e transportes; a criação de novos bancos de dados para a definição de atividades econômicas de alto risco.

O presente texto pretende traçar o marco regulatório das condições de medicina e segurança vigente no Brasil, buscando especialmente fundamentar a edição das Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e as medidas institucionais que objetivam combater as doenças ocupacionais e os acidentes do trabalho.

1. Fontes materiais e formais internacionais.

A idéia de regulamentação racional das condições de trabalho surgiu sob a inspiração do Tratado de Versalhes, abrangendo a higiene e a segurança do trabalho a prevenção de acidentes e doenças, de um lado, e, de outro, o diagnóstico de enfermidades e propostas de terapêuticas aconselháveis⁵.

Os primeiros estudos médicos sobre a relação entre doenças e atividades são do século XVI. Em 1556, Georgius Agrícola publicou o livro *De re metálica*, descrevendo as observações sobre doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, enfatizando os trabalhadores das minas de ouro e prata. Estudos mais importantes sobre enfermidades

⁵ Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. Rio de Janeiro: J. Konfino Editor, 1957. p. 301.

profissionais do período anterior à Revolução Industrial são atribuídos à Bernadino Ramazzi, considerado “Pai da Medicina do Trabalho”, autor da obra *De morbis artificum diatriba*, do ano de 1700⁶.

Como até a Revolução Industrial o trabalho se restringia basicamente à agricultura e ao artesanato doméstico, as doenças profissionais e os acidentes do trabalho não despertavam grande interesse. O trabalho apresentava uma dimensão doméstica e até mesmo a casa bancária Barings estabeleceu em 1762 sua sede no térreo de um prédio onde no andar de cima a senhora Baring criava dez dos doze filhos⁷.

No período entre 1760 a 1830, foram instalados na Inglaterra inúmeros galpões, armazéns, fábricas, oficinas, todos repletos de trabalhadores executando jornadas extenuantes e em péssimas condições de higiene e segurança. Esses ambientes favoreceram o vertiginoso crescimento de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, principalmente entre mulheres e crianças⁸.

Diante da pressão da opinião pública, o Parlamento britânico aprovou, em 1802, a primeira legislação de proteção aos trabalhadores, denominada Lei da Saúde e Moral dos Aprendizes, que fixou o limite diário de doze horas de trabalho, proibiu o trabalho noturno, estabeleceu normas sobre ventilação do ambiente e lavagem de paredes. O cumprimento das disposições legais sofreu resistência por parte dos empregadores⁹.

Expressa o art. 427 do Tratado de Versalhes que o trabalho não há de ser considerado como uma mercadoria ou um artigo de comércio. Segundo Süssekind, “O Tratado de Versalhes, ao criar a

⁶ Cf. C.R. Trabalho. In: FRANCA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 74, p. 118-119.

⁷ KELLAWAY, Lucy. A verdade sobre a vida no escritório. *Valor Econômico*. São Paulo, 2 ago. 2013. Eu & Fim de Semana. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/cultura/3219748/verdade-sobre-vida-no-escritorio#ixzz2fANbTcDf>>. Acesso em: 17 set. 2013.

⁸ Cf. C.R. Trabalho. In: FRANCA, Rubens Limongi. Loc. cit.

⁹ Id, Ibid.

Organização Internacional do Trabalho (OIT), incluiu na sua competência a proteção contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais, cujos riscos devem ser eliminados, neutralizados ou reduzidos por medidas apropriadas de engenharia e medicina do trabalho¹⁰.

Antes disso, em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII, já manifestava preocupação com a saúde do trabalhador.

2. Segurança e medicina do trabalho.

Embora tratados conjuntamente, porque estão situados em um contexto maior de proteção ao completo bem-estar físico e mental do trabalhador, segurança e medicina são termos que diferem entre si.

Esclarecem Cesarino Jr e Marly Cardone, frequentemente citados por diversos autores, entre os quais Valentim Carrion, em sua obra de comentários à CLT, que

A medicina do trabalho compreende o estudo das formas de proteção à saúde do trabalhador enquanto no exercício do trabalho, principalmente com o caráter de prevenção das doenças profissionais e de melhoramento das aptidões laborais em tudo quanto concerne às suas condições físicas, mentais e ambientais. Naturalmente, além desse aspecto preventivo, ocupa-se também com a terapêutica das ergopatias, tecnopatias e mesopatias, assumindo um certo aspecto curativo, quando menos de caráter de emergência. Daí a divisão da Medicina do Trabalho em *Higiene do Trabalho* (aspecto preventivo) e *Medicina do Trabalho propriamente dita* (aspecto curativo).

As medidas de *Segurança do Trabalho*, de caráter exclusivamente técnico, cogitam de providências tendentes a evitar danos ao trabalhador de origem meramente mecânica, física ou química, agindo de

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 228.

modo nocivo simplesmente através de processos traumáticos e não por meio de ação patogênica, não pertencem à Medicina, mas à Engenharia do Trabalho. É claro que não negamos a estreita conexão que faz estarem sempre juntas a Higiene e a Segurança do Trabalho.¹¹

Desse modo, a Consolidação das Leis Trabalhistas, visando a introduzir um regramento abrangente sobre as temáticas em questão, atribuiu ao Capítulo V, do Título II – NORMAS GERAIS DE TUTELA DO TRABALHO o título DA SEGURANÇA E DA MEDICINA DO TRABALHO. Trata especificamente das condições ambientais de salubridade e periculosidade, edição de normas regulamentadoras pelo Ministério do Trabalho e Emprego, equipamentos de proteção, órgãos fiscalizadores e dos deveres de preservar tanto a saúde quanto a integridade física do trabalhador.

3. Meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente é classificado em natural, artificial, cultural e laboral. Compreende-se por meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desenvolvem suas atividades laborais, remuneradas ou não, “... cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem”¹².

Relaciona-se a proteção ao meio ambiente do trabalho à preservação da integridade física e psíquica do ser humano, esfera indissolúvelmente associada à defesa do direito à vida, pressuposto necessário para a existência e gozo dos demais direitos.

¹¹ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito social*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1993. v. 1, p. 331-332.

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 22.

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CR/88) estabelece que todos terão direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por sua vez, o art. 196 da CF/88 garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, assegurando-a mediante políticas públicas, sociais, e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

Pelo art. 200 da mesma Carta, compete ao SUS, além de outras atribuições, executar ações de saúde do trabalhador e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendendo o do trabalho.

Segundo o art. 7º, inc. XXII, da Lei Maior, são direitos sociais aqueles que visem à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O Professor Arion Romita adverte que o conceito de ambiente do trabalho deve ser apto para:

[...] recolher o resultado das transformações ocorridas nos últimos tempos nos métodos de organização do trabalho e nos processos produtivos, que acarretam a desconcentração dos contingentes de trabalhadores, não mais limitados ao espaço interno da fábrica ou empresa. Por força das inovações tecnológicas, desenvolvem-se novas modalidades de prestação de serviços, como trabalho em domicílio e teletrabalho, de sorte que o conceito de meio ambiente de trabalho se elastece, passando a abranger também a moradia e o espaço urbano.¹³

Na realidade, o que se demonstra é que a regulamentação das condições de segurança e saúde do trabalhador está inserida no largo espectro do meio-ambiente, dirigindo-se especificamente ao meio-ambiente laboral. A Governança Ambiental exige um patamar de eficiência do Estado a ser alcançado por meio da participação dos setores público e privado na elaboração de políticas públicas e nos

¹³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 409.

processos decisório e executório comprometidos com o enfrentamento da questão.

4. Normatização internacional.

Incorporam-se ao ordenamento interno as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pelo Brasil, após aprovação pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo (art. 40, inc. I, da CR/88), quando são finalmente promulgadas por decreto presidencial.

A OIT ainda edita Recomendações, sem caráter cogente imediato, mas que servem para orientar novas normas internas ou para interpretar as já existentes.

Dispõe, aliás, o art. 8º da CLT que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho. Determina ainda tais agentes públicos procederão de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

De acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591, de 06.07.1992):

(...)

Art, 7º Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

(...)

b) A segurança e a higiene do trabalho;

O art. 17 da Declaração Sociolaboral do Mercosul, um dos Textos Fundacionais do Mercosul, firmada pelos presidentes dos

Estados-partes, no Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998, dispõe que todo trabalhador tem direito a exercer suas atividades em um ambiente de trabalho são e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional. Determina que os Estados-partes promovam programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores, com o fim de prevenir acidentes e doenças profissionais (n^{os} 1 e 2)¹⁴. Completa o art. 18 com a imposição aos Estados-partes de instituição e manutenção de um serviço de Inspeção do Trabalho para fiscalizar o cumprimento das disposições normativas de proteção dos trabalhadores e das condições de segurança e saúde no trabalho.

O Brasil já ratificou diversas Convenções da OIT e ainda aguarda a ratificação de outras. Sobre Medicina e Segurança do Trabalho. Foram ratificadas e promulgadas no país as seguintes Convenções:

Convenção N^o 12: Agricultura - Indenização por acidentes de trabalho (Decreto n. 41.721, de 25.06.1957);

Convenção N^o 16: Trabalho Marítimo - Exame Médico dos Menores (Decreto n. 1.398, de 19.01.37);

Convenção N^o 45: Emprego de Mulheres em Trabalho Subterrâneo das Minas (Decreto n. 3.233, de 3.11.38);

Convenção N^o 81: Fiscalização do Trabalho (Decreto n. 41.721, de 25.6.57);

Convenção N^o 113: Exame Médico dos Pescadores (Decreto n. 58.827, de 14.7.66);

Convenção N^o 115: Proteção Contra Radiações Ionizantes (Decreto n. 62.151, de 19.1.68);

Convenção N^o 120: Higiene no Comércio e nos Escritórios (Decreto n. 66.498, de 27.4.70);

Convenção N^o 124: Exame Médico dos Adolescentes para o Trabalho Subterrâneo nas Minas (Decreto n. 67.342, de 5.10.70)

Convenção N^o 126: Alojamento a Bordo nos Navios de Pesca (Decreto n. 2.420, de 16.12.97);

¹⁴ MERCOSUR. *Declaración sociolaboral del Mercosur*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/cmc_1998_ata02_declaracion_es_sociolaboral.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

Convenção Nº 127: Peso Máximo das Cargas (Decreto n. 67.339, de 5.10.70);
Convenção Nº 133: Alojamento a Bordo de Navios (Disposições Complementares (Decreto n. 1.257, de 29 de setembro de 1994);
Convenção Nº 134: Prevenção de Acidente do Trabalho dos Marítimos (Decreto n. 3.251, de 17.11.1999);
Convenção Nº 136: Proteção Contra os Riscos de Intoxicação pelo Benzeno (Decreto n. 1.253, de 27.9.94)
Convenção Nº 139: Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos (Decreto n. 157, de 2.6.91)
Convenção Nº 148: Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações (Decreto n. 93.413, de 15.10.86)
Convenção Nº 152: Segurança e Higiene dos Trabalhadores Portuários (Decreto n. 99.534, de 19.9.90);
Convenção Nº 155: Segurança e Saúde dos Trabalhadores (Decreto n. 1.254, de 29.9.94)
Convenção Nº 161: Serviços de Saúde no Trabalho (Decreto n. 127, de 22.5.91);
Convenção Nº 162: Utilização do Amianto com Segurança (Decreto n. 126, de 22.5.91);
Convenção Nº 164 Proteção à Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos (Decreto n. 2.671, de 15.7.98)
Convenção Nº 167: Segurança e Saúde na Construção (Decreto n. 6.271, de 22.11.2007)
Convenção Nº 170: Segurança no Trabalho com Produtos Químicos (Decreto n. 2.657, de 3.7.98);
Convenção Nº 174: Prevenção de Acidentes Industriais Maiores (Decreto n. 4.085, de 15.01.2002)
Convenção Nº 176: Segurança e Saúde nas Minas (Decreto n. 6.270, de 22.11.2007)

Entre as Recomendações da OIT, que se destinam a sugerir normas que podem ser encampadas pelas fontes diretas e autônomas do direito do trabalho, destacam-se as seguintes:

144 Sobre a Proteção contra os Riscos de Intoxicação provocados pelo Benzeno (1971)
175 Sobre Segurança e Saúde na Construção (1988)
181 Sobre a Prevenção de Acidentes Industriais Maiores (1993)
183 Sobre Segurança e Saúde nas Minas (1995)

- 185 Recomendação sobre a Inspeção do Trabalho (Trabalhadores Marítimos) (1996)
190 Sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação imediata para sua Eliminação (1999)
192 Segurança e Saúde na Agricultura (2001)
199 Referente ao Trabalho no Setor Pesqueiro (2007)
200 Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho (2010)

5. Evolução constitucional.

A primeira Constituição brasileira a prever regras específicas sobre medicina, higiene e segurança do trabalhador foi a de 1934, que dispôs:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Em seguida, com o advento do Estado Novo e a outorga de uma nova Constituição em 1937, foram mantidas as disposições do texto constitucional anterior:

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

Encerrado o período do Estado Novo e restabelecida a democracia no país, promulgou-se a Constituição de 1946, que incorporou as regras já constantes da CLT de proteção ao meio ambiente laboral, estatuidando:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

VIII - higiene e segurança do trabalho;

[...]

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

Durante o regime militar, instituído em 1964, disposições de semelhante teor foram estabelecidas na Constituição de 1967 (e reproduzidas na Emenda nº 1/69, art. 165, inc. IX):

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

IX - higiene e segurança do trabalho;

Com o advento da CR/88, a prevenção, eliminação e redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de regras de saúde, higiene e segurança foram considerados direitos fundamentais dos trabalhadores, nos termos do art. 7º, inc. XXII. Esse novo regramento constitucional veio acompanhado de uma nova forma de interpretação das normas constitucionais, que parte para uma maior valorização dos princípios, principalmente aqueles que privilegiam a dignidade humana, viabilizando o caminho para uma importante mudança enriquecedora de paradigma no campo da medicina e segurança e do trabalho.

6. Disposições da CLT.

Sob a vigência da Constituição de 1937, foi promulgada a CLT, a qual trouxe normas inovadoras e amplamente protetivas do meio ambiente de trabalho, em seu Título II, Capítulo V, artigos 154 a 201.

A redação do Título II, Capítulo V, da CLT foi dada pela Lei 6.514/77, que revogou todo o capítulo intitulado “Segurança e Higiene do Trabalho”, outorgando-lhe a atual denominação “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”.

O termo “higiene”, mais restrito, está relacionado à conservação da saúde do trabalhador, enquanto medicina abrange a conservação da saúde, o tratamento de doenças e a segurança do trabalhador.

O artigo 200 da CLT confere ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para editar disposições complementares às normas do Capítulo V, sendo para tanto expedida a Portaria nº 3.214/78 (e suas alterações), que estabelece as Normas Regulamentadoras ou simplesmente NRs.

Existem atualmente 36 NRs, as quais cuidam dos mais variados aspectos e sempre de modo extremamente e minucioso:

Norma Regulamentadora N° 01 - Disposições Gerais
Norma Regulamentadora N° 02 - Inspeção Prévia
Norma Regulamentadora N° 03 - Embargo ou Interdição
Norma Regulamentadora N° 04 - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho
Norma Regulamentadora N° 05 - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
Norma Regulamentadora N° 06 - Equipamentos de Proteção Individual - EPI
Norma Regulamentadora N° 07 - Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional
Norma Regulamentadora N° 08 - Edificações
Norma Regulamentadora N° 09 - Programas de Prevenção de Riscos Ambientais

Norma Regulamentadora N° 10 - Norma Regulamentadora N° 11 - Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais
Norma Regulamentadora N° 11 Anexo I, - Regulamento Técnico de Procedimentos para Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Chapas de Mármore, Granito e outras Rochas
Norma Regulamentadora N° 12 - Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos
Norma Regulamentadora N° 13 - Caldeiras e Vasos de Pressão
Norma Regulamentadora N° 14 – Fornos
Norma Regulamentadora N° 15 - Atividades e Operações Insalubres
Norma Regulamentadora N° 16 - Atividades e Operações Perigosas
Norma Regulamentadora N° 17 - Ergonomia
Norma Regulamentadora N° 17 Anexo II - Trabalho em Teletendimento / Telemarketing –
Norma Regulamentadora N° 18 - Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção
Norma Regulamentadora N° 19 - Explosivos
Norma Regulamentadora N° 20 - Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis.
Norma Regulamentadora N° 21 - Trabalho a Céu Aberto
Norma Regulamentadora N° 22 - Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração
Norma Regulamentadora N° 23 - Proteção Contra Incêndios
Norma Regulamentadora N° 24 - Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho
Norma Regulamentadora N° 25 - Resíduos Industriais
Norma Regulamentadora N° 26 - Sinalização de Segurança
Norma Regulamentadora N° 27 - Revogada pela Portaria GM n.º 262, 29/05/2008 Registro Prof. do Técnico de Segurança do Trabalho no MTB
Norma Regulamentadora N° 28 - Fiscalização e Penalidades
Norma Regulamentadora N° 29 - Segurança e Saúde no Trabalho Portuário
Norma Regulamentadora N° 30 - Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário
Norma Regulamentadora N° 31 - Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura

Norma Regulamentadora Nº 32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde

Norma Regulamentadora Nº 33 - Segurança e Saúde no Trabalho em Espaços Confinados

Norma Regulamentadora Nº 34 - Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção e Reparação Naval.

Norma Regulamentadora Nº 35 - Trabalho em Altura.

Norma Regulamentadora n.º 36 -18.04.2013 - Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados.

7. Extensão das NRs aos servidores públicos em sentido estrito.

Embora o servidor público em sentido estrito não se ligue ao Poder Público por relação de emprego, mas por vínculo jurídico-estatuário, entendido como a relação de cunho jurídico-administrativo, a eles se aplicam as disposições contidas nas Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Vale lembrar, quanto a este ponto, que o Brasil ratificou a Convenção nº 155 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, a qual estabelece, para os efeitos de aplicação do documento internacional, que a expressão “áreas de atividade econômica” abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública. Dispõe ainda que o termo *o termo “trabalhadores” abrange todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos (art. 3, alíneas “a” e “b”).*

Completa o raciocínio a redação da alínea “d”, do art. 3, a qual estatui que o termo “regulamentos” abrange todas as disposições às quais a autoridade ou as autoridades competentes tiverem dado força de lei.

Nesse sentido é a Orientação nº 07, da Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho do Ministério Público do Trabalho, vazada nos seguintes termos:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATUAÇÃO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

O Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para exigir o cumprimento, pela Administração Pública direta e indireta, das normas laborais relativas à higiene, segurança e saúde, inclusive quando previstas nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratarem de direitos sociais dos servidores, ainda que exclusivamente estatutários. (Redação alterada na 6ª reunião Nacional dos Membros da CODEMAT, ocorrida em agosto de 2008).¹⁵

Mencione-se ainda que, não raro, convivem lado a lado no mesmo local de trabalho servidores públicos estatutários e empregados terceirizados, sendo impossível cindir o meio ambiente onde ocorre execução dos serviços.

8. Constitucionalidade das NRs.

Pelo fato de as Normas Regulamentadoras serem veiculadas por portaria do Ministério do Trabalho e Emprego, e não por lei em sentido estrito, levanta-se a discussão acerca da constitucionalidade da edição de tais atos normativos.

É verdade que as NRs criam deveres para os trabalhadores e empregadores e interferem no espaço de atuação destes. Não obstante, após analisar o campo de aplicação e de validade dos preceitos regulamentadores em geral, Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza, com proficiência, que

os regulamentos são compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração

¹⁵ Apud GOULART, Fábio Villela. *A proteção do meio ambiente de trabalho no serviço público*. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_protecao_do_meio_ambiente_do_trabalho_no_servico_publico_fabio_goulart.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados da lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.¹⁶

Como se pode observar do exame das NRS, seu objeto é extremamente técnico e detalhista, caracterizando e descrevendo situações dotadas de elevada especificidade, a partir de avaliações e medições pertinentes aos ramos da engenharia e da medicina.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu, sob a sistemática dos recursos repetitivos do art. 534-C do Código de Processo Civil (CPC), fixando a tese orientadora da solução de casos idênticos e impedindo a admissibilidade de recursos contra esse entendimento, que os órgãos regulamentadores e fiscalizadores podem aplicar multas baseadas em dispositivos legais e em seus atos normativos. Isto quando a imposição de multas decorrentes de atos normativos expedidos por órgãos administrativos está expressamente prevista em lei e nas hipóteses em que resoluções, portarias e demais normas estabeleçam critérios e procedimentos para aplicação das penalidades, o que afasta a ofensa ao princípio constitucional da reserva legal¹⁷.

Tal é o que acontece com as NRs, cuja previsão legal decorre de diploma legislativo, a CLT, que goza do mesmo status de lei ordinária. Com efeito, estatui o art. 200 da CLT que cabe ao

¹⁶ MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 204.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 110.2578. Relatora: Min. Eliana Calmon. Primeira Seção. Brasília, 7 ago. 2014. Publicado no DJe em 19 ago. 2009.

Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer disposições complementares às normas de que trata o Capítulo V.

Não cabe prosperar, portanto, a alegação de falta de obrigatoriedade de observância das NRs com fundamento ausência de lei em sentido estrito.

9. Processo de elaboração das NRs.

Dentro da competência para a edição das NRs que lhe fora atribuída pela CLT, o Ministério do Trabalho e Emprego disciplinou o procedimento de sua elaboração. Na esteira de um padrão de transparência e de participação democrática, adotou como princípio básico o sistema tripartite paritário, composto por governo, trabalhadores e empregadores.

A Portaria Nº 1.127, de 02 de outubro de 2003 (DOU de 03.10.2003, - Seção 1 – pág. 100), definiu que a metodologia de regulamentação na área de segurança e saúde no trabalho, em questões relacionadas às condições gerais de trabalho, é de competência da Secretaria de Inspeção do Trabalho e será estabelecida observando-se as seguintes etapas (art. 1º):

- I. definição de temas a serem discutidos;
- II. elaboração de texto técnico básico;
- III. publicação de texto técnico básico no Diário Oficial da União - DOU;
- IV. instalação do Grupo de Trabalho Tripartite - GTT;
- V. aprovação e publicação da norma no Diário Oficial da União - DOU.

Com o objetivo de contar com a contribuição popular para a discussão e redação das NRs, o Ministério do Trabalho e Emprego noticiou em 04.06.2013 que colocara em consulta pública as normas

referentes ao trabalho em plataformas de petróleo e na construção civil¹⁸.

10. Órgãos fiscalizadores.

Nos termos do art. 21, inc. XXIV, da CR/88, compete à União Federal organizar, manter e executar o serviço de Inspeção do Trabalho.

A Lei nº 10.683, de 28.05.2004, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, em seu art. 25, inc. XXI, aliena “f”, preceitua que o Ministério do Trabalho e Emprego, órgão da administração federal direta, tem como área de competência os assuntos relacionados às relações de trabalho, inclusive no tocante à segurança e saúde no trabalho.

Conforme o art. 16, do Decreto n. 5.063, de 03.05.2004, que aprova o regimento do Ministério do Trabalho e Emprego, o Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, com sede no Distrito Federal e inserido na estrutura Secretaria de Inspeção do Trabalho, possui a seguinte competência

- I - subsidiar a formulação e proposição das diretrizes e normas de atuação da área de segurança e saúde no trabalho;
- II - planejar, supervisionar, orientar, coordenar e controlar a execução das atividades relacionadas com a inspeção dos ambientes e condições de trabalho;
- III - planejar, coordenar e orientar a execução do Programa de Alimentação do Trabalhador e da Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho;

¹⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *NRs entram em consulta pública*. Disponível em: <<http://intranetmte/2011/ascom/noticia.htm?idNoticia=8A7C816A3E7A205F013F0F98890F0CEE>>. Acesso em: 23 out. 2013.

IV - planejar, supervisionar, orientar, coordenar e controlar as ações e atividades de inspeção do trabalho na área de segurança e saúde;

V - subsidiar a formulação e proposição das diretrizes para o aperfeiçoamento técnico-profissional e gerência do pessoal da inspeção do trabalho, na área de segurança e saúde;

VI - coordenar as atividades voltadas para o desenvolvimento de programas e ações integradas de cooperação técnico-científica com organismos internacionais, na área de sua competência; e

VII - supervisionar, no âmbito de sua competência, a remessa da legislação e atos administrativos de interesse da fiscalização do trabalho às Delegacias Regionais do Trabalho.

Os artigos 155 e 156 da CLT dispõem que a fiscalização da aplicação das medidas legais é da competência das Delegacias Regionais do Trabalho, atualmente Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego –SRTE, onde estão lotados os Auditores-Fiscais do Trabalho. A legislação encaminhou-se na direção de um modelo generalista da carreira da auditoria-fiscal do trabalho, não mais existindo médicos e engenheiros do trabalho na carreira da fiscalização.¹⁹ O art. 11, da Lei 10.053/2002, dispõe que os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho.

Por exercerem poder de polícia administrativo, dúvidas não há de que os Auditores-Fiscais do Trabalho têm a prerrogativa de ingressar, livremente, sem prévio aviso e em qualquer dia e horário, em todos os locais de trabalho, na forma do art. 13, do Decreto nº 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho) e do art. 12, da

¹⁹ É por esta razão que a Nota Técnica nº 86/2011/DSST/SIT, aprovada pelo Secretário de Inspeção do Trabalho conclui que os auditores-fiscais do trabalho não têm competência legal para elaboração, atualização ou avaliação de laudos de insalubridade e periculosidade. Disponível em: <<http://semedrj.blogspot.com.br/2011/03/nota-tecnica-862011-dsstsit-sobre.html>>. Acesso em: 23 out. 2013.

Convenção 81 da OIT. Entretanto, freqüentemente surge a questão se a ação fiscalizadora pode ser acompanhada por representante dos trabalhadores.

Em se tratando de ação fiscalizadora que verse sobre condições de segurança e saúde do trabalhador, prevê a NR 1, item 1.7, alínea “d”, que cabe aos empregadores permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre a matéria. Para reforçar a aplicação do dispositivo, foi editado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho o Precedente Administrativo 38, com o seguinte teor:

INSPEÇÃO DO TRABALHO.
ACOMPANHAMENTO DA AÇÃO FISCAL POR REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES. Os empregadores estão obrigados a franquear seus estabelecimentos à visita de representantes dos trabalhadores que acompanhem ação de inspeção trabalhista das condições de segurança e saúde do trabalhador. REFERÊNCIA NORMATIVA: Art. 200 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978, Norma Regulamentadora - NR 1, item 1.7 alínea "d".

Diante da constatação de infração sobre medicina e segurança do trabalho, o auto de infração respectivo, lavrado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, não pode consignar a capitulação legal com base apenas no art. 200 da CLT. A razão está em que o referido artigo contém comando legal dirigido ao Ministério do Trabalho e Emprego, e não diretamente aos empregadores. Para orientar a fiscalização, a Secretaria de Inspeção do Trabalho editou o Precedente Administrativo nº 62, assim vazado:

SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO.
AUTUAÇÃO. CAPITULAÇÃO LEGAL.
Descabe autuação capitulada no art. 200 da CLT, uma vez que tal dispositivo não encerra qualquer comando dirigido ao empregador, mas apenas consigna autorização legal para expedição de normas pelo

O erro do Auditor-Fiscal do Trabalho, consistente na lavratura do auto de infração com menção de infringência tão-somente ao art. 200 da CLT, não chega a invalidar a atuação, mas gera o procedimento de recapitulação, previsto no art. 10, § 1º, da Portaria nº 148, de 25.01.1996.

11. Deveres dos empregadores e dos trabalhadores (CLT).

A preocupação do legislador quanto à saúde e à segurança do trabalhador não recai apenas sobre o Poder Público, importando iniciativas e ações cuja obrigatoriedade também se distribui entre trabalhadores e empregadores.

Dispõe, com efeito, o art. 158 da CLT que cabe aos trabalhadores:

- I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
- II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Ajunta o parágrafo único que constitui infração disciplinar a recusa injustificada do trabalhador à observância das instruções expedidas pelo empregador e ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Dada a gravidade das possíveis conseqüências decorrentes do uso irregular dos EPIs, o empregador pode usar com rigor as penalidades disciplinares, inclusive a justa causa pela recusa na utilização do equipamento. A hipótese configura específico fato ensejador de justa causa, representando um acréscimo ao rol de atos faltosos do trabalhador, descritos no art. 482 da CLT. No instante em que o trabalhador percebe que a não utilização de EPI pode ter gerar

seu desligamento da empresa, ele, ainda que não queira, será persuadido a utilizar o equipamento, para o próprio benefício e de toda a sociedade.

A seu turno, reza do art. 157 da CLT que cabe aos empregadores:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Portanto, é dever dos empregadores efetuar a entrega e fiscalização do uso dos equipamentos de proteção individual, realizando rigoroso controle dos trabalhadores e os conscientizando do uso apropriado.

Além das determinações contidas no art. 157, os empregadores contam com outros deveres, como a obrigatoriedade de constituir CIPA (art. 163) e de informar a incidência de doenças profissionais e as produzidas em decorrência de condições especiais de trabalho (art. 169).

Na linha do dever de informar que recai sobre os empregadores, em 17 de julho deste ano foi editado pelo Subsecretário de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil o Ato Declaratório Executivo SUFIS nº 5. Referido ato institui o leiaute dos arquivos que compõem o Sistema de Escrituração Fiscal Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), que será aplicável aos empregadores para os eventos ocorridos a partir da competência de janeiro de 2014. O eSocial exigirá que os empregadores lancem informações sobre riscos ergonômicos e mecânicos/ acidentes aos quais o trabalhador está exposto, forneçam indicações sobre atestados médicos de saúde ocupacional e promovam

a emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) por via eletrônica.

Apesar do completo e adequado sistema legal, a falta de cumprimento das disposições de proteção ao trabalhador ainda continua a prevalecer no cotidiano das relações laborais. Süsskind aponta as verdadeiras causas de quadro, constantemente lembradas em congressos, seminários e estudos realizados por diferentes instituições:

- a) falta de conscientização de empresários e trabalhadores para a importância da prevenção dos infortúnios do trabalho. Muitos empregados rejeitam o uso dos equipamentos individuais de proteção e preferem receber o adicional sobre o salário do que insistir, junto às CIPAs e sindicatos, para que a empresa elimine ou neutralize os riscos de acidentes e doenças profissionais. A seu turno, muitas empresas resistem a reformas do estabelecimento para eliminar ou reduzir riscos;
- b) formação profissional inadequada, quase sempre sem transmitir ao trabalhador noções fundamentais de prevenção de acidentes correlacionadas com o ofício ensinado;
- c) jornadas de trabalho com horas extraordinárias – circunstância agravada nas grandes cidades por longos períodos de transporte incômodo e fatigante;
- d) alimentação imprópria e insuficiente;
- e) prestação de serviço insalubre em jornadas de trabalho destinadas às atividades normais, quando recomendável é o encurtamento do período de trabalho, e não ao adicional de salário, a fim de limitar a agressão dos agentes físicos e químicos em níveis de tolerância;
- f) grande quantidade de trabalhadores sem o devido registro como empregados, alta-rotatividade da mão-de-obra e abuso na `terceirização´ de serviços – fatores que, em regra, desmotivam os programas empresariais visando à prevenção dos acidentes do trabalho.²⁰

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 235-236.

A realidade é dinâmica e influenciada por uma série de fatores culturais, sociais, econômicos, deixando evidenciado que não basta a instituição de um aparato legal e administrativo para garantir os comportamentos almejados.

12. Monetização ou patrimonialização do risco.

Se o trabalho é desenvolvido em condições perigosas ou insalubres, o que se deveria esperar era a eliminação dos riscos, no lugar de simplesmente remunerá-los. Não obstante essa diretriz ideal, a legislação brasileira vacila no sentido de admitir a troca de um ambiente de trabalho inadequado por um pagamento compensatório. O mais grave é que, com o pagamento de adicionais, o empregador acaba se sentindo desonerado de proporcionar condições de trabalho menos prejudiciais e os trabalhadores muito mais desejosos de recebê-los do que eliminar os riscos²¹.

Trata-se do problema designado por monetização ou patrimonialização do risco, referido por Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani:

A Convenção n. 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo n. 86/1989), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu art. 1º, I e II, as funções essencialmente preventivas dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os “requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho; e a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental”. Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela

²¹ Vide o art. 7º, inc. XXIII, da CR/88 e os arts. 192 e 193 da CLT.

prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade, a execrada **monetização do risco**, não pode mais subsistir.²² (grifos do autor).

Entre algumas causas da degradação das condições de trabalho, já apontava Arnaldo Süssekind a reduzida consciência dos atores sociais para o relevante papel da prevenção dos infortúnios do trabalho. Ressalta que muitos trabalhadores desprezam a utilização dos EPIs e “preferem receber o adicional sobre o salário do que insistir, junto às CIPAs e sindicatos, para que a empresa elimine ou neutralize os riscos de acidentes e doenças profissionais”²³.

Os esforços não devem se resumir a remunerar ou treinar os trabalhadores para se prevenirem dos riscos, necessitando ir mais além para abranger a eliminação dos fatores nocivos a que permanecem expostos.

A fixação de um valor pecuniário para compensar o trabalho em condições adversas passa, com isto, a ser encarado como uma relação de mercado, onde os trabalhadores aceitam trocar potenciais danos à saúde por uma remuneração. A submissão do prejuízo à saúde à lógica própria do mercado degrada e compromete o bem jurídico protegido.

Michael Sandel adverte que a lógica de mercado governa crescentemente a vida como um todo e que raciocinar mercadologicamente sobre um bem jurídico que deveria permanecer alheio a ele significa tratá-lo como mercadoria, terminando por degradá-lo, corrompê-lo, ao “(...) atribuir-lhe uma valoração inferir à

²² GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista MPT*, Brasília, Ano XXI, nº 43, p. 56, mar. 2012.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Loc. cit.

adequada”²⁴. Para o mesmo autor, “(...) a mercantilização de um bem pode alterar seu significado”²⁵.

E precisamente não considerar o trabalho como mercadoria é a o preceito emanado do art. 427 do Tratado de Versalhes por ocasião da criação da OIT. A questão, como se percebe, é de moral e política pela análise sobre como a precificação de certas esferas da vida altera sua valoração moral.

13. Autonomia de vontade coletiva e segurança e medicina do trabalho.

A CR/88, no art. 7º, inc. XXVI, reconhece a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho, dentro da denominada autonomia de vontade coletiva. Mas é questionável até que ponto podem prevalecer os instrumentos coletivos na seara de condições de segurança e medicina do trabalho, marcada por disposições de caráter imperativo.

De um modo geral, o critério prestigiado tem sido o de considerar as normas relativas à higiene, saúde e segurança do trabalho como de ordem pública e de conteúdo indisponível, sobre as quais não se admite poder negocial, ainda que de cunho coletivo. Nessa trilha segue a Súmula 437 do TST, com a atual redação datada de 25.09.2012:

(...)

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

²⁴ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 38.

²⁵ Id, Ibid. p. 89.

Em se cuidando de intervalos intrajornadas, admite, no entanto, o § 5º do art. 71, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 12.619/2012, mediante convenção ou acordo coletivo, o fracionamento dos períodos de descanso entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, na prestação dos serviços de motoristas, cobradores e fiscais de campo.

O intervalo para repouso a alimentação pode ser reduzido por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, quando verificado que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares (art. 71, § 3º, da CLT). Para esse efeito, a Portaria MTE nº 1.095, de 19.05.2010, condiciona o deferimento da redução do intervalo à sua previsão em acordo coletivo ou convenção, desde que os estabelecimentos abrangidos pelo seu âmbito de incidência atendam integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos trabalhadores não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares (art. 1º).

Em que pese a valorização da negociação coletiva na redução do intervalo em questão, o Precedente Administrativo nº 63, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, assim orienta a conduta dos Auditores-Fiscais do Trabalho diante de verificação do atributo jornada de trabalho numa ação fiscalizadora:

JORNADA. REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. A existência de acordo coletivo com previsão de intervalo para repouso ou alimentação inferior ao limite mínimo legal não é suficiente para que seja considerada regular a jornada de trabalho. O acordo coletivo é apenas um dos requisitos para a imprescindível autorização, pelo Ministro do Trabalho e Emprego ou autoridade delegada, da redução do intervalo para menos de uma hora. REFERÊNCIA NORMATIVA: art. 71 da CLT e Portaria/MTb nº 3.116, de 5 de abril de 1989.

Desse modo, houve o prestígio da negociação coletiva, permitindo-se que ela possa interferir na norma de ordem pública sobre pausas intrajornadas, mas não deixou de considerar a obrigatoriedade de os empregadores atenderem integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e seus trabalhadores não estiverem submetidos à prorrogação de jornada.

14. Ação Regressiva do INSS.

Uma vez que, nos termos do art. 1º, inc. III, do Anexo I ao Decreto nº 569, de 16.06.92, compete ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) conceder os benefícios previdenciários, este vem promovendo ações judiciais para se ressarcir das quantias despendidas com o pagamento de benefícios decorrentes de acidentes de trabalho. O objetivo da autarquia previdenciária é reaver das empresas os valores gastos com doenças e acidentes decorrentes do trabalho causados por uma atitude negligente do empregador.

Notícia o jornal Valor Econômico que o INSS obteve êxito em 2.389 ações regressivas previdenciárias ajuizadas até dezembro de 2012.²⁶ O fundamento legal para a providência judicial postulada pelo INSS repousa no art. 120 da Lei nº 8.213/91, o qual dispõe que diante de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Em harmonia com o referido preceito legal, prevê o art. 934 do Cód. Civil o direito de regresso em favor daquele que houver pago o dano causado por outrem. A Portaria Conjunta PGF/INSS nº de 18 de janeiro de 2013 (DOU de 01/02/2013, disciplina a ação coordenada do Poder Público para a propositura das ações regressivas previdenciárias. No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego,

²⁶ ADRIANA AGUIAR. Empresas são condenadas a ressarcir a Previdência. *Valor Econômico*. São Paulo, 5 mar. 2013, p. E1.

estatuí o art. 7º da Instrução Normativa nº 88, de 30.11.2010, que cópia do relatório elaborado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho sobre acidente do trabalho será encaminhado à Procuradoria da União, justamente para os fins do mencionado art. 120 da Lei nº 8.213/91.

Diante desse quadro, exige-se dos empregadores que se preocupem cada vez mais com a saúde e a segurança de seus trabalhadores no ambiente laboral, permanecendo atentos às causas dos afastamentos e aos benefícios concedidos, a fim de evitar, do ponto de vista econômico, o surgimento da responsabilidade ressarcitória ao INSS.

15. Fundacentro.

A Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Medicina e Segurança do Trabalho – Fundacentro, é o braço do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE com atribuições no campo da pesquisa e assessoramento técnico, tendo por finalidade principal a realização de pesquisas pertinentes aos problemas de segurança, higiene e medicina do trabalho.

Em 1966, a Lei nº 5.161 criou a Fundacentro para investigação, pesquisa e assistência às empresas, com a finalidade de aperfeiçoar a prevenção dos acidentes do trabalho, aos quais se equiparam as doenças profissionais.

A missão da Fundacentro é a produção e difusão de conhecimentos que contribuam para a promoção da segurança e saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras, visando ao desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente.

Exemplo recente da atuação da Fundacentro pode visto na notícia publicada no sítio eletrônico do TST no dia 21.05.2013. Representantes da Justiça do Trabalho e da Fundacentro se reuniram em 16.05.2013 para discutir a atualização de materiais educativos para a área de transportes – área escolhida como prioritária em 2013 pelo

Programa Trabalho Seguro, do Tribunal Superior do Trabalho e entidades parceiras. Representou a Justiça do Trabalho no encontro do desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-MG) e gestor nacional do programa.

A ação conjunta das duas instituições tem sido viabilizada por um acordo de cooperação, concebendo-se a Fundacentro como parceira do TST no Programa Trabalho Seguro. O objetivo é estreitar laços e traçar programas de atuação conjunta para implementar a prevenção de acidentes do trabalho no Brasil.

O encontro tratou de outros temas, como a necessidade de disciplinar os benefícios recebidos pela Fundacentro por meio de Termos de Ajustes de Conduta (TAC), para que as regionais não peçam materiais sem um estudo técnico. O objetivo é que se centralizem os pedidos a partir de um levantamento prévio nacional sobre as reais necessidades da instituição em todo o País. Assim, a Fundacentro subsidiará o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que difundirá os apontamentos pelos estados²⁷.

Conclusão.

O Brasil segue numa posição incômoda em relação às estatísticas sobre acidentes de trabalho, ocupado o 4º lugar no ranking mundial. Diversas efemérides despertam a atenção da sociedade para as questões afetas à medicina e segurança do trabalho e continuamente o país avança na promulgação de atos normativos que visam ao aperfeiçoamento da matéria.

Fontes materiais, oriundas das precárias condições de trabalho provocadas pela Revolução Industrial, pressionaram a edição de leis

²⁷ TST. *TST e Fundacentro estreitam parceria na área de segurança em transportes*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=4805063&_15_version=1.2>. Acesso em: 24.09.2013.

protetoras dos da saúde e da segurança dos trabalhadores. A Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, já manifestava preocupação com a saúde do trabalhador. O Tratado de Versalhes criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e incluiu na sua competência a proteção contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais.

Medicina e segurança do trabalho são conceitos indissolivelmente conexos, referindo-se a primeira ao campo da medicina aplicável à prevenção e tratamento de doenças ocupacionais, enquanto a outra se relaciona à área de engenharia, voltada à prevenção da ação traumática das condições de trabalho.

A regulamentação das condições de segurança e saúde do trabalho está inserida no largo espectro do meio-ambiente, dirigindo-se especificamente ao meio-ambiente laboral, contando com amplo respaldo constitucional.

Além dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, o país ratificou e promulgou diversas Convenções da OIT sobre a matéria. Entre os Textos Fundacionais do Mercosul figura a Declaração Sociolaboral do Mercosul, firmada pelos presidentes dos Estados-partes em 1998, cujo art. 17 prevê que todo trabalhador tem direito a exercer suas atividades em um ambiente de trabalho são e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

As Constituições brasileiras, desde a promulgada em 1934, consagram relevantes dispositivos que tutelam as condições de medicina e segurança do trabalho. A Carta de 1988 veio acompanhada de uma nova forma de interpretação das normas constitucionais, que parte de uma maior valorização dos princípios, principalmente aqueles que privilegiam a dignidade humana, âmbito no qual se situa a medicina e segurança e do trabalho.

A CLT, promulgada em 1943, contém norma de proteção do meio ambiente de trabalho, em seu Título II, Capítulo V, artigos 154 a 201, atualmente denominado “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”. O art. 200 prevê a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para a expedição de disposições complementares, as

Normas Regulamentadoras (NRs). A Portaria nº 3.214/78 e suas alterações estabelecem 36 NRs. A constitucionalidade das NRs é assegurada por sua previsão na CLT, que goza do *status* de lei ordinária, e pelo poder regulamentar da administração pública na concreção de situações enunciadas genericamente em lei e que demandem apreciação técnica. As NRs são igualmente aplicáveis aos servidores públicos em sentido estrito. Isso porque o país ratificou a Convenção nº 155 da OIT, que estendeu a proteção das condições de segurança e saúde aos funcionários públicos e considerado que o meio ambiente laboral é indecomponível, por vezes neles se encontrando na execução de serviços tanto o agente público quanto pessoal terceirizado. O Procedimento de elaboração das NRs adota um modelo democrático, realizado por uma comissão tripartite formada por representantes do Ministério do Trabalho e Emprego, do setor privado e dos trabalhadores.

A fiscalização das condições de trabalho tem sede constitucional e cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, por meio dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Suas atribuições consistem em assegurar, em todo o território nacional o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho.

A responsabilidade pelas medidas proteção à saúde e à segurança não é apenas do Poder Público, prevendo a CLT deveres a serem cumpridos tanto por empregadores quanto pelos trabalhadores. O descumprimento de tais deveres pelo empregador pode acarretar a rescisão indireta do contrato de trabalho, assim como ensejar demissão por justa causa, se a infração for do trabalhador.

Problema a ser superado é a monetização ou patrimonialização do risco, uma vez que a CLT adota a lógica econômica de permitir a troca de condições de trabalho perigosas ou insalubres por uma remuneração, contribuindo para diminuir a consciência demandante de um ambiente de trabalho seguro e salubre.

As normas sobre higiene, saúde e segurança do trabalho são de ordem pública e de conteúdo indisponível, não se admitindo sobre elas

a autonomia de vontade coletiva para a celebração de instrumentos normativos, salvo quando autorizado pela lei ou pela autoridade administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego.

Nos casos em que o INSS suporta o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho, a legislação autoriza o ajuizamento de ações regressivas em face dos empregadores, quando houver negligência patronal diante das normas de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.

A Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Medicina e Segurança do Trabalho – Fundacentro, criada em 1966 pela Lei nº 5.161, é o braço do Ministério do Trabalho e Emprego com atribuições no campo da pesquisa e assessoramento técnico. Sua finalidade principal é a realização de pesquisas pertinentes aos problemas de segurança, higiene e medicina do trabalho.

O PROTESTO DE LETRAS DE CÂMBIO SEM ACEITE¹

THE PROTEST OF THE BILL OF EXCHANGE WITHOUT ACCEPT

Domingo Pietrangelo Ritondo

Resumo: O presente artigo concentra-se no estudo do protesto extrajudicial da letra de câmbio sem aceite, realçando suas características básicas e a forma de execução do ato.

Palavras-chave: Letra de câmbio. Aceite. Protesto.

Abstract: This article studies the protest extrajudicial of the bill of exchange without accept, for highlight its basic features and the performance of the act.

Keywords: Bill of Exchange. Accept. Protest.

Sumário: Introdução. 1. Protesto de letras de câmbio sem aceite. Conclusão.

Introdução.

Antes de entrar propriamente no tema do presente artigo, é importante chamar a atenção para alguns pontos fixados na legislação referente à letra de câmbio, que embasamo entendimento de que é possível protestara letra, mesmo que ela não tenha sido aceita pelo sacado.

A alínea 1^a do artigo 44 da LUG dispõe sobre a necessidade de a recusa de aceite ou a falta de pagamento da letra de câmbio ser

¹ Artigo recebido em 02.10.2014 e aceito em 11.03.2015.

comprovada pelo ato formal do protesto.

Desse modo, extrajudicialmente, o protesto é o único meio de comprovar tais fatos, com a produção de efeitos cambiários e com vantagens em termos de rapidez e segurança.

Assim, de acordo com o artigo 28 do decreto nº 2.044/1908, a letra que houver de ser protestada por falta de aceite ou de pagamento deve ser apresentada ao Tabelião competente no primeiro dia útil seguinte à recusa do aceite ou do vencimento do título.

1. Protesto de letras de câmbio sem aceite.

No tocante ao protesto das letras de câmbio sem aceite, há vigorosos ataques no Judiciário contra a possibilidade de sua feitura, provocados por entendimentos divergentes na doutrina.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido pelo cabimento do protesto desses títulos, tanto por falta ou recusa de aceite quanto por falta de pagamento, de acordo com as ementas transcritas a seguir:

LETRA DE CÂMBIO. RELAÇÃO CAMBIAL. PROTESTO.

1. Não é ilegal o saque de letra de câmbio representativa de crédito decorrente de contrato firmado entre sacador e sacado.

2. Se há o crédito entre sacador e sacado, não é possível concluir que entre eles não há relação jurídica³. O portador da letra de câmbio não aceita tem direito de encaminhá-la a protesto por falta desse ato.

LETRA DE CÂMBIO. PROTESTO POR FALTA DE ACEITE. PRECEDENTES DA CORTE.

1. As Turmas que compõem a Segunda Seção não discrepam quanto à possibilidade de ser realizado o protesto da letra de câmbio por falta de aceite.

2. Recurso especial conhecido e provido².

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 658991/RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Brasília, 24 ago. 2006. Publicado no DJ em 04 dez. 2006, p. 298.

DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. LETRA DE CÂMBIO SACADA À VISTA. PROTESTO. FALTA DE PAGAMENTO. ACEITE. PRESCINDÍVEL.

- É viável o protesto por falta de pagamento de letra de câmbio sacada à vista, mesmo sem o aceite do sacado. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido³.

CONTRATOS BANCÁRIOS. TR. PROTESTO DA LETRA DE CÂMBIO POR FALTA DE ACEITE. MULTA. PREQUESTIONAMENTO. PRECEDENTES.

1. Já decidiu a Corte em diversos precedentes que a TR, quando pactuada, pode ser utilizada como índice de correção monetária.

2. Não pode ser vedado o protesto por falta de aceite da letra de câmbio emitida pelo credor, relevando, no caso, que não se cogita da validade da cláusula-mandato, mas, apenas, das consequências da falta de aceite, que não pode ocorrer por mandato. Como ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. o “protesto é ato cambiário público que comprova a apresentação da cambial para aceite ou pagamento, uma vez que o governo brasileiro não aderiu à reserva do art. 8º do Anexo II da LUG, que lhe permitiria substituir o protesto 'por uma declaração datada, escrita na própria letra e assinada pelo sacado' (...) A prática do ato pelo Tabelião de Protesto de Títulos imprime autenticidade ao meio de prova de que o sacado recusou o aceite ou o pagamento, e essa atribuição é privativa da mencionada autoridade (LP, art. 3º)” (Títulos de Crédito, RENOVAR, 2000, pág. 375).

3. Sem prequestionamento do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, não pode ser examinada a questão relativa ao registro dos nomes dos devedores nos cadastros negativos.

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte⁴.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 646519/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 03 mai. 2005. Publicado no DJ em 30 mai. 2005, p. 373.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 547319/RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Brasília, 03 ago. 2004. Publicado no DJ em 18 out. 2004, p. 270.

Por sua vez, no Supremo Tribunal Federal, encontram-se decisões com o mesmo entendimento acima exposto, a exemplo desta abaixo transcrita:

Letra de câmbio não aceita. Protesto consequente. Embora o sacador seja o próprio tomador, o qual assim procedeu, em conformidade com prévio contrato, nada impede que, ante a negativa do aceite, proceda a seu protesto. Aplicação do art. 13 do decreto n. 2.044/1908, em conjugação com os artigos 3, 1a. Parte, e 28 da lei uniforme, aprovada pelo decreto n. 57.663/66. Ii-recurso extraordinário conhecido e provido⁵.

Com efeito, é o saque e não o aceite que determina o surgimento do título de crédito denominado letra de câmbio. Tanto é assim que a LUG, em seu artigo 1º, enumera os requisitos da letra e, em seu artigo 2º, dispõe serem essenciais os requisitos do artigo anterior para que o escrito produza efeito de letra de câmbio, salvo as exceções que, em seguida, estipula, sem fazer qualquer referência ao aceite do sacado.

Nesse sentido é a doutrina de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, que faz a seguinte assertiva:

Em se tratando de letra de câmbio, a declaração unilateral de vontade do sacador, como todas as outras declarações unilaterais de vontade, de que provêm as obrigações cambiárias, é promessa. Não obsta a isso a assinatura, a ordem (expressão que só deve ser empregada em sentido de ordem abstrata, como teremos ensejo de mostrar), a outrem, para que pague (Ernst Jacobi, Grundriss des Wechsel und Scheckrechts, 24s.; A. Langen, Die Wechselverbindlinckheit nach dem gesetz 21. Juni 1933, 26). Certo, não têm razão aqueles para quem, ao declarar a sua vontade, criando o título cambiário, o sacador não se obriga; porque, em verdade, obrigado está, na relação entre ele e a lei como vontade

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 85692/SP. Relator: Min. Thompson Flores. Primeira Turma. Brasília, 04 mai. 1979. Publicado no DJ em 01 jun. 1979.

estatal. Aliás, a abstração peculiar à ordem do saque cambiário mais constitui indicação, e de modo nenhuma alusão à relação jurídica preexistente. O sacador promete ao público o fato de terceiro. Qualquer comparação ou assimilação a institutos do direito comum, inclusive o saque não-cambiário, deformaria o instituto. Prometendo o fato de terceiro, promete ele a soma cambiária, substitutiva da prestação correspondente por parte do terceiro, assegurando, jurídica e economicamente, o fato do indicado, razão por que o direito cambiário cogita de vencimento antecipado, quer por falta ou recusa do aceite, quer por falência do sacado⁶.

Não discrepa desse entendimento João Eunápio Borges, ao afirmar:

Pelo contrário, sendo em regra facultativa a apresentação da letra ao sacado, para o aceite, o normal é que a letra – circulando sem o aceite – seja apresentada ao sacado – no seu vencimento – não para ser aceita, mas para ser paga. Assim, a letra pode existir, circular e preencher plenamente a sua finalidade, sem o aceite. Ela é uma ordem de pagamento, para cuja existência e validade não é necessária a declaração do sacado lançada na letra – o aceite – de que, no vencimento a cumprirá. A essência de letra de câmbio é, pois o saque, mediante o qual ela é criada pelo sacador⁷.

Nessa linha de raciocínio, não se pode esquecer que o protesto por falta ou recusa de aceite é o ato oficial comprobatório de que a letra, já existente desde o saque assinado pelo sacador, não foi aceita pelo sacado. Esse, não aceitando o título, não se vincula cambiariamente a ele, mas isso não implica vedação ao ato solene do protesto.

Por outro lado, além de sua função probatória e dos diversos efeitos produzidos, tais como interrupção da prescrição e fixação do

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Cambiário*. Campinas: Bookseller, 2001. v. I, p. 78.

⁷ BORGES, João Eunápio. *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 207.

termo inicial de fluência de juros, taxas e atualizações, quando não houver prazo assinado, o protesto tem a propriedade de preservar o direito de regresso contra o sacador, os endossantes e os avalistas, objetivo que não seria alcançado de outra forma.

Diante das funções e efeitos do protesto acima citados, expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, é forçoso admitir que negar ao portador de letra de câmbio sem aceite esse expediente seria discriminá-lo e violar os princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade, configurados no artigo 5º da Constituição Federal.

Obviamente, tal direito deve ser exercido de forma regular, pois, se o portador efetiva o saque da letra tendo consciência de sua ilegitimidade e a leva a protesto, não existe alternativa que lhe permita fugir à responsabilização civil, tendo em vista os conhecidos danos provocados por seus atos.

Entretanto, é importante salientar que essa responsabilidade recai apenas sobre os responsáveis pela apresentação da letra de câmbio, uma vez que não é atribuição do Tabelião analisar os elementos intrínsecos do título, tais como a conformidade da causa motora da emissão da letra com o ordenamento jurídico, mas somente constatar a regularidade formal do documento, conforme dispõe o artigo 9º da Lei de Protesto.

Reforça esse pensamento a lição de José Xavier Carvalho de Mendonça, que assim se pronuncia:

Quem entrega ao oficial público a letra de câmbio para ser protestada pela falta de pagamento fora dos casos legais, responde ao aceitante pelos prejuízos, que do descrédito a este possam advir. O protesto por falta do aceite não prejudica o crédito do sacado. A apresentação que lhe é feita não passa de convite para aceitar ou pagar; se recusa o aceite ou o pagamento, não deixa de cumprir obrigação cambial, pelo óbvio motivo de não tê-la assumido. O lesado com o protesto não seria ele, mas o sacador, cuja ordem não for honrada⁸.

⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. V, p. 396.

Complementando a afirmação acima, Fábio Konder Comparato apresenta os seguintes ensinamentos:

A sua competência (do Oficial de Protesto), no entanto, restringe-se ao exame da regularidade formal do documento que lhe é apresentado; a saber, a verificação da natureza cambiária do título, a legitimidade ativa do portador, o vencimento. Não lhe cabe, de forma alguma, investigar se o título foi obtido pelo portador legitimado, ou pelo apresentante, de modo abusivo, criminoso ou fraudulento; ou se o negócio de base, se deu origem à emissão do título, é inválido ou ineficaz. Para o oficial de protestos, verdadeiramente, o que não está no título não está no mundo⁹.

Note-se que o ato do Tabelião é vinculado e não discricionário e, se não houver qualquer impedimento formal identificado no título, é obrigatória a efetivação do protesto, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.492/1.997, sob pena de o Delegatário da função pública incidir nas infrações da Lei nº 8.935/1.994.

Não obstante esses argumentos, os Juizados Especiais têm julgado o protesto por falta de pagamento de letra de câmbio sem aceite como ato ilícito, fundamentados na inexistência do título, em razão da falta de aceite, entendimento esse que nega vigência aos artigos 1º, 2º e 44 da Lei Uniforme de Genebra, bem como ao artigo 20 da Lei de Protesto, com grave ofensa ao princípio da legalidade, positivado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal¹⁰.

Como já anteriormente demonstrado, sem aceite, o sacado está livre de obrigações cambiárias. No entanto, o título de crédito existe desde o momento em que o sacador o assinou regularmente, tornando

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A regulamentação Judiciário-administrativa do Protesto Cambial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, v. 30, nº 83, p. 82, jul./set., 1991.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Letra de Câmbio sem Aceite*. Disponível em: <<http://www.institutodeprotestorj.com.br/novo/arquivos/parecer>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

possível o protesto, uma vez que se protesta o título e não o sacado ou qualquer outra pessoa.

Em face desses julgados, como não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais¹¹, só resta aos prejudicados interpor recursos extraordinários contra tais decisões (Constituição Federal, artigo 102, inciso III, alínea a).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem decidido contra o cabimento de recurso extraordinário, no caso de a sentença ofender diretamente a Lei e apenas de forma reflexa atingir a Constituição Federal, o que provoca desigualdade entre os jurisdicionados que apresentam casos idênticos tratados de forma conflitante pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Juizados Especiais.

Aprofundando a divergência, o Acórdão proferido pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 0001477-05.2011.2.00.0000, julgado em 16 de agosto de 2011, proíbe o protesto de letras de câmbio sem aceite. Sua ementa é abaixo transcrita para o devido exame:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. REGRAMENTO PARA A PROIBIÇÃO DO ENVIO DOS NOMES DE DEVEDORES ÀS ENTIDADES DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE DE QUE OS CARTÓRIOS DE PROTESTO DE TÍTULOREGISTREM COMUNICAÇÃO DE DÍVIDA FUNDADA EM LETRA DE CÂMBIO NÃO ACEITA.
- A compra de “títulos podres”, seja pelos Bancos ou pelas empresas de factoring, é vedada e dá margem à condenação judicial, já que deveria a empresa compradora assegurar a existência de relação comercial lastreando o título, eminentemente causal.
- Assim, em que pese o sacado não seja considerado devedor a notícia do protesto é encaminhada aos Serviços de Proteção ao Crédito, que promovem sua inserção em bancos de dados para a consulta dos interessados na concessão de créditos ou realização de negócios. Só então o emitente de título prescrito é

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 203. Brasília, 23 mai. 2012. Publicada no DJ em 03 jun. 2012, p. 269.

informado de que possui protesto.

- se o protesto por falta de aceite deve ser feito antes do vencimento, art. 21, § 1º, da Lei nº 9.492/97, não se pode considerar como devedor o protestado e conseqüentemente não devem figurar nas relações nominais enviadas aos órgãos de proteção ao crédito, tão pouco restam sujeitos às restrições decorrentes da comunicação a tais órgãos.

- Para tanto a adoção de regramento por parte das Corregedorias Gerais de Justiça, a exemplo do que fora feito no Estado de São Paulo, repele a atuação aqui narrada resultando na impossibilidade da comunicação aos órgãos de proteção ao crédito e não mais coage o suposto devedor, não aceitante, a pagar o título na intenção de “limpar” seu nome.

- No entender do Presidente deste Conselho Nacional de Justiça, Ministro Cezar Peluso, manifestado na última sessão ordinária, a solução adequada seria a de, como fora feito pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proibir que os cartórios de protesto de títulos protestem letras de câmbio sem aceite, tão pouco enviem às entidades de proteção ao crédito os nomes das pessoas constantes como sacados não aceitantes nas letras de câmbio.

- Pedido julgado procedente para: a) que a Corregedoria Nacional de Justiça, nos termos do que foi deliberado pelo Plenário desse Conselho, edite uma Resolução ou uma ordem aos Tribunais para que eles proibam os cartórios de protesto de títulos de todo o país, protestar letras de câmbio sem aceite; b) comunicar a todos os serviços de proteção ao crédito que não registrem comunicação de dívida baseada em letra de câmbio sem aceite; c) determinar a todas as Corregedorias Gerais dos Tribunais de Justiça que repassem a orientação presente aos cartórios a elas vinculados; e d) que os protestos de letras de câmbio sem aceite, já efetuados, sejam cancelados pelos cartórios correspondentes.

O regramento da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo citado no Acórdão, refere-se ao item 6.3. da seção III do capítulo XV do Tomo II das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, *in verbis*:

6.3. Também não poderão ser apontadas ou protestadas, por falta de pagamento, salvo se tiverem circulado por

endosso, as letras de câmbio sem aceite, nas quais o sacador e o beneficiário-tomador sejam a mesma pessoa.

Como se pode perceber, a sugestão de se adotar a solução paulista para o protesto de letras de câmbio sem aceite é específica, não se tratando de uma proibição generalizada como poderia parecer, limitando-se aos casos que apresentem as características de não haverem circulado por endosso, desde que o protesto seja tirado por falta de pagamento e concentrem-se em uma só pessoa as figuras do sacador e do tomador.

Assim, adotado o exemplo de São Paulo, seriam amplamente permitidos os protestos das letras de câmbio sem aceite se falhassem uma das condicionantes acima expostas, ou seja, se o título houvesse circulado por endosso ou se o protesto ocorresse por recusa ou falta de aceite ou, ainda, quando o sacador e o tomador fossem pessoas diferentes.

Do voto do Relator, vale destacar os seguintes trechos de maior interesse para o presente estudo:

A posição inicial por mim sustentada era de que fosse julgado improcedente o pedido formulado por tratar-se de matéria legiferante, afeta à atuação e competência do Poder Legislativo, sendo inadequada a interferência deste Conselho na questão.

(...)

Ainda que não se mostre ilegal a conduta descrita, sua reiteração nos leva a análise ética dos resultados que a seguem. Ao protestarem tais títulos em locais distantes do domicílio dos devedores os adquirentes de tais títulos prejudicam sobremaneira o adimplemento dos mesmos.

(...)

Entendo assim, pertinente dar-se maior atenção a questão exposta, sem que para isso ocorra usurpação legislativa por parte desse Conselho Nacional de Justiça.

No mesmo voto, é transcrita decisão emitida pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça, onde prevalece o entendimento do Relator Conselheiro Leomar Amorim, que se manifestou, na ocasião,

pela possibilidade de se protestar título em Tabelionato diverso de sua circunscrição territorial:

Procedimento de Controle Administrativo. Serventia extrajudicial de protesto de títulos. Intimação do devedor residente e domiciliado fora da competência territorial do tabelionato. Possibilidade. Previsão contida no art. 15 da Lei nº 9.492/04. Pedido improcedente. 1) O art. 15 da Lei nº 9.492/97, que definiu competências e regulamentou os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos, dentre eles o de dívida, prevê expressamente que a intimação do devedor pode ser efetuada por edital, se ele for desconhecido, tiver localização incerta ou for residente ou domiciliado fora da circunscrição territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante. 2) Inexistência de ilegalidade na previsão contida no art. 728 da Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, que prevê a intimação do devedor por qualquer meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado por protocolo, aviso de recepção ou documento equivalente, por serem meios mais eficazes e idôneos de cientificação da devolução do comprovante de intimação do que o edital, cuja intimação é ficta. 3) Pedido que se julga improcedente¹².

Do pronunciamento feito pelo Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, o Relator extraiu e citou o seguinte trecho:

Isso é uma maneira de coagir, de intimidar os supostos devedores. A letra de câmbio é título e título de crédito executivo quando aceita, quando não aceita é uma mera declaração de alguém de que outro lhe deve. Isso não é nada, não é coisa alguma. E, portanto, acho que está dentro da competência do Conselho determinar que as Corregedorias proíbam que os cartórios de protesto do Brasil, protestem letra de câmbio sem aceite. [...] Estaria votando pelo acolhimento do pedido e pela edição de uma Resolução ou de uma ordem aos Tribunais para

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. PCA 200910000045492. Brasília, 20 abr. 2010. Publicado no DJ em 28 abr. 2010, p. 28.

que eles, na verdade, proibam os cartórios de protesto do Brasil, protestar letra de câmbio sem aceite. [...] A proibição de protesto e a proibição de comunicação de eventual protesto que já tenha ocorrido. [...] Comunicar a todos os serviços de proteção ao crédito que não podem fazer nenhum registro sobre comunicação de dívida baseada em letra de câmbio não aceita. [...] Acho que uma medida que poderia ser tomada é de que os protestos que foram feitos de letra de câmbio sem aceite sejam comunicados aos interessados pra que eles eventualmente tomem alguma providência. [...] Nós podemos estender dizendo que os cartórios cancelem os protestos de letras de câmbio já efetuados sem aceite. A Resolução pode prever essa hipótese também. Ex officio os próprios cartórios podem cancelar. [...] A eminente Corregedora com o auxílio de seus competentes magistrados fará uma proposta de Resolução.

Como se pode perceber, o Ministro Presidentepartiu da premissa equivocada de que a letra de câmbio não aceita é uma mera declaração unilateral sem valor algum. Na verdade, como já foi demonstrado acima, é o saque e não o aceite que determina o surgimento da letra de câmbio.

De todo modo, até o momento, não foi editada a Resolução (ou a ordem) referida no dispositivo do Acórdãoacima transcrito, mas é de esperar que as proibições sejam limitadas a casos especialíssimos e as normas produzidas de forma a desestimular atitudes criminosas, sem impedir, contudo, que o protesto seja utilizado por legítimos credores e sem usurpar a função do Poder Legislativo.

Em 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 12.767 alterou o artigo 21 da Lei nº 9.492/1.997, para acrescentar-lhe o § 5º, *in verbis*: “§ 5º Não se poderá tirar protesto por falta de pagamento de letra de câmbio contra o sacado não aceitante”.

Em relação ao parágrafo acima transcrito, já existem manifestações no sentido de que a norma nele contida veda totalmente o protesto por falta de pagamento para letras de câmbio sem aceite.

Entretanto, essa não parece ser a melhor interpretação, pois nela haveria flagrante inconstitucionalidade, por violação aos já citados princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade,

positivados no artigo 5º da Constituição Federal, que faz parte do seu núcleo intangível.

É importante ressaltar que a norma obsta o protesto por falta de pagamento de letra de câmbio sem aceite somente contra o sacado. Portanto, se o objetivo do portador do título consistir, por exemplo, em instrumentalizar a ação de regresso contra devedores indiretos, não há razão para impedir o protesto.

Assim, para compatibilizar a referida norma com o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se entender que o protesto de letra de câmbio sem aceite poderá ser tirado, desde que seja omitido o nome do sacado.

Para reforçar esse entendimento, vale lembrar que o protesto se dirige ao título e não à pessoa determinada e que o sacado, ao recusar o aceite, não assume qualquer obrigação cambiária.

Solução semelhante já foi proferida por diversos Tribunais para o protesto de cheques devolvidos por motivo de fraude, furto, roubo ou extravio, desde que tenham circulado por endosso ou tenha havido aval, sendo o título protestado com a omissão dos nomes e dos dados identificadores dos respectivos titulares das contas bancárias.

Para exemplificar, segue abaixo o item 10.3 da seção III do capítulo XV do Tomo II das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais de São Paulo:

10.3. Existindo endosso ou aval, o protesto desses cheques não dependerá de quaisquer intimações e, dos assentamentos do serviço de protesto de títulos, não deverão constar os nomes e números do CPF dos titulares da respectiva conta corrente bancária, anotando-se, nos campos próprios, que o emitente é desconhecido, e elaborando-se índice em separado, pelo nome do apresentante.

Por outro lado, deve-se observar que o artigo 44 da LUG é taxativo ao determinar que a recusa de aceite ou de pagamento deve ser comprovada por um ato formal (protesto por falta de aceite ou de pagamento). Essa exigência legal, entre outras consequências, permite

que o portador do título preserve os seus direitos regressivos contra os endossantes, sacador e demais coobrigados.

Oscar Barreto Filho resume a imprescindibilidade do protesto, seja por falta de aceite ou por falta de pagamento, inclusive para as letras de câmbio sem aceite, nas seguintes palavras:

Em suma, o protesto cambial, nos casos em que a lei o preveja, como no de falta ou recusa de aceite da letra de câmbio, é, como ensina Carvalho de Mendonça, “insubstituível ou insuprível, por outros meios de prova. Não teria valor a prova de que o aceite e o pagamento foram pedidos verbalmente... O protesto [na legislação cambiária brasileira] continua a ser a única prova legal atendível para efeitos cambiais. Não pode ele ser renunciado nem proibido”¹³.

Deve-se observar, também, que o portador da letra de câmbio, cujo aceite tenha sido indevidamente recusado, poderia receber tratamento desigual, se fosse correto interpretar a inovação trazida pela Lei nº 12.767/2012 de forma abrangente, já que restaria a ele apenas a onerosa via judicial para a satisfação do seu crédito.

Conclusão.

Em face do ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios constitucionais fundamentais, o protesto da letra de câmbio sem aceite não pode ser obstado de forma absoluta, cabendo à lei balizar o seu procedimento.

Desse modo, na possibilidade de o § 5º do artigo 21 da Lei de Protesto comportar mais de um significado, prevalece a interpretação conforme a Constituição para afastar a que for incompatível com ela, adotando-se o entendimento restritivo da norma, que permite o protesto da letra de câmbio sem aceite, mas impede a inclusão do nome do sacado no respectivo registro.

¹³ BARRETO FILHO, Oscar. Aspectos atuais da Letra de Câmbio. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 13, nº. 15/16, p. 18, jul./dez., 1974.

O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÃO ASSEMBLEAR CONCESSIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

JUDICIAL CONTROL ON THE DECISION OF GENERAL MEETING OF CREDITORS THAT GRANT JUDICIAL RECOVERY

Caroline Da Rosa Pinheiro

Resumo: A extensão da autonomia da assembleia de credores no procedimento de recuperação judicial é, na atual conjuntura, um dos assuntos de maior destaque dentro da sistemática da Lei de Recuperação de Empresas. O presente artigo tem por finalidade analisar, como a mudança de entendimento – doutrinário e jurisprudencial - acerca do papel do judiciário no âmbito do processo falimentar, tem influenciado e comprometido, em alguma medida, a autonomia da vontade da assembleia geral de credores sobre a decisão concessiva de recuperação judicial.

Palavras-chaves: Recuperação Judicial. Controle de Legalidade. Assembleia de Credores. Insegurança jurídica.

Abstract: The extension of the autonomy of the meeting of creditors in the judicial recovery procedure is, at this juncture, one of the most prominent issues inside the Law on Corporate Recovery scheme. This article aims to analyze how the change of understanding - doctrinal and jurisprudential - about the role of the judiciary under the bankruptcy process has influenced and compromised, in some measure, the autonomy of will of the general meeting of creditors on the decision concessive of judicial recovery.

Keywords: Judicial Recovery. Control of Legality. Meeting of Creditors. Legal uncertainty.

¹ Artigo recebido em 01.03.2015 e aceito em 09.03.2015.

Sumário: Introdução; 1. O papel do Poder Judiciário e sua relação com a atividade empresária; 1.1. A recuperação judicial e a preservação da empresa; 1.2. A atuação do juiz; 2. A Assembleia Geral de Credores; 2.1. O custo da função social; 2.2. Limites do Controle de legalidade; 3. O panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle judicial sobre decisão assemblear concessiva de recuperação; 3.1. O Judiciário e a homologação do plano; 3.2. O Judiciário e a apreciação do plano; Considerações Finais.

Introdução.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) significou um divisor de águas no direito privado como um todo, não sendo diferente com o direito comercial. Os princípios instituídos pelo texto constitucional resultaram na mitigação de diversos outros princípios de conteúdo privatista que, a partir do parâmetro constitucional, passaram a ter sua eficácia condicionada.

Tendo como uma de suas principais características o garantismo, nosso diploma pátrio contém uma série de princípios considerados pela doutrina como “abertos” e/ou “abstratos”, conferindo, por assim dizer, maior liberdade ao intérprete do texto, que ao exercer esforço interpretativo sobre o conteúdo da Lei Maior, busca o que se seria ou deveria ser o “melhor direito”. Vale dizer, que no espírito constitucional, o “ideal de justiça” consiste na construção de uma decisão em consonância com os direitos e garantias fundamentais.

Não por outra razão, desde a promulgação de nossa constituição, podemos afirmar que a concepção de atuação do Poder Judiciário sofreu significativas modificações, seja quanto ao seu papel perante a sociedade, seja quanto ao alargamento de suas funções para além do direito material, assumindo um papel de importante, mas muitas vezes questionável, como órgão também responsável pelo estabelecimento de valores sociais, ampliando, por assim dizer, sua postura antes condicionada apenas às partes envolvidas em um litígio.

Inúmeros diplomas legislativos foram criados e/ou alterados a partir da CRFB, dentre eles a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05 (“LRE”), cujos dispositivos – como não poderia deixar de ser – também devem ser interpretados à luz dos ditames constitucionais.

Todavia, ocorre com o direito falimentar um fenômeno que hoje é bastante conhecido no direito privado, qual seja: a dificuldade de compatibilização dos princípios privatistas, concebidos a partir da ideia de indivíduo, de propriedade e – no caso do direito empresarial – de livre iniciativa, com os princípios publicistas que, em síntese, objetivam o desenvolvimento da sociedade como um todo.

A LRE, na perspectiva constitucional, instituiu como seu mais importante princípio, a preservação da empresa. A escolha do legislador considerou a necessidade de alinhamento deste ramo do direito com os princípios constitucionais e, diferentemente do diploma anterior, o Decreto-Lei 7.661/45, que tinha como foco a execução do processo falimentar e tratava de forma tímida os instrumentos que, à época serviriam para recuperar a empresa: a concordata nas modalidades (preventiva e suspensiva). A lei atual, por outro lado, demonstra maior preocupação com a satisfação dos interesses de todos os sujeitos envolvidos no processo, não apenas os credores, mas também o devedor e a própria sociedade, que é sobremaneira influenciada pelas atividades empresariais².

² “A LRE “restaurou, de forma aparentemente paradoxal, os poderes dos credores, cuja assembleia-geral, decide, soberanamente, por exemplo, sobre a viabilidade da própria recuperação judicial do devedor – o que, como se sabe, não ocorria na

É nesse ambiente de aperfeiçoamento do que se convencionou denominar “estado de insolvência” que se desenvolveu o instituto da recuperação judicial e suas especificidades, sendo certo que seu principal objetivo se direciona no sentido da preservação da empresa através de um processo que possa atender aos múltiplos interesses envolvidos.

Ocorre que no desenvolvimento da recuperação judicial, cujo rito é estabelecido pela LRE, há momentos em que ocorrem decisões de caráter contratual entre os credores e o devedor submetidos – ou não – por lei ao procedimento de recuperação. Tais decisões, muitas vezes, têm repercussão social o que e justifica, por assim dizer, uma intervenção judicial.

E é sobre os limites dessa intervenção no processo de recuperação judicial que versa o presente trabalho, cuja metodologia consiste na análise doutrinária e jurisprudencial hodierna sobre o controle judicial de decisão assemblear concessiva de recuperação judicial³.

1. O papel do Poder Judiciário e sua relação com a atividade empresária.

O constitucionalismo moderno e o que representa uma concepção de “justiça”, a incorporação dos direitos reforçam a tendência de desneutralização do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a um modelo de juiz com maior margem de

concordata, cuja concessão independia totalmente do assentimento dos credores”. “Fato que levou a Waldemar Ferreira a chamá-la de “concordata fascista” segundo nos relata Fábio Konder Comparato no seu notável e sempre atual Aspectos Jurídicos da Macroempresa (São Paulo, Ed RT, 1970, p. 99)”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Temas de Direito Societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 8.

³ O objetivo principal da do presente trabalho será a análise das questões pertinentes ao tema, sem o fito de exaurir os assuntos relativos a todo o procedimento de recuperação judicial, bem como suas discussões.

discricionariedade no momento da decisão. Este perfil reflete uma concepção de legalidade que relativiza a ideia tradicional de separação dos poderes, atingindo o legislativo e pondo fim a sua exclusividade na formulação das leis⁴.

O movimento nessa direção tem rendido ao Judiciário inúmeros elogios, mas também diversas críticas, uma vez que sua atuação nesse contexto é considerada, em alguma medida, uma ruptura à clássica divisão da esfera de competências entre os poderes.

Além disso, a harmonização dos diferentes objetivos determinados pelo legislador é tarefa árdua que não tem desvencilhado a doutrina e a jurisprudência no estágio de vigência da atual LRE, que parece – ao mesmo tempo – conceder espaço para o intérprete concentrar-se na ideia de função social da empresa em detrimento da busca pela eficiência e lucratividade (aspectos inerentes à atividade empresarial) e conceder espaço para realização de acordo entre os credores e devedor, cujo privilégio pode atingir negativamente o interesse dos trabalhadores⁵.

Entretanto, tal constatação não explica a opção do legislador sobre as deliberações assembleares do plano de recuperação e muito menos sugere o caminho a ser seguido pelo intérprete quando tais deliberações resultarem no afastamento da harmonia (muitas vezes de difícil concretude) proposta pela LRE.

1.1. A recuperação judicial e a preservação da empresa.

A atual recuperação judicial substituiu o instituto da concordata que era presente no antigo diploma falimentar Decreto-Lei

⁴ SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, nº 38. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v13n38/resenha1.pdf>>. Acesso em: 08/10/2014.

⁵ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 52. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 221.

7.661/45⁶ e possui como parâmetro a possibilidade de soergimento do empresário⁷ não falido, isto é, embora o estado de insolvência seja condição para requerimento da recuperação judicial, não é permitido, para esta finalidade, que a sociedade seja considerada falida.

A ideia é utilizar o instituto da recuperação a partir do critério da viabilidade econômica e tendo como foco a função social da empresa, princípio que, como destacamos anteriormente, limita os interesses puramente individuais e abre espaço (no ambiente negocial) para uma espécie de “humanização” das atividades empresariais. Sobre o ponto, Maria Celeste Morais Guimarães:

A análise da viabilidade econômica do plano de recuperação é um dos maiores desafios do novo sistema de insolvência empresarial. Os profissionais do Direito não têm, em regra, formação técnica para tal aferição, sendo necessária a análise conjunta com profissionais de formação financeira e econômica. A pouca experiência colhida com os planos de recuperação já apresentados ao Judiciário indica que, tanto quanto possível, devem ser identificados, por capítulos, os itens inerentes a cada área específica - aspectos econômicos, financeiros, sociais e jurídicos.⁸

⁶ A título de curiosidade, destacamos que o direito norte-americano dá ao credor, neste ponto examinado, tratamento equivalente ao das antigas leis brasileiras. O Bankruptcy Code estabelece, como um dos requisitos a serem observados para que um plano de reorganização seja homologado judicialmente, que cada credor receba não menos do que receberia se a liquidation (falência) do devedor tivesse sido decretada. Trata-se do chamado best interest of creditors test, em que o credor pode exigir não receber menos do montante a que faria jus caso não houvesse a reorganização, ou seja, caso tivesse sido decretada a falência do devedor. In: *Bankruptcy: cases, problems and materials*. 4 ed. New York: Foundation Press, 2007. p. 732-733.

⁷ No presente trabalho, utiliza-se o termo ‘empresário’ como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Deste modo, o termo empresário abrange duas classes: a dos empresários individuais e a dos empresários coletivos (sociedade empresária).

⁸ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. In: CORRÊA-LIMA. *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 102.

Tal orientação faz com que atividade empresarial não seja mais concebida e/ou mantida de modo desvinculado de uma função social, visão essa oriunda do texto constitucional e assumida pela legislação ordinária, optando pela manutenção da empresa, sempre que houver possibilidade, tendo por finalidade o desenvolvimento econômico, a redução das dívidas e ainda, a proteção dos postos de trabalho.

O legislador através da LRE objetiva, de forma desafiadora resolver a situação financeira da empresa em crise e, ao mesmo tempo, viabilizar o pagamento dos credores, permitindo a continuidade da atividade concomitantemente à quitação dos débitos, cujo insucesso leva à falência.

Sobre a recuperação judicial, merece destaque o entendimento de Sérgio Campinho:

Apresenta-se como somatório de providências de ordem econômico financeiras por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa, possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores. Nesta perspectiva, é um instituto de Direito Econômico⁹.

Podemos afirmar, desta forma, que tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial são institutos reservados aos devedores que apresentarem condições de superação da crise econômico-financeira existente, que preencham os requisitos para a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica (artigo 47 LRE).

Sobre a natureza do instituto em comento, não há como ignorar sua índole contratual, pois é possível perceber pela leitura dos dispositivos da LRE – como o artigo 35, I, que determina a aprovação,

⁹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime de insolvência empresarial*. 7 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

a rejeição ou a modificação do plano como competência da assembleia; o artigo 56 que estabelece que a assembleia deliberará em caso de rejeição de qualquer credor ao plano e, ainda, o artigo 59 que afirma que o plano de recuperação uma vez aprovado implica na novação dos créditos anteriores –, que é possível reconhecer a natureza contratual no processo de Recuperação Judicial, sobretudo nas situações que envolvem a atuação da assembleia de credores¹⁰.

Contudo, apesar da índole contratual, parametrizada pela autonomia privada, estar presente no processo de recuperação, sobretudo no momento da aprovação do plano, é certo que em determinadas situações, dada a influência que a atividade pode exercer para além das partes envolvidas, é pacífico o entendimento de que é razoável a submissão das decisões a uma avaliação judicial, momento em que é conferido ao Judiciário o poder de controle sobre as decisões tomadas pelas partes.

É importante destacar que, para a realização do acordo, não é exigido a manifestação favorável de todos os credores ao plano, a formação da assembleia ocorre com a presença do devedor e a maioria dos credores, criando uma situação “natural”, de submissão da minoria às matérias aprovadas pela assembleia.

1.2. A atuação do juiz.

Na LRE, o artigo 47 se encarrega da conexão da lei infraconstitucional com os valores preconizados pela CRFB, descrevendo de forma bastante ampla o objetivo do procedimento recuperacional, fundado na ideia de preservação da empresa, função social e estímulo à atividade econômica. Nesse sentido, merecem destaque as considerações de Ricardo Negrão que refletem bem a dificuldade de interpretação do citado dispositivo:

¹⁰ MANGE, Eduardo Foz. *Assembleia Geral de Credores na Recuperação Judicial*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

O artigo 47 da Lei 11.101/05, descreve com amplitude o objetivo do procedimento de recuperação judicial: “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, de modo que em juízo se torne exequível promover a continuidade da empresa, mediante a preservação integral ou parcial de seus aspectos objetivo e corporativo (a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores). Numa dimensão exterior à empresa encontram-se, ainda, a preservação de sua função social, o estímulo à atividade econômica e a manutenção do interesse dos credores. A complexa definição conduz o hermeneuta a refletir sobre a conciliação possível de tantos objetivos, a orientá-lo quanto à natureza do instrumento processual e do pedido por ele tutelado e em que medida deve compreender as expressões “função social”, “estímulo à atividade econômica” e à atividade jurisdicional nominada preservação de empresa, utilizadas pelo legislador.¹¹

Questão de difícil enfrentamento e que tem causado diferentes manifestações por parte da doutrina e jurisprudência versa sobre a espécie e o limite do controle que é exercido pelo magistrado sobre o plano aprovado pela assembleia de credores.

Se por um lado, há os que defendem a soberania das decisões assembleares, como uma das matizes da preservação da atividade empresária, cabendo ao juiz apenas a homologação do plano de recuperação aprovado pela assembleia. Por outro, vem ganhando força o entendimento de que a intervenção judicial não é apenas possível, mas desejável, devendo, portanto, realizada no intuito de buscar o máximo de licitude sobre as providências tomadas pela assembleia com vistas ao atendimento do disposto no artigo 47 d LRE.

Além deste desafio, é sempre bom lembrar que, independentemente da nobreza da causa que se busca alcançar, os princípios de direito devem ser aplicados considerando os parâmetros do ordenamento jurídico como um todo, não sendo razoável sua interpretação isolada e desconexa. Nesse sentido, consideramos

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. Saraiva, 2010. p. 124.

temerária a postura do Judiciário resultante na tomada de inúmeras decisões que desconsideram por completo os comandos legais (constitucionais ou infraconstitucionais) sob pretexto de realização de um “bem maior” a partir de um critério valorativo unilateral por parte do magistrado¹².

2. A Assembleia Geral de Credores.

Trata-se de um órgão que reúne os credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, com a finalidade de apresentar suas opiniões em momentos em que a lei exige, ou sobre o que for de interesse das partes envolvidas, sendo ela um órgão facultativo e não

¹² Estudos contemporâneos no ramo da Filosofia e do Direito Constitucional tratam da incorporação dos valores éticos na aplicação do direito. Nesse contexto ainda podemos falar da liberdade do magistrado que – sem possibilidade de desconectar-se por completo dos valores – deve aplicar o direito segundo suas convicções e respeitados os limites impostos pelo Ordenamento Jurídico. Entretanto, muitas vezes nos deparamos com decisões que podem ser consideradas, no mínimo, questionáveis, a partir do momento em que são proferidas ignorando os parâmetros legais mínimos sob o argumento da primazia as convicções magistras. Apenas para ficar num exemplo, segue parte do pronunciamento do ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, a respeito do papel da própria doutrina jurídica: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. (Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP 279.889-AL).

permanente, para decidir situação específica que possa ocorrer no curso do processo.

A assembleia será convocada pelo juiz que presidir o respectivo processo. Este pode agir em razão de pedido dos credores, ou até mesmo a pedido do devedor, sendo a convocação através de demanda dos credores (tendo em vista que são eles os maiores interessados) a mais comum no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que a instauração da assembleia deve respeitar o quórum de, ao menos, vinte e cinco por cento do valor total de créditos integrantes de uma mesma classe, podendo, repita-se, ser instaurada em diferentes fases do processo de recuperação. As deliberações serão realizadas pela maioria dos votos dos que estiverem presentes, sendo cada voto de cada credor proporcional ao seu crédito.

Ainda quanto ao ponto, ressalte-se que, três diferentes caminhos poderão ser seguidos nessa fase do processamento da recuperação: o primeiro é a reprovação do plano pela assembleia, que acarreta a convocação do procedimento de recuperação judicial em falência, na forma do artigo 73 da LFRE. É sempre bom lembrar que este seria o pior dos resultados, exatamente por isso há casos em que a jurisprudência tem relativizado essa convocação, através do seguinte expediente: rejeitado pelos credores o plano de recuperação apresentado, o juízo, ao invés de convocar de plano a recuperação em falência, como seria feito se a lei fosse seguida na sua literalidade, oportuniza ao devedor recuperando a apresentação de um novo plano de recuperação, tentando mais uma vez suprir a vontade dos credores – mitigando o artigo 73 da LFRE em favor da manutenção da empresa.

O outro rumo que pode ser seguido pela assembleia é a propositura por parte dos credores que dela participam, de modificações no plano, sugerindo alterações. Nesse caso, se as alterações não forem substanciais, nem prejudicarem credores ausentes, poderão ser realizadas na própria assembleia; caso contrário, se as alterações sugeridas forem significativas /ou prejudiciais a credores ausentes, o plano irá retornar ao devedor, que o submeterá,

após alterações, a nova assembleia de credores, retomando o procedimento.

O terceiro caminho assemblear, que é o mais buscado, é a aprovação do plano. Aprovado o plano, é preciso que venham aos autos as certidões negativas de débitos do devedor, na forma do artigo 57 da LRE¹³, e, após isso, o juiz homologará o plano de recuperação. Homologado o plano, o devedor entrará em situação de recuperação judicial propriamente dita, por prazo de até dois anos desde tal decisão homologatória¹⁴.

Há duas sentenças, portanto: a homologatória, que ocorre quando da aprovação do plano (a qual desafia agravo, porque se trata de uma interlocutória); e, após dois anos desde então (ou menos, se o plano for cumprido em período menor), período de recuperação judicial, há a sentença de extinção do processo de recuperação judicial, sentença terminativa, que desafia apelação.

2.1. O custo da função social.

No processo recuperacional parece apropriado afirmar que é necessário que o juiz reflita sobre o sacrifício que será exigido dos credores em nome da preservação da empresa. É certo que tal análise não deve caber aos próprios credores sob pena de que eles sobreponham seus próprios interesses às outras questões presentes no artigo 47 da LRE que foram dotadas do mesmo valor.

¹³ “Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

¹⁴ É claro que se o plano previr fim das obrigações em período menor – um ano, por exemplo – esse será o prazo da recuperação, e não os dois anos legalmente previstos. Mas se o plano previr pagamento de obrigações por prazo maior – como ocorre na praxe, havendo casos em que planos aprovados prevêm pagamentos por até oitenta anos –, o estado de recuperação permanecerá por meros dois anos, mesmo havendo obrigações a serem cumpridas após tal prazo.

Embora se possa afirmar, em princípio, que a recuperação busca harmonizar os interesses entre o devedor e seus credores – tudo sob o manto da preservação da empresa e considerando as regras de equidade – fato é que haverá, em alguns casos, situações que supostamente irão justificar o peso da balança para o lado dos credores, impondo-lhes maior sacrifício.

O artigo 47 da LRE¹⁵ possibilita uma análise da função social considerando dois diferentes prismas: o primeiro é o macroeconômico, ligado à criação/manutenção dos postos de trabalho, à preservação do meio ambiente e aos interesses da coletividade. E o segundo é o aspecto microeconômico, que diz respeito à importância da própria sociedade empresária em seu ambiente local e ramo de atuação.

Apesar da identificação acima exposta, a LRE não previu critérios de distinção entre empresas de maior ou menor interesse social¹⁶. Entretanto, para promover a tão desejada função social, o magistrado precisará passar pela análise sobre a extensão dos interesses envolvidos. Nesse sentido, questões como: influência na economia, manutenção dos postos de trabalho, preservação do meio ambiente e estímulo à ao desenvolvimento, deverão ser respondidas.

Além disso, é sempre bom lembrar que o funcionamento adequado de um mercado pressupõe mecanismos eficientes de tutela da liberdade de contratar. Dessa forma, a delegação da discricionariedade conferida pelo legislativo aos tribunais “*deve considerar as vantagens da especialização e os custos de transação*”

¹⁵ 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.

¹⁶ A exceção do que se afirma, vale citar o artigo 2º da LRE que determina os tipos que não são por ela atingidos.

*decorrentes da maior ou menor especialização na formulação das normas*¹⁷.

2.2. Limites do Controle de legalidade.

A doutrina atual não é uníssona quanto ao papel do juiz diante da decisão da assembleia geral de credores na recuperação judicial.

André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que “a LRE, em princípio condiciona a concessão de recuperação judicial ao consentimento dos credores, o que pode ocorrer se estes não apresentarem nenhuma objeção ao plano do devedor ou, se apresentada a objeção, o plano seja aprovado pela assembleia-geral, com ou sem alterações”¹⁸. O entendimento do autor segue no sentido de que as decisões da assembleia geral de credores, quando versarem sobre a matéria de competência privativa, são soberanas. Nesse sentido, só se deve admitir a intervenção do Poder Judiciário nas deliberações da assembleia geral em caso de controle de legalidade.

Segundo Erasmo Valladão¹⁹, o juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações assembleares, não um controle de mérito. As deliberações da assembleia, nessa toada, sequer precisam ser motivadas, sendo tomadas considerando os critérios de conveniência e oportunidade – desde que, por óbvio – tenham sido observadas as formalidades legais e não haja, portanto, votos viciados decisivos para formação da maioria, fora essas hipóteses, o conteúdo

¹⁷ ARRUNÁDA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2ª Reimpressão, 2005. p. 197.

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. 3 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 737.

¹⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Da Assembleia Geral de Credores. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

das deliberações escapa ao controle judicial. Merece o destaque uma posição mais detida do autor sobre o tema:

A assembleia-geral de credores é, outrossim, um órgão hierarquicamente superior, que, em princípio, constitui dois outros órgãos: o comitê de credores, na recuperação e na falência, escolhendo e substituindo seus membros (art. 35, I, “b”), e o gestor judicial, na recuperação judicial (art. 35, I, “e” c/c art. 64). Mas a assembleia não tem preponderância hierárquica sobre o administrador judicial, que está subordinado exclusivamente ao juiz. Exatamente por isso, aliás foram vetadas a alínea “c” do inciso I e a alínea “a” do inciso II do art. 35, que atribuíam à assembleia de credores o poder de substituir o administrador judicial – poder que compete unicamente ao magistrado. Mas embora sem qualquer subordinação hierárquica, o próprio juiz estará adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais²⁰.

Para Waldo Fazzio Júnior²¹, os credores são verdadeiros árbitros da recuperação judicial, cabendo, ao magistrado apenas a tarefa de homologação das decisões tomadas no âmbito da assembleia geral de credores.

Sérgio Campinho²², afirma que apesar de a recuperação ser homologada judicialmente, sua índole é contratual, prevalecendo a autonomia privada da vontade das partes e vinculando a decisão do magistrado ao conteúdo do plano de recuperação. Assim a atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano.

Na ponderação dos interesses em jogo (credores x função social x estímulo à atividade) é necessária a reflexão sobre os riscos de uma concessão judicial de um pedido de recuperação desconsiderando

²⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. Malheiros, 2009. p. 9.

²¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: 2005. p. 98-99.

²² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-12.

a rejeição do plano pela assembleia, ou até mesmo sinais protelatórios constantes do pedido, ou seja, a tentativa de impedir a falência de uma empresa de fato insolvente pode acarretar danos substanciais à sociedade, conforme bem expôs Fábio Ulhôa Coelho²³:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa, não pode ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, às más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresária transfere-se do empresário para os seus credores [nota contida no texto citado: Lynn Lo Puchi, apud Robert L. Jordan e William D. Warren, *Bankruptcy*, 3ª. ed., Westbury, New York: The Foundation Press, 1993, p. 657].

Não há uma receita genérica a ser aplicada pelo magistrado na fundamentação da sentença que concede a recuperação judicial. Contudo, para além da análise da viabilidade econômica, é necessário verificar quais foram as possíveis causas da insolvência, bem como sobre a aptidão de saneamento do plano apresentado.

3. O panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle judicial sobre decisão assemblear concessiva de recuperação.

A Lei 11.101/05 dispõe sobre a recuperação judicial, extrajudicial e falência, ou seja, os mecanismos que auxiliam as empresas em crise econômica a lidar com seus créditos e débitos, de

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

forma a superar essa situação de insolvência. Cada mecanismo corresponde a um nível de gravidade da crise econômica, cabendo à falência a suspensão da atividade empresarial e a retirada do empresário da administração, correspondendo, dessa forma, à medida mais drástica; enquanto a recuperação judicial permite que o empresário continue na administração da empresa, admitindo-se que a crise é situação reversível e temporária.

A ideia da manutenção da atividade empresarial – em detrimento de um sistema que privilegia somente o interesse do credor com a imediata decretação da falência – vai ao encontro dos princípios constitucionais da função social da propriedade (art. 70, II CR) e incentivo à atividade econômica (art. 174 CR). Os sistemas concursais da França e da Itália partem do mesmo princípio. Destaca-se o sistema norte americano, base do modelo de negociação entre credores e a empresa em crise disposto no *Bankruptcy Code* de 1978, alocado no ordenamento brasileiro por meio da Lei 11.101/05.

Após o deferimento do pedido de recuperação judicial, no momento em que é convocada a Assembleia geral de credores, formada por diversas classes dos mesmos, é realizada a deliberação a respeito da homologação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Eventualmente, mais de uma assembleia será necessária para que se decida sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial. Quando aprovado o plano, a empresa estará, oficialmente, instada a cumprir o plano homologado durante o processo de recuperação.

3.1. O Judiciário e a homologação do plano.

Por um lado, a decisão sobre a homologação do plano de recuperação submete-se a hipóteses legais, notadamente de acordo com os artigos 45 e 58, §1º da Lei 11.101/05. Da leitura do disposto na Lei de Falências e Recuperação, mais precisamente no caput do seu

artigo 58²⁴, pode-se inferir que, uma vez aprovado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, e este juntado aos autos pelo administrador judicial, caberá ao juiz apenas a homologação do mesmo e a concessão da recuperação judicial, uma vez cumpridas as exigências legais.

Por outro lado, a homologação do plano de recuperação também se submete ao crivo judicial. O art. 58, §1º dispõe a respeito de um quórum de credores alternativo, caso não haja unanimidade quanto à aprovação do plano, mecanismo que segue a linha *do cram down*, cuja origem é estadunidense, que permite que o plano seja aprovado mesmo sem a unanimidade da aprovação pelos credores.

Nesse ponto, discute-se na doutrina e na jurisprudência a respeito da influência da decisão do juiz na homologação do plano. Muitos julgados têm sido analisados no sentido de que se estabeleçam as limitações do controle de legalidade realizado pelo juiz quando da homologação do plano de recuperação.

Ante a natureza contratual da recuperação judicial, mostra-se praticamente automático concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, não cabendo ao magistrado, portanto, se posicionar contrariamente à vontade dos credores, portando-se como um mero homologador da vontade dos credores, que decidiriam por

²⁴ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

conceder ou não a recuperação judicial, conforme afirma Alberto Camiña Moreira²⁵.

Seguindo essa linha de pensamento, se os credores aprovaram o plano de recuperação judicial, não caberia ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles não aceitaram o plano, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano. Entretanto, quanto a este ponto, faz-se necessário reiterar que há previsão legal para o magistrado conceder a recuperação judicial mesmo em caso de plano não aprovado por decisão assemblear, conforme se extrai da leitura do parágrafo 1º do artigo 58, que traz para o direito brasileiro a figura do instituto americano do *cram down*²⁶.

O que se tem observado, ante ao estudo de julgados e produção de doutrinadores, é que não há opinião pacífica a respeito do tema, havendo quem reconheça e defenda a intervenção do juiz na concessão do plano de recuperação e quem defenda o poder decisório da assembleia geral, não cabendo revisão pelo Judiciário.

²⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Soberania da assembleia geral de credores*. Direito Comercial, 2014. Disponível em: <<http://direitocomercial.com/soberania-da-assembleia-geral-de-credores>>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

²⁶ Comparada com a LRF, a legislação norte-americana outorga maior flexibilidade ao juiz, estabelecendo parâmetros para que se analise sobre a concessão ou não do plano confrontando o interesse individual dos credores, o prejuízo ao seu crédito e o interesse social envolvido. A diferença principal reside no fato de que no Brasil adota-se um critério legalista para a concessão do *cram down*, prevendo requisitos específicos. Desta forma, dispõe o art. 58, §1º que o juiz aprovará a decisão assemblear desde que seja obtido, de forma cumulativa: i) a votação favorável de credores que representem mais da metade do valor total de créditos presentes no conclave, independentemente de classe; ii) a aprovação de duas das classes de credores nos moldes anteriormente destacados; e iii) voto favorável de mais de dois terços de credores, computados segundo os mesmos critérios já expostos. O fundamento do *cram down* assenta sobre o princípio da preservação da empresa, de forma que parte da doutrina entende que, se preenchidos os requisitos supra elencados do art. 58, §1º, o juiz deverá conceder a recuperação, ainda que a expressão empregada seja “poderá”. O referido princípio estabelece uma abertura na interpretação do dispositivo, buscando reduzir o poder de um ou poucos credores, de modo a promover o interesse da maioria. In: AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Na medida em que a recuperação judicial consiste na renegociação dos débitos do devedor para manter a atividade econômica, para alguns, a deliberação entre os credores compreende a autonomia do sujeito econômico privado para decidir sobre o plano de recuperação, o que permite considerar que a autonomia privada destes se sobrepõe à autonomia da vontade do juiz; para outros, faz-se mister que a deliberação a respeito do plano de recuperação passe pelo controle de legalidade realizado pelo magistrado, para impedir que os mesmos eventualmente violem a lei ou abusem de direito.

Segundo o REsp 1314209/SP, em decisão da Ministra Nancy Andrighi, as decisões dos credores, cuja natureza é de ato jurídico, são dotadas de soberania, decorrente da autonomia privada dos credores, porém, o controle de legalidade sujeitará essas decisões a um crivo judicial que avalie a validade dos atos jurídicos da assembleia, o que pode resultar na reprovação pelo magistrado de plano de recuperação homologado, eis que a invalidade dos atos pode prejudicar a validade do negócio jurídico.

Recurso especial. Recuperação judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido. **1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.** 2. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1314209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 22 mai. 2012. Data de Publicação: DJe 01 jun. 2012). (Grifos do autor).

Recuperação judicial. Insurgência em virtude da decisão que homologou o plano de recuperação judicial. Possibilidade de controle judicial da legalidade do plano de recuperação. Precedentes jurisprudenciais e doutrinários. Hipótese em que o plano apresenta vícios de legalidade. Inobservância dos parâmetros estabelecidos nos arts. 53, 59 e 61 da lei nº 11.101/2005. Destituição do administrador judicial. Necessidade do

contraditório e da ampla defesa. Recurso parcialmente provido para anular o plano de recuperação judicial e determinar a apresentação de novo plano, no prazo de 60 dias (art. 53, caput, lei nº 11.101/2005). Exame da legalidade dos atos praticados na assembleia em relação aos créditos e respectivas classes prejudicado. 1. A Assembleia geral de credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direitos, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/2005, hipótese em que estará sujeito ao controle judicial (Agravo de instrumento nº 984.390-7, 17ª C. Cível, Rel. Des. Mário Helton Jorge). 2. A Lei nº 11.101/2005 dispõe premissas básicas a serem cumpridas, de modo que o plano de recuperação judicial deverá conter as informações e documentos elencados no artigo 53, quais sejam: a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados e seu resumo; **a demonstração de sua viabilidade econômica; e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.** 3. **A ausência específica dos valores líquidos de cada parcela, bem como as respectivas datas de pagamento, impedem o cumprimento do plano de recuperação e sua execução, ante a falta de liquidez e certeza do quantum a ser pago.** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 10137443 PR 1013744-3. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva. Décima Sétima Câmara Cível. Curitiba, 11 set. 2013). (Grifos do autor).

O recente julgado abaixo representa controle de legalidade que ultrapasse o limite da análise quanto à validade dos atos jurídicos na assembleia, com fulcro no Enunciado n. 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, tendo em vista a verificação, pelo magistrado, de abuso de direito, qual seja, o direito de voto, na decisão de homologação do plano de recuperação judicial.

Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação apresentado, a despeito de ter sido rejeitado em Assembleia geral de credores. Homologação conforme teoria denominada "cram down". Controle

judicial de legalidade. Desconsideração dos votos dos credores em razão de abuso de direito. Enunciados nº 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). **Aplicação do princípio da preservação da empresa economicamente viável.** Credores pertencentes a uma única classe, a dos créditos quirografários.

Ausência de deságio. Aumento do faturamento da empresa desde a data do pedido de recuperação judicial. Abuso do exercício do direito de voto reconhecido. **Manutenção da decisão que homologou o plano de recuperação judicial.** Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 01008440720138260000. Relator: Des. José Reynaldo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 03 fev. 2014). (Grifos do autor).

Na jurisprudência encontrada nos Estados e no STJ, o que se vê, de início, é a tentativa de não se adentrar numa análise de espectro subjetivo, principalmente quando o que se resulta é o afastamento do voto dos credores; tenta-se fazê-lo por meio de critérios objetivos, a fim de não se imiscuir na seara de autonomia privada do credor. Um exemplo disso é a desconsideração de voto de credor cujo crédito não se sujeita ao plano de recuperação judicial, o que demonstra ser decisão judicial com claro respaldo na Lei 11.101/05 e de caráter objetivo, na medida em que é legalmente determinado que não há interesse processual do credor cujo crédito não se insere no plano de recuperação, pois seus efeitos não sujeitam tal crédito, o que o afasta de participar da decisão sobre a homologação.

Nesse sentido, há o seguinte julgado:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano. Homologação. Nulidade. Crédito. Adiantamento de câmbio. Artigo 49, § 4º e 86, ii, da Lei 11.101/05. Interesse. Ausência. Súmula n. 284-stf. Não provimento. 1. O art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05, estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, tem preferência sobre os demais, não sendo novado, nem sofrendo rateio. Para obter sua devolução, cabe, todavia, ao

credor efetuar o pedido de restituição, conforme previsto no art. 86, II, da mesma norma, ao qual faz referência o mencionado art. 49.2. **Não tem interesse, em princípio, a instituição financeira credora de contrato de adiantamento de câmbio em demandar pela nulidade da decisão que homologa o plano de recuperação judicial se a ele não se submete.** Incidência do enunciado n. 284, da Súmula do STF.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 1.197.871/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Brasília, 11 dez. 2012). (Grifos do autor).

Conclui-se quanto ao ponto que, para que o plano seja homologado judicialmente, ainda que tenha sido aprovado na Assembleia geral de credores, ele deve atender aos requisitos da lei e, na ausência deles, o juízo poderá determinar as devidas correções, o que, de fato, não adentraria na autonomia econômica dos credores.

3.2. O Judiciário e a apreciação do plano.

Contudo, a questão não é tão simples. Também há, tanto na doutrina²⁷ como na jurisprudência que entenda que o escopo da decisão judicial é mais amplo, considerando o papel do juiz como garantidor dos princípios e objetivos orientadores da Lei 11.101/05. Em 2012, a Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a deliberação de assembleia geral de credores que aprovou plano de recuperação judicial tido como

²⁷ Para Jorge Lobo o juízo da ação de recuperação judicial deve exercer obrigatoriamente o controle de legalidade formal e material da decisão proferida em deliberação da assembleia geral de credores. Ao exercer o controle de legalidade formal o juiz examinará, por exemplo, a legitimidade ativa, o preenchimento dos requisitos preconizados no artigo 48 da LRE, o atendimento das exigências sobre convocação, instalação e deliberação da assembleia (artigos 36 e 45) dentre outros elementos. Em relação ao controle de legalidade material, caberá a análise de possíveis fraudes e/ou abuso de direito, quer seja por parte do devedor, quer dos credores. In: LOBO, Jorge. et al. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Saraiva. 3ª ed. São Paulo: 2009. p. 17; 177.

prejudicial aos direitos e interesses dos credores, conforme ementa a seguir:

Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. **Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da "pars conditio creditorum" e normas de ordem pública. Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares.** Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do "quantum" a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005). **Invalidade (nulidade) da deliberação da assembleia geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005,** a ser submetido à assembleia geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 28 fev. 2012). (Grifos do autor).

Os fundamentos que levaram os nobres julgadores à anulação do plano foi o entendimento que ele afrontava os princípios

constitucionais de isonomia, legalidade, propriedade, proporcionalidade e razoabilidade. A decisão relatada pelo Desembargador Manoel Pereira Calças firmou precedente ao relativizar a soberania das decisões da assembleia geral, cabendo ao juiz não apenas o controle formal da assembleia e do plano de recuperação, mas também o controle de legalidade material, ou seja, tendo que verificar também se houve descumprimento de princípios legais e constitucionais.

Com isso, abriu-se um forte precedente, passando-se a aceitar a possibilidade do juiz revisar o mérito do plano decidido na assembleia, contrariando o que a jurisprudência, desde a entrada em vigor da Lei de Falências, preconizava, de a homologação judicial do plano de recuperação só poder ser recusada em caso de vícios formais, tais como a convocação, instalação e quórum de aprovação²⁸.

Nessa decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo levou em consideração não apenas formalidades, mas condicionou a aprovação do plano de recuperação judicial às seguintes diretrizes: (a) a elaboração do plano de recuperação judicial deve prezar pelo alinhamento dos interesses dos credores de diversos grupos, não se admitindo antagonizá-los para forçar sua aprovação, especialmente se isso implicar em sacrifícios desiguais de uma minoria, da mesma classe (princípio do *pars conditio creditorum*) ou não; (b) não podem ser estabelecidas regras de pagamento incertas ou discricionárias, principalmente quando há possibilidade de remissão de saldo ao final – tal situação impossibilitaria aos credores a análise precisa dos riscos de não pagamento (segurança jurídica); (c) o critério de correção monetária adotado deve ser isonômico entre os credores; (d) o juiz tem discricionariedade para avaliar se a empresa é minimamente viável e eventualmente desconsiderar o plano aprovado; e (e) em

²⁸ RIBEIRO, Angelo Caldeira; YAMAKI, Lina Sayuri. *Pode a Justiça anular plano de recuperação judicial aprovado pelos credores?* Levy & Salomão Advogados, 2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/pode-a-justica-anular-plano-de-recuperacao-judicial-aprovado-pelos-credores>>. Acesso em: 02 de nov. de 2014.

qualquer dos casos, devolve-se para a assembleia novo prazo para reelaboração do documento²⁹.

Esse julgado mostrou-se de extrema importância para o debate do tema, tornando-se paradigmático. Contudo, analisando outros julgados dos Tribunais de Justiça e, inclusive, do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, pode-se dizer que o entendimento acerca do tema oscilou bastante entre os julgadores. Senão vejamos:

Agravo de instrumento recuperação judicial. Prejudicial de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição. Não acolhimento plano recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores. Infringência a dispositivos legais e constitucionais. Ingerência judicial possibilidade controle de legalidade recurso provido - Prejudicial de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição arguida em sessão de julgamento ao argumento de que a matéria não teria sido submetida ao juízo a quo. Não acolhimento, em face do efeito regressivo presente no recurso de agravo de instrumento, que enseja o conhecimento do pleito recursal pelo prolator da decisão, abrindo possibilidade, inclusive, do mesmo se retratar;- **Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que homologou plano de recuperação judicial aprovado em assembléia geral de credores;- Plano de recuperação que representa verdadeiro perdão da dívida, já que aplicado deságio de 90% sobre o valor nominal dos créditos, com pagamento do saldo remanescente (10%) em 120 parcelas mensais, iguais e consecutivas, após carência de 36 meses, sem incidência de qualquer encargo, a partir do mês subsequente ao da homologação do plano, com previsão inicial de pagamento para o mês de março/2015, contemplando ainda tratamento desigual para credores da mesma classe pelo percentual de deságio adotado;- Violação a princípios constitucionais, a exemplo do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, além afronta ao art. 61 da lei 11.101/05 e ao princípio da igualdade dos credores;- Necessidade de revisão dos posicionamentos do Poder Judiciários no sentido da soberania absoluta das Assembléias Gerais de**

²⁹ RIBEIRO, Angelo Caldeira; YAMAKI, Lina Sayuri. Op. cit.

Credores, devendo para tanto assumir seu papel precípua de guardião dos princípios consagrados na Carta Política de 1988, atuando de maneira mais rigorosa e diligente, para que não continuem a ser homologados planos de recuperações judiciais em flagrante descompasso com o ordenamento jurídico vigente;- Recurso provido, a unanimidade de votos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento n° 447947520118170001. Relator: Des. Bartolomeu Bueno. Terceira Câmara Cível. Recife, 19 jul. 2012). (Grifos do autor).

VOTO N° 10220 RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **Rejeição do plano de recuperação judicial pela assembléia-geral de credores.** Credores apenas da classe III (quirografários). Banco Itaú titular de mais de 50% do valor total dos créditos, que votou contra a aprovação do plano. Inaplicabilidade do instituto do cram down (art. 58, § 1º, da LFR). Decretação da falência. Inteligência do art. 56, § 4º, c.c. art. 73, inc. III, da Lei 11.101/05. Soberania das deliberações da assembleia geral de credores. Ausência de ilegalidade. Regularidade da modificação do valor do crédito do Banco Itaú. Decisão agravada mantida, com fundamento no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 00300392920138260000. Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 30 set. 2013). (Grifos do autor).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONCEDIDA - **Insurgência de credor contra o plano de recuperação judicial - Decisão da assembleia geral de credores que é soberana, mas não absoluta, cabendo ao juiz observar sua legalidade, constitucionalidade e também o cumprimento do que ficou deliberado** - Hipótese em que a insurgência do agravante relativamente à forma de pagamento dos credores, é matéria dirimida e aprovada pela assembleia geral de credores, não competindo ao juízo alterá-la, por não se tratar de questão violadora de norma de ordem pública ou que exija o controle judicial - Inexistência de violação ao princípio da igualdade entre os credores - Concessão de privilégios a alguns credores da recuperanda dá efetividade à garantia constitucional da igualdade substancial e faz valer os

princípios da função social e da preservação da empresa - Precedentes - Suspensão de ações e execuções em face dos coobrigados (avalistas e garantidores) da recuperanda que não se faz possível - Aplicação do disposto no art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 - Precedentes desta Corte - Decisão modificada - Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 20722986820148260000. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 08 out. 2014). (Grifos do autor).

Recuperação Judicial. **Concessão. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação.** Deságio de 50%, pagamento em parcelas fixas e variáveis, juros remuneratórios abaixo do índice oficial que se insere na soberania da assembleia e na sua natureza de novação que assentiram os credores. Plano de Recuperação Judicial com presumida adequação e aparente intenção de permitir a recuperação sem deixar de estabelecer forma e prazo para pagamento dos credores. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 21112909820148260000. Relator: Des. Maia da Cunha. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 11 set. 2014). (Grifos do autor).

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entretanto, as decisões não se mostram tão díspares. Analisando a jurisprudência recente, observa-se como denominador comum a restrição ao controle de legalidade feito pelo juiz dos atos praticados pela assembleia geral de credores, reiterando o entendimento que primeiramente se firmou nesse sentido, de que caberia ao julgador analisar apenas o preenchimento dos requisitos legais e formais. Senão vejamos as decisões proferidas pela Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR.
RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS
211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTOS DO

ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL. CONDIÇÕES PRÉVIAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO. REQUISITOS. REJEIÇÃO DA PROPOSTA. CRÉDORES DE MESMA CLASSE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGOS ANALISADOS: 35, 45 E 58 DA LFRE. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17/7/2013, no qual se discute a **possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia geral de credores no procedimento de recuperação judicial**. Ação ajuizada em 27/1/2009. 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados e quanto aos argumentos deduzidos nas razões recursais obsta o exame da insurgência. 3. A existência de fundamentos não impugnados do acórdão recorrido - quando suficientes para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano.

Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005. 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor - por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, caput, da Lei n. 11.101/2005 - deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia. **Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores - integrantes de uma mesma classe - que tenham rejeitado a proposta** (art. 58, § 2º, da LFRE).

6. A alteração das premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não é possível na presente via recursal. Incidência da Súmula 7/STJ. 7. A insurgência é inadmissível quando o acórdão recorrido decide

também com base em fundamento constitucional e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário. Súmula 126/STJ. 8. Negado provimento ao recurso especial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1388051/GO. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 10 set. 2013. Data de Publicação: DJe 23 set. 2013). (Grifos do autor).

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. **1.A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.** 2. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1314209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 22 mai. 2012. Data de Publicação: DJe 01 jun. 2012). (Grifos do autor).

Recentemente, a 4ª Turma do STJ, em julgamento de Recurso Especial de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão (REsp nº 1.359.311 – SP), sustentou a possibilidade de controle de legalidade do plano de recuperação judicial, principalmente a fim de obstaculizar a fraude e o abuso de direito, entretanto, não caberia ao magistrado discutir a viabilidade econômica do plano ou da empresa, uma vez que não possui capacidade técnica para tanto e que tal questão é de apreciação exclusiva da assembleia de credores. É isso que se infere da leitura da ementa do referido julgado:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido

aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei 11.101/2005), **não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.** 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. 3. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.319.311/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 09 set. 2014).

Conforme consta no ementário, tal decisão também se baseou nos Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Comercial que versam sobre o tema, quais sejam nº 44 e 46, os quais trazem a seguinte redação:

Enunciado 44: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”.

Enunciado 46: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

No caso analisado pela Corte o Tribunal paulista rejeitara agravo de instrumento de empresa credora que se insurgia contra o plano de recuperação, sob o argumento de inviabilidade do plano e de que o instituto da recuperação judicial só deve proteger as empresas economicamente viáveis. Assim, houve a manutenção da sentença que homologou o plano de recuperação judicial, depois de aprovado pela assembleia geral de credores, sem fazer qualquer análise a respeito do sistema proposto pela devedora para pagamento de suas dívidas.

No voto do ilustre ministro relator, foi destacado que, desde a edição da Lei nº 11.101/05, a recuperação judicial tem como propósito o princípio da preservação da empresa e não do empresário, sendo o objetivo máximo sempre a manutenção da empresa e,

consequentemente, os empregos dos trabalhadores e também dos interesses dos credores, uma vez que a falência, via de regra, não é benéfica para ninguém. Além disso, a recuperação judicial “desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia”, sob o princípio da liberdade contratual³⁰. Por essa razão, segundo Salomão, “há previsão legal para o magistrado conceder, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear – *cram down* (art. 58, § 1º) –, mas não o inverso, porquanto isso geraria exatamente o fechamento da empresa, com a decretação da falência (art. 56, § 4º), solução que se posiciona exatamente na contramão do propósito declarado da lei” 5.

Ademais, o ministro também fundamenta sua decisão nos ensinamentos do professor Fábio Ulhôa Coelho, o qual afirma que:

O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se objetiva a ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, assembleia de credores. Por essa razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em caso excepcional com a hipóteses do art. 58, §1º, ou a demonstração de abuso de direito de credores em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor.³¹

Além de lhe faltar capacidade técnica para tanto, não cabe ao juiz discorrer sobre a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, principalmente dos aprovados pelos credores em assembleia,

³⁰ MORAES, Leonardo de T. *Plano de recuperação judicial aprovado em assembleia de credores não pode ser negado*. Migalhas, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208496,41046-Plano+de+recuperacao+judicial+aprovado+em+assembleia+de+credores+nao>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246-247.

uma vez que as expectativas de ascensão econômica e as deliberações acerca das questões contratuais que foram feitas entre os credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, muito embora a Lei nº 11.101/05 também se apoie na viabilidade econômica da empresa, exigindo demonstrativo do plano nesse sentido, em seu artigo 53, inciso II. Ou seja, ao juiz cabe observar os requisitos do plano, e não discutir sua viabilidade.

Para Daniel J. P. de C. Salles³², as deliberações da assembleia “possuem o caráter de manifestação da vontade similar a uma relação contratual entre devedor e seus credores”. Ele afirma que compete ao controle de legalidade o exame das manifestações de vontade expressas na assembleia, como atos jurídicos que podem ter sua validade questionada, mas jamais a interferência no conteúdo volitivo das deliberações, pois isso significa a violação da autonomia privada de que são dotados os credores nesse importante processo de decisão, de forma a manter o equilíbrio jurídico-econômico na homologação do plano de recuperação judicial.

O autor permanece contra a postura ativa do magistrado no que diz respeito à deliberação do plano de recuperação. Ele afirma que, conforme pode ser confirmado nos julgados já analisados, a tendência do próprio Poder Judiciário é restringir sua atuação no controle de legalidade dos atos jurídicos praticados pelos credores durante o processo de deliberação, atendendo ao que restritivamente determina a legislação concernente às oportunidades de intervenção judicial. Do contrário, seria inútil a reunião e o debate dos credores que estariam sujeitos ao crivo judiciário a partir de qualquer critério, subjetivo ou objetivo.

Ademais, deve-se levar em consideração que, no momento da deliberação sobre a homologação do plano de recuperação judicial, são debatidas questões econômicas específicas que dizem respeito à

³² SALLES, Daniel J. P. de C. R. de Dir. Empresarial – RDEmp. *O controle judicial sobre a homologação do plano de recuperação judicial*. Belo Horizonte, ano 11, nº 1, p. 219-238, jan./abr., 2014.

empresa, ao funcionamento e à dinâmica do mercado econômico, negociação, entre outras, aspectos cujo melhor entendimento, via de regra, pertence ao devedor e aos credores, que são os agentes que possuem interesse exclusivo nessas questões e na manutenção da atividade econômica, lembrando que a continuidade da empresa é figurada como princípio da matéria em questão. É inegável, inclusive, a escassez de câmaras especializadas em matéria de recuperação judicial, que poderiam ser dotadas de profissionais cujo conhecimento abrangesse amplamente os entendimentos necessários para se lidar com uma crise econômico-financeira empresarial.

A autonomia concedida para a Assembleia geral de credores pela Lei 11.101/05 aos credores, na opinião de Daniel Salles, fundamenta-se na autonomia privada, que permite que a deliberação seja caracterizada pela negociação e barganha, aspectos que são fundamentais para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial. O juiz, ao decidir, não participa de ato jurídico coletivo, como é caracterizada a assembleia; nas palavras do autor, “a lógica da decisão judicial decorre do Poder do Estado, e não do poder de barganha”.

Considerações Finais.

Observa-se que o controle de legalidade, sob os parâmetros da Lei 11.101/05, será exercido sobre o cumprimento de requisitos legais e objetivos, como a validade do ato jurídico na deliberação, concentrando-se em aspectos jurídico-formais, e não sobre aspectos volitivos do plano de recuperação judicial, pois os mesmos representam a manifestação da autonomia privada que, na seara dos debates econômico-financeiros, não pode ser violada.

Dessa forma, a recuperação da empresa estará em jogo mediante negociação e barganha entre o devedor e seus credores, mas não por meio de decisão estatal, que, porventura, se baseada em critérios subjetivos, viria a obstar a eficácia da referida lei.

No entanto, o que vem se percebendo na análise jurisprudencial é que tal critério objetivo nem sempre se mostra suficiente para atender ao escopo da lei, bem como proteger os interesses tanto dos credores, como do devedor e até mesmo da sociedade, atendendo aos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico como um todo e os princípios infraconstitucionais, orientadores da própria LRE. Isso porque o plano de recuperação, contudo, não pode ser meio de procrastinar o pagamento do acordado entre os credores e a empresa. As alterações no plano são permitidas, mas para viabilizar a recuperação da empresa e a satisfação dos credores sem que seja necessária a liquidação dos bens. Entretanto, é indispensável a observação da situação da empresa para que a recuperação não resulte no agravamento da situação daqueles que negociam com empresas com dificuldades insanáveis.

É o que defende o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças no voto proferido no Agravo de Instrumento nº 0114685-06.2012.8.26.0000:

No entanto, o princípio da preservação da empresa, que tem fundamento constitucional no princípio da função social da propriedade e dos meios de produção, e é a pedra angular da Lei nº 11.101/2005, não implica a concessão de forma ampla e ilimitada do instituto da recuperação de empresa, pois dele decorrem outros postulados, como o de que a recuperação das sociedades empresárias só deve ser concedida para aquelas que se mostrarem recuperáveis, impondo-se, nesta linha, que o Estado deve retirar do mercado as empresas que evidenciarem não ter condições de lograr a recuperação. Assim, observa-se que a assembleia geral de credores não pode atuar à revelia das determinações do judiciário, que guarda o cumprimento das leis que regem a recuperação, bem como os princípios constitucionais. A assembleia tem autonomia, mas não pode se sobrepor às regras da Constituição. Na linha de tal ensinância, **só se pode afirmar que a Assembleia geral de credores é soberana quando ela obedece a Constituição da República – seus princípios e regras - e as leis constitucionais, notadamente as de ordem pública. Se a Assembleia geral de credores aprova pelo quórum estabelecido na Lei nº 11.101/2005 um**

plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário (que, como já afirmei, não é mero chancelador de deliberações assembleares – tanto que tem o poder-dever de não aplicar regras inconstitucionais) o dever de recusar a homologação ao plano viciado (grifou-se).

O dilema que se coloca a partir disso considera os aspectos positivos e os negativos de uma maior atuação do Poder Judiciário sobre a aprovação do plano de recuperação judicial, ultrapassando o escopo e os limites legais. A interferência do juiz, na qualidade de terceiro imparcial, na aprovação do plano, pode significar um melhor tratamento à matéria no que diz respeito ao respeito aos princípios e valores orientadores do ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que considera as reais possibilidades de recuperação da empresa, sem a influência de quaisquer particularismos que caracterizem uma relação entre credor e devedor.

Dessa forma, o juiz, como agente do Estado, seria capaz de averiguar se há respeito à isonomia entre os credores e se o plano efetivamente consubstancia o princípio da preservação da empresa, a par de qualquer relação contratual considerada individualmente. Seria uma forma de impedir que planos com caráter fraudulento ou efetivamente mal feitos pudessem ser aprovados pelo simples desejo dos envolvidos, assim como auxiliar que planos com grande probabilidade de efetividade pudessem ser rejeitados porque não significam o atendimento imediato e mais favorável a determinados credores em comparação com o procedimento falimentar.

Por outro lado, a intervenção de um terceiro que não conhece a dinâmica da empresa e que definitivamente não é especializado na área pode se configurar como indesejada, até mesmo atentatória do princípio da autonomia da vontade que rege as relações de direito privado. Ademais, critérios subjetivos causam problemas em todas as áreas do direito, uma vez que submetem a questão a discricionariedade do juiz, que avalia de acordo com suas regras de experiência, na intenção de aplicar princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

E uma análise sob esse aspecto seria de difícil controle – tanto por parte dos interessados, credores e devedor, como das instâncias superiores do poder judiciário – fazendo com que a possibilidade de

recuperação de uma empresa fique à mercê de uma opinião, o que não gera a segurança jurídica necessária para a condução de um procedimento complexo como esse.

Conforme demonstrado no presente trabalho, há controvérsias acerca da soberania da decisão assemblear de concessão da recuperação judicial. Resultando, assim, em uma postura casuística do Judiciário, o que, em princípio, não parece ser o mais adequado dos caminhos por promover certo grau de insegurança jurídica cedendo mais espaço para decisões conflitantes.

**COLETIVIZAÇÃO DE DIREITOS E RELAÇÕES JURÍDICAS
INCINDÍVEIS: O CASO DA IMPUGNAÇÃO DE
DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR¹**

**COLLECTIVIZATION OF RIGHTS AND INSEPARABLE LEGAL
RELATIONS: THE CASE OF THE CHALLENGE OF
MEETING RESOLUTION**

*Gustavo Osna
Mayara Roth Isfer*

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo investigar a possibilidade de que as demandas relacionadas a deliberações assembleares sejam concebidas sob a ótica do processo coletivo. Para tanto, apresenta-se, em um primeiro momento, a feição geral da “tutela coletiva” em território nacional. Na sequência, estabelece-se a natureza instrumental de uma de suas faces (a dos “direitos individuais homogêneos”), identificando a plasticidade que o mecanismo pode assumir. Após, apresenta-se o problema da (in)validação judicial de deliberações assembleares, expondo a polêmica doutrinária e os problemas práticos existentes em sua aplicação. Por fim, unindo as pontas, exhibe-se a possibilidade de que o processo coletivo contribua também nessa área.

Palavras-chave: Impugnação de deliberação assemblear. Processo coletivo. Ação coletiva. Relações incindíveis. Efetividade.

Abstract: The paper at hand aims to investigate the possibility that the claims related to meeting resolutions are designed from the perspective of a “collective process”. In order to do so, we will describe, at first, the general features of the Brazilian class action system. Following, we intend to demonstrate the instrumental nature

¹ Artigo recebido em 29.01.2015 e aceito em 09.03.2015.

of one of its features (that of the “homogeneous individual rights”), identifying the inherent plasticity of the mechanism. After, the problem of judicial (in)validation of meeting resolutions will be presented and the doctrinal controversy and existing practical problems in its application will be exposed. Finally, towards the end, we aim to demonstrate how the application of a collective perspective could help to solve the problems related to the challenges of meeting resolutions.

Keywords: Challenge of meeting resolution. Collective process. Class action. Inseparable relations. Effectiveness.

Sumário: 1. Notas introdutórias 2. Técnica de coletivização de direitos individuais no direito brasileiro 2.1. “Tutela de direitos coletivos” x “tutela coletiva de direitos” 2.2. “Direitos individuais homogêneos” como técnica de coletivização 2.3. Objetivos da coletivização no âmbito nacional 3. Coletivização em caso de relação jurídica incindível: o exemplo da Class Action prevista na Rule 23(b)(1)(A) 3.1. Class Actions estadunidenses 3.2. A Class Action prevista na Rule 23(b)(1)(A): peculiaridades 4. Técnica de coletivização para no caso de impugnação de deliberação assemblear 4.1. O problema existente 4.2. Posições doutrinárias 4.3. Técnica de coletivização como solução 5. Conclusões.

1. Notas Introdutórias.

Em nossa realidade, é bastante comum que a atuação dos Tribunais em matérias de índole societária se encontre distante da

efetividade. É certo que a questão passa em larga medida pelas mazelas inerentes à estrutura contemporânea do judiciário brasileiro. Contudo, acredita-se que também há outro dado a ser acrescentado ao problema, contribuindo para o seu agravamento: a ausência de diálogo entre as duas disciplinas, fazendo com que Processo Civil e Direito Societário caminhem em linhas paralelas – e não em sentido confluyente.

No presente ensaio, pretende-se colocar em debate um aspecto no qual essa ausência de harmonia é exposta, trazendo intempéries à prestação jurisdicional: a invalidação, em juízo, de deliberações assembleares. Afinal, como é possível que em tais situações o litígio seja adequada e harmonicamente pacificado para todos os cogititados concorrentes?

O problema não é novo no âmbito doutrinário, tendo desafiado estudiosos ao longo de décadas. Porém, ainda se coloca distante de respostas definitivas. E, em nossa visão, um olhar com potencial para aprimorar sua abordagem é aquele do processo coletivo. É nesse sentido que a atual análise se põe, suscitando a possibilidade de que, sob o manto dos “direitos individuais homogêneos”, encontre-se uma via oportuna para o aprimoramento jurisdicional.

2. Técnica De Coletivização no Direito Brasileiro.

2.1. “Tutela de direitos coletivos” x “tutela coletiva de direitos”.

O debate relacionado aos “direitos individuais homogêneos” está no centro do presente ensaio, representando aspecto que lhe serve de base e de suporte. A questão não é inteiramente nova no direito brasileiro, tendo recebido especial atenção doutrinária ao longo das últimas duas décadas. Contudo, há inúmeras indagações que ainda parecem impor barreiras para que a matéria alcance um patamar satisfatório de efetividade. Afinal, o que são os “direitos individuais homogêneos”? A que essa figura jurídica se presta?

Identificando a origem do problema, recordamos que o instituto foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo ali indicado ao lado dos interesses “difusos” e dos interesses “coletivos” como uma das hipóteses em que o uso do processo coletivo estaria autorizado². Entretanto, a mera classificação legal, concebendo-os como aqueles decorrentes de “origem comum”, diz pouco. Da mesma forma, a maior parte das tentativas doutrinárias de esmiuçar o tópico, ainda que valiosas para o desenvolvimento da tutela coletiva no âmbito nacional, também não nos parece atingir o cerne do problema.

Em nossa visão, a adequada compreensão do tema passa por uma mudança de enfoque, encarando os “direitos individuais homogêneos” tão somente como uma *técnica processual* (por mais que sua nomenclatura pudesse sugerir algo diverso)³. Essa recomposição pressupõe um passo atrás na compreensão do pano de fundo do “processo coletivo”. E, nessa jornada, a segmentação instrumental entre “tutela de direitos coletivos” e “tutela coletiva de direitos”, formulada por Teori Albino Zavascki, é valiosa⁴. É a partir dela que se pode concluir que os “direitos individuais homogêneos” diferem em sua gênese daqueles de índole metaindividual. No

² BRASIL. Lei 8.078/90: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

³ Nesse sentido, passim, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos*: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: RT, 2014.

⁴ Estabelecendo esse fio condutor, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. p. 40-43.

“processo coletivo”, porém, haveria espaço tanto para uma realidade quanto para a outra⁵.

Analisando inicialmente a primeira figura, a da “tutela de direitos coletivos”, percebe-se que se encontra aí a vocação do processo coletivo para proteger interesses que não se enquadram na conceituação clássica do direito subjetivo. Esses direitos possuiriam o atributo da transindividualidade em sua essência, não se sujeitando a fracionamento em pretensões individuais⁶. Seria precisamente aqui que se inseririam tanto os chamados “direitos coletivos em sentido estrito” quanto os “direitos difusos”.

Realmente, é comum afirmar-se que seriam direitos *coletivos* aqueles indivisivelmente pertencentes a uma coletividade *determinável*, ao passo que possuiriam natureza *difusa* aqueles titularizados (também indivisivelmente) por uma coletividade *indeterminável*. Como consequência, a possibilidade hipotética de delimitação seria o suporte divisório, embasando que um interesse fosse conceituado em um ou no outro grupo⁷. Para as atuais

⁵ O diploma consumerista, ao descrever em seu art. 81 quais as categorias de interesses passíveis de tutela via ação civil pública (agrupando-os em três espécies), acabou por ditar o próprio significado do que vemos hoje por “processo coletivo”, alicerçando o fato de se tratar de conceito em cujo bojo estão inseridas duas realidades bastante diversas (nos dizeres de Teori Zavascki, tanto de “tutela de direitos coletivos” quanto de “tutela coletiva de direitos”). ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A ação civil pública e o processo coletivo sob o contexto constitucional: breves diagnósticos e alguns desafios. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT, 2014. v. 1, p. 801.

⁶ “São denominados de essencialmente coletivos porque têm em comum o traço da transindividualidade de seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto. Levando-se em consideração da definição dos interesses essencialmente coletivos, percebe-se que o nosso legislador teve grande inclinação pelo critério objetivo. Pelo critério objetivo (...) se o bem é indivisível, pode-se dizer que, independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é que a satisfação de um implica na de todos eles”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 371.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 156.

finalidades, contudo, o que interessa constatar é que, sejam difusos ou coletivos, tais interesses possuem gênese metaindividual.

Em um breve recorte, a manifestação desses interesses representaria uma verdadeira ruptura com a cisão clássica entre indivíduo e Estado, que serviu de suporte à formação do Estado Liberal⁸. Se ali a centralização de poder em sentido monista levou a uma constante negativa de conferir amparo ao agrupamento de sujeitos, colocando uma barreira absoluta entre o público e o privado, as modificações dos cânones de atuação estatal tornaram esse cenário insustentável⁹. Assim, esses “novos” interesses ganhariam reconhecimento jurídico, instando o teórico a criar alternativas para a sua tutela.

Não há exemplo mais emblemático dessa nova categorização do que aquele fornecido pelo chamado “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Como é logicamente dedutível, não há sujeito que possa se dizer titular de determinado *quinhão* de tal interesse, ou se afirmar capaz de renunciar à sua proteção. O direito não pertence a qualquer indivíduo e deve ser protegido em sua integralidade. Em uma frase, ou o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é protegido, ou não o é.

Já na terceira das categorias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a dos “direitos individuais homogêneos”, a situação é diametralmente oposta, tratando-se propriamente de “tutela coletiva de direitos” de natureza estritamente individuais.

2.2. “Direitos individuais homogêneos” como técnica de coletivização.

Dessa forma, na categoria denominada “direitos individuais homogêneos”, acreditamos que são colocados em cena direitos

⁸ Assim, *passim*, RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. *Direitos Coletivos e Liberdade Individual*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁹ Analisando o tema sob a perspectiva do direito material, e demonstrando sua fluência para a construção do associacionismo em território brasileiro, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações Sem Fins Econômicos*. São Paulo: RT, 2014.

subjetivos individuais que em nada diferem daqueles tradicionalmente protegidos pelo nosso sistema jurídico. O toque de coletividade não estaria na essência dos interesses protegidos, mas na via processual utilizada para viabilizar sua proteção ¹⁰. Trata-se, enfim, de uma alternativa processual; de uma técnica procedimental de coletivização.

Para elucidar esse aspecto, vejamos um exemplo que ofereceria campo fértil para a tutela coletiva de direitos em nosso atual cenário jurídico: imaginemos que, durante período superior a um ano, uma operadora de telefonia celular realiza cobranças irregulares uniformemente de todos os seus consumidores (sob a alcunha de “Tarifa de Manutenção”). Nesse contexto, imaginemos que um ente legitimado ingressa com Ação Civil Pública, amparada no Código de Defesa do Consumidor, requerendo que se conceda a reparação em dobro para cada um dos indivíduos lesados pela prática ilegal.

Tomando por base essa situação, é inegável que o litígio se proporia a proteger “direitos individuais homogêneos”. Todavia, é igualmente irrefutável que, ainda que essa técnica inexistisse, seria facultado a qualquer dos indivíduos atingidos pela cobrança ingressar em juízo pessoalmente pleiteando seu ressarcimento. Em outros termos, o fato de os direitos *poderem* ser tratados como “individuais homogêneos” não lhes descuraria de sua natureza eminentemente individual. Protegê-los coletivamente seria apenas conduzir o processo por uma trilha alternativa (procurando benefícios que serão futuramente mais bem analisados).

Sob essa lógica argumentativa, a própria opção legal pode ser problematizada. É que, tratando-se de uma *técnica*, a questão ganharia em clareza e em efetividade. Ao invés de se questionar o que os

¹⁰ Assim, entre outros, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2013. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2007. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2010.

“direitos individuais homogêneos” *são*, passa-se a delinear em quais hipóteses a coletivização de direitos *poderia* ser manejada ¹¹. É esse o viés adotado, por exemplo, pelo bem sucedido regime das *class actions* norte-americana ¹². E é também assim que o próprio processo civil brasileiro costuma apresentar suas técnicas procedimentais.

Uma comprovação didática dessa distorção pode ser obtida pela análise comparativa entre a ação coletiva e a técnica de “julgamento de recursos repetitivos” prevista na Lei nº 11.672/2008. Ambas representam figuras processuais motivadas por escolhas e necessidades do próprio processo. Porém, apenas no “julgamento de recursos repetitivos” isso foi aceito, inexistindo preocupação legislativa em conceituar o que seriam “recursos pares” ou “recursos homogêneos”. O legislador se ateu à elaboração de critérios a partir dos quais é viável a utilização do mecanismo ¹³, discrepando do que

¹¹ OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 81 et seq.

¹² De fato, no regime estadunidense a certificação de uma demanda individual como *class action* deve ser precedida tanto pelo preenchimento de requisitos gerais (postos na *Rule 23(a)*) quanto de pressupostos específicos (previstos na *Rule 23(b)*). Não há, assim, a intenção de descrever qualquer categoria de direito análoga aos chamados “direitos individuais homogêneos”, mas apenas de construir um rito procedimental para a coletivização. Essa questão é percebida por Gidi, estabelecendo que “*comparison of the rules reflects a profound philosophical difference between the two procedural systems: while lawyers in common-law jurisdictions think of law in terms of “types of actions” or “types of facts,” civil lawyers think of it in terms of “types of substantive rights”*”. GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*. *The American Journal of Comparative Law*, nº 51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003, p. 350.

¹³ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento

foi feito em relação à técnica de coletivização prevista no microsistema de processo coletivo.

Da mesma maneira, ao estabelecer em seu art. 273 a possibilidade genérica de antecipação dos efeitos da tutela, o Código de Processo Civil se limitou a enunciar de maneira precisa em quais hipóteses o instrumento poderia ser manejado¹⁴. Absteve-se, assim, de qualquer tentativa de instituir um possível “direito antecipadamente cognoscível” e de descrevê-lo em sua gênese. Tratando-se de uma técnica processual, compreendeu-se ser mais oportuno indicar as circunstâncias que poderiam engatilhar sua aplicação (sem necessidade de maiores construções conceituais).

Outros exemplos (como o julgamento liminar previsto no art.285-A¹⁵) poderiam ser ainda apresentados, mas a questão já parece

interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

¹⁴ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (...).”.

¹⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada(...).”.

suficiente delineada. Em suma, ao permitir a coletivização de direitos em uma única ação, o processo civil brasileiro lançou uma estratégia avessa à lógica instrumental. Sendo assim, a procura pela efetividade da matéria pressupõe que se desestimule essa inclinação. A questão deve ser compreendida no plano da técnica, indagando *quando* é possível que direitos individuais sejam tratados coletivamente, e não o que esses direitos *são*¹⁶.

Além disso, desconstituindo o véu conceitualista, constata-se ainda que a coletivização de direitos por meio da ação coletiva sequer é a única técnica voltada a esse fim em nosso ordenamento. Por mais que só ali se fale em “direitos individuais homogêneos”, há também outros instrumentos paralelos direcionados a enfrentar em alguma escala o problema da litigiosidade de massa, conferindo-lhe olhares mais razoáveis que os do processo civil tradicional.

É o que ocorre, por exemplo, com a própria técnica de julgamento de recursos repetitivos, cuja utilização revela uma clara preocupação do Poder Judiciário em analisar *conjuntamente* aspectos que poderiam ser apreciados de forma individual. Em poucas palavras, adota-se um caso paradigma e ampliam-se os efeitos de sua decisão a casos análogos, em uma estrutura na qual claramente há um interesse coletivizado.

Do mesmo modo, insere-se nessa lógica o chamado “incidente de julgamento de demandas repetitivas”, previsto no projeto de novo Código de Processo Civil e confessamente inspirado no *Musterverfahren* alemão¹⁷. E também aqui os esforços não foram

¹⁶ “Essa perspectiva opera verdadeira guinada terminológica: quando se discute o que caracteriza os “direitos individuais homogêneos”, discute-se – às avessas - o que viabiliza a coletivização ali prevista; quando se debate se determinado direito é ou não “individual homogêneo”, o que se contesta é se comporta ou não a aglutinação. A inversão revela que a figura dos “direitos individuais homogêneos” é uma alegoria abstrata e pouco necessária, podendo gerar desserviços à efetividade jurisdicional” (OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 83).

¹⁷ Após mencionar a necessidade de combater a “dispersão excessiva da jurisprudência” e o “assobramento de trabalho no Poder Judiciário”, a exposição de motivos original do projeto afirmou explicitamente que “com os mesmos

destinados para estabelecer uma categoria abstrata de “demandas repetidas”, mas sim para fixar os requisitos e os parâmetros necessários ao uso do instrumento¹⁸.

Em nosso entendimento, essas vias de coletivização nada mais são do que mecanismos alternativos voltados a lidar com um mesmo fenômeno. E também é assim com a ação coletiva para defesa de “direitos individuais homogêneos”. Derrubada a barreira conceitual, percebe-se que a questão é relacionada à efetividade do processo. Essa nova compreensão faz com que o tema deva ser entendido com linhas

objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. Em nota de rodapé, a exposição esclareceu (nota 19) que “no direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu” e enfatizou (nota 20) que “tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo”.

¹⁸ “Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. § 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal. § 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal. § 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal: I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição. § 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. § 5º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente. § 6º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado. § 8º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 9º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

mais maleáveis, e revela que também no campo do direito societário a proteção coletiva pode ser objeto de melhor aplicação.

2.3. Fundamentos da coletivização no âmbito nacional.

Nesse sentido, encarando os “direitos individuais homogêneos” como técnica de coletivização, e não como uma nova categoria de direito material, resta saber quais as atuais finalidades dessa coletivização no âmbito nacional. A doutrina recente aponta, normalmente, quatro principais fundamentos da coletivização; seriam eles: a) administração judiciária; b) acesso à justiça; c) uniformização das decisões; e d) efeito dissuasivo em relação ao réu coletivo.

Primeiramente, quanto ao fundamento relacionado à melhor administração judiciária, não há dúvidas de que os nossos tribunais enfrentam atualmente uma crise estrutural sem precedentes. Sabe-se que, em muitos casos, questões são levadas ao judiciário sem terem a oportunidade de serem realmente apreciadas por um juiz togado sequer uma única vez. A verdadeira e profunda análise das demandas ajuizadas é hoje um privilégio de poucos.

Sem a pretensão de buscar os fundamentos dessa crise, mas apenas constatando-a como algo inquestionável, fato é que o judiciário vem buscando já há algum tempo formas de tentar contornar os seus efeitos. Exemplos dessa iniciativa, inclusive já apontados neste trabalho, são a repercussão geral do recurso extraordinário (artigo 543-A do CPC), a análise de recursos por amostragem (artigos 543-B e 543-C do CPC) ou a rejeição liminar da ação em caso de ações repetitivas (artigo 285-A do CPC). E assim também seria com a coletivização de direitos individuais, voltada a aglutinar interesses afins. Desse modo, elimina-se a necessidade de ingresso de mais de uma demanda, evitando-se um acúmulo desnecessário de processos advindo da pulverização.

Nesse sentido, pode-se descrever a coletivização como “uma medida de otimização do exercício jurisdicional e da jurisdição; uma questão de gerenciamento do processo”¹⁹.

Relacionado a este primeiro fundamento, cabe citar igualmente as importantes repercussões da coletivização (especialmente) no direito pátrio no âmbito do acesso à justiça. Em muitos casos, em virtude do baixo valor passível de pleito em juízo, o indivíduo não possui interesse em ingressar com a demanda, encarando os custos financeiros e pessoais do ajuizamento e do acompanhamento do processo como maiores do que os possíveis benefícios dali decorrentes. Em outras palavras, o potencial autor não possui incentivos suficientes para ingressar com o processo.

Em outros casos, não menos importantes, o indivíduo sequer possui conhecimento de seu direito. Cite-se, como exemplo, os direitos dos detentores de valores mobiliários do mercado de capitais, que não acompanham o dia-a-dia das Companhias nas quais investiram seu dinheiro. Não fosse pela possibilidade de coletivização de seus direitos (Lei 7.913/89²⁰), ou pela atuação assídua e competente

¹⁹ OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 101. A respeito da questão, assevera GIDI: “o objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva (...) a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário.” (GIDI, Antonio. Op. cit., p. 26).

²⁰ “Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: I – operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; II – compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; III – omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa”.

da Comissão de Valores Mobiliários, a maior parte dos investidores teria seus direitos patrimoniais lesionados e jamais seria tutelada.

A coletivização, desse modo, permite de uma só vez lidar com esses dois problemas, vez que possibilita que uma única demanda processual veicule direitos materiais de diversos indivíduos. Desse modo, os afetados pela decisão podem ter seus direitos protegidos sem a necessidade de ingressarem autonomamente em juízo, independentemente de suas condições ou de suas capacidades pessoais.

Outro aspecto que demonstra a importância da coletivização é a ausência de uniformidade de nossos precedentes, não sendo incomum que no mesmo dia juízes de uma mesma câmara julguem questões relacionadas a um mesmo fato de formas completamente diversas²¹.

Desse modo, a via coletiva oferece um importante benefícios pelo fato de, ao reunir direitos afins em um uma mesma demanda, garantir que todos serão tutelados por uma única decisão e eliminar o risco de conflitos intrínsecos à pulverização. Independentemente do caminho utilizado pelo julgador, mesmo que improcedente a sentença, os indivíduos que se encontram em posições análogas terão necessariamente o mesmo destino no tocante à questão levada à juízo.

Finalmente, pode-se apontar como uma das principais consequências positivas da coletivização o efeito dissuasivo exercido em relação ao Réu coletivo. É que em muito casos os réus coletivos atuam contra a lei propositalmente, desde que tal conduta possa lhe render mais do que o valor da indenização que ele seria cominado a pagar. Nesse sentido, conta-se estatisticamente com o não ingresso em juízo do credor individual, prevendo-se que a conduta ilegal proporcionará maiores ganhos do que a conduta legal.

²¹ Também assim, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit.

Entretanto, com a coletivização das demandas individuais, a indenização a ser paga pelo réu serial é levada a outro patamar, englobando potencialmente a integralidade do montante que seria devido caso todos indivíduos lesados ingressassem com a ação devida. Nesse sentido, espera-se, de um lado, que o réu coletivo seja desencorajado a praticar a conduta lesiva, e, de outro, que não seja beneficiado pela inércia da maior parte dos possíveis autores individuais (reequilibrando o cenário econômico²²).

Entretanto, é possível afirmar que o ordenamento brasileiro ainda patina, em boa escala, para a obtenção dessa totalidade de benefícios. E isso porque, em que pese se afirmar que nosso modelo de tutela coletiva possui inspiração no regime estadunidense da *class action*, sua transposição é em alguma medida distorcida. A uma, por se importar apenas *class action for damages*²³. E, a duas, por ao fazê-lo também deturpar alguns de seus desdobramentos. Nos dois casos, os vilões nos parecem os mesmos: o individualismo e a mentalidade conceitual²⁴. Deixa-se, assim, de lidar com problemas que também poderiam ser afetos à demanda coletiva. E é precisamente esse o caso da impugnação de deliberação assemblear.

²² “De um lado, acredita-se que o réu coletivo seria desencorajado a praticar ilícitos dessa natureza devido à existência de uma ferramenta processual capaz de responsabilizá-lo. De outro, o manejo e a procedência da medida fariam com que a conduta ilegal não lhe trouxesse proveitos, reequilibrando o cenário econômico.” (OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 115).

²³ Apesar de nosso modelo impor certos desafios para outras formas de tutela coletiva para além daquela de natureza condenatória – normalmente relacionados à aceitação e aplicação pela doutrina e pelos tribunais –, entendemos que uma correta interpretação do microsistema de processo coletivo permite outros tipos de provimento judicial, especialmente aqueles executivos e mandamentais, conforme disposição do art. 3º da Lei 7.347/1985 que não deve ser aplicado exclusivamente à tutela de direitos difusos e coletivos.

²⁴ Assim, *passim*, OSNA, Gustavo. Op. cit.

3. Coletivização em Caso de Relação Jurídica Incindível: o exemplo da class action prevista na rule 23(b)(1)(a).

3.1. Class Actions estadunidenses.

Atualmente, o diploma legal que disciplina as *class actions* estadunidenses é a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Pode-se dizer que os Estados Unidos adotam um modelo baseado na iniciativa individual do interessado, em que a ação, ainda que de caráter coletivo, deve ser proposta em nome individual, mediante demonstração de um interesse também pessoal.

Nesse sentido, objetivando assegurar que os interesses dos indivíduos que não participarem da demanda sejam adequadamente tutelados, a *Rule 23(a)* adota como ponto de partida para a certificação coletiva de uma ação o adimplemento de quatro requisitos, a saber: (i) “que a classe seja tão numerosa que o ingresso de todos os membros seja impraticável”; (ii) “que haja questões de fato ou de direito comuns à classe”; (iii) “que os pedidos ou as defesas das partes representadas sejam compatíveis com os da classe”; (iv) “que os interesses da classe sejam representados de forma adequada e justa”²⁵.

Ademais, a *Federal Rule 23* exige, ainda, que a situação fática cuja tutela se busca se enquadre em uma das hipóteses que arrola nos três itens de sua subdivisão (b).

A primeira delas²⁶, igualmente dividida em duas hipóteses, prevê que a ação de classe seria permitida desde que a tutela

²⁵ “*Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

²⁶ “*(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of*

individualizada gerasse risco: (1) de decisões inconsistentes, dando ensejo à definição de padrões de conduta incompatíveis à parte oposta à classe; ou (2) pudesse causar prejuízos aos interesses de outros membros da classe que não houvessem ajuizado demandas individuais.

A segunda²⁷ seria verificada nas hipóteses em que o réu coletivo tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis a toda a classe, o que ocorreria usualmente em situações de lesão a *civil rights*²⁸.

A última *class action* regrada²⁹, prevista na *Rule 23(b)(3)*, é, enfim, o modelo basicamente importado pelos artigos 91 a 100 do nosso Código do Consumidor. Para tal ação, há a necessidade de que a Corte identifique que há questões comuns de fato ou de direito entre os interesses dos membros da classe, e que elas predominam sobre

conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (...)”.

²⁷ “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (...)”.

²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit.

²⁹ “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

quaisquer outras referentes a meros interesses individuais considerados isoladamente³⁰.

Analisadas de maneira geral as três espécies de *class action* do direito norte-americano, passaremos a avaliar mais detidamente o caso previsto na *Rule 23(b)(1)(A)* - o mais relevante aos propósitos deste trabalho.

3.2. A Class Action prevista na Rule 23(b)(1)(A): peculiaridades.

Como visto acima, a *Rule 23(b)(1)(A)* dispõe que a demanda será certificada como ação de classe caso o processamento de ações separadas, por iniciativa ou em face de indivíduos membros do grupo, seja “*capaz de criar o risco de pronunciamentos judiciais inconsistentes ou variados (contraditórios), no que diz respeito aos integrantes da classe, que pudessem estabelecer padrões incompatíveis de conduta para a parte que se opõe à classe.*”³¹ Nesse sentido, pode-se dizer que o objetivo é evitar decisões que submetam o réu coletivo a padrões incompatíveis de conduta. E por esse motivo, nas palavras de Gidi, tal ação de classe é conhecida como “*incompatible standards class action*”³².

³⁰ “Ainda, a ação será cabível se a Corte acreditar ser a ação coletiva a melhor forma disponível para que se dê um julgamento eficiente para a controvérsia, de forma a se sobrepor ao julgamento de ações individuais. Trata-se, não há dúvidas, de típica aplicação do princípio da eficiência e da economia processuais encampado e tão encarecido pela *Rule 23*. (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 81.

³² “(...) a *Rule 23(b)(1)(A)* prevê o cabimento de uma ação coletiva quando a propositura de múltiplas ações individuais pode submeter a parte contrária ao grupo a padrões incompatíveis de conduta. Isso acontece quando resultados conflitantes em diversas ações individuais dificultariam a parte contrária ao grupo a manter um padrão uniforme de conduta. Por esse motivo, esse tipo de ação coletiva é conhecido como ‘*incompatible standards class action*’.” (GIDI, Antonio. Op. cit., p. 148).

Nesse tipo de hipótese, diante das próprias peculiaridades do caso, as providências judiciais voltadas à prestação de tutela normalmente são de natureza mandamental ou constitutiva (ou possuem elevado grau dessas eficácias). É que, para haver incompatibilidade advinda de uma decisão judicial, tal determinação precisa necessariamente atingir a parte de modo ou a obrigá-la a fazer algo novo ou a alterar situação jurídica anterior. Assim, nos casos de decisões constitutivas, a incompatibilidade resultaria não exatamente da conduta, mas do resultado jurídico decorrente do provimento judicial³³.

A doutrina aponta, ainda, que o critério utilizado na Regra em comento é bastante semelhante àquele previsto para a constituição de litisconsórcio necessário – fato este que acaba sendo revelador da própria essência da coletivização. O que os diferencia seria justamente o requisito da numerosidade da *class action*, a qual apenas pode ser formada diante da grande dificuldade de constituição do litisconsórcio³⁴.

Ademais, é certo que nas “*incompatible standards class actions*” – nas quais se visa, justamente, a evitar decisões que gerem relações incompatíveis entre si – não haveria sentido em permitir que parcela dos integrantes da classe pudesse se desvincular do provimento judicial. Nesse sentido, este tipo de demanda faz parte das chamadas “*mandatory class action*”, não havendo espaço para o *opt-out*:

Por sua própria natureza, tais ações coletivas não permitem aos membros o direito de auto-exclusão do grupo. Se o seu objetivo é impedir a existência de decisões inconsistentes, que coloquem o réu em uma

³³ “Cabíveis são, portanto, na espécie, providências de natureza mandamental (ou condenatórias de fazer ou não fazer) e constitutivas. Nestas últimas, a incompatibilidade resultaria não propriamente da conduta, mas do resultado jurídico decorrente da decisão judicial (...).” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 82).

³⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Loc. cit.

situação de conflito, não faz sentido permitir que alguns membros se excluam do grupo para propor as suas próprias ações individuais. Permitir o direito de auto-exclusão, nesse caso, importaria negar efetividade à ação coletiva.³⁵

A doutrina brasileira tende a associar a ação de classe em tela às demandas para proteção de direitos difusos e coletivos, pautando-se na necessidade de que a determinação de um agir ao réu coletivo repercutisse igualmente na esfera jurídica de todos os indivíduos, sob pena de incompatibilidade.

Entretanto, o critério não nos parece o mais adequado. E isso porque, observando o regime estadunidense, nota-se que, ali, o parâmetro é diverso: ao invés de se procurar de forma *conceitualista* definir categorias de direito compatíveis com a *class action*, estabelece-se situações materiais e possibilidades de resultado que recomendariam a certificação. É assim que o manejo da medida em exame também poderia ser pensado para a proteção de direitos essencialmente individuais, unidos por uma relação jurídica incindível. É o que ocorre, por exemplo, todas as vezes em que se questiona acerca da validade ou invalidade de um único ato³⁶. E é sob

³⁵ GIDI, Antonio. Loc. cit. Diz o item (3) da letra (c) da *Rule* em tela: “*The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class*”.

³⁶ Para Scarpinella BUENO, inclusive as demandas que tem por objeto o questionamento acerca da incidência de um tributo poderiam incidir na hipótese da Regra 23(b)(1)(A): “(...) para o casos *sub* (b)(1)(A), seja imaginada a hipótese de diversos contribuintes voltarem-se contra determinada exação fiscal. Alguns, entretanto, sustentam a tese da anulação integral do lançamento (entre nós, ilustrativamente, porque não foi obedecido o princípio da anterioridade), enquanto que, outros, defendem a idéia de que a antijuridicidade da exação decorre de seu valor elevado (alíquotas majoradas sem prévia permissão legal).” (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

esse prisma que também poderia ser pensada a questão da anulação de deliberação assemblear.

4. Técnica de Coletivização e Impugnação de Deliberação Assemblear.

4.1. O problema existente.

As deliberações assembleares são decisões colegiadas por natureza, por meio das quais os acionistas de sociedades anônimas devem decidir acerca dos “negócios relativos ao objeto da companhia” e tomar as resoluções que julgarem “convenientes à sua defesa e desenvolvimento”. Competiria privativamente a eles, reunidos em assembleia, posicionarem-se sobre os temas previstos no artigo 122 da Lei 6.404/76³⁷.

Desse modo, é possível dizer que é por meio da assembleia geral (órgão típico e necessário para o funcionamento da companhia) que se determina a vontade dos acionistas, gerando, nas palavras de Gonçalves Neto, “uma declaração regulamentar imputável à sociedade com efeitos internos (entre sociedade e seus acionistas) e externos (entre sociedade e terceiros)”³⁸.

³⁷ “Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: I - reformar o estatuto social; II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata”.

³⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. São Paulo: RT, 2010. p. 154.

Segundo Valladão, apesar de criticável a redação do artigo 286³⁹ da Lei de Sociedades Anônimas, é possível distinguir três situações bastante específicas que poderiam gerar impugnação à deliberação assemblear: a) vícios no processo formativo das assembléias; b) vícios nas deliberações; e c) vícios nos votos⁴⁰. Cada uma das mencionadas hipóteses de defeitos gerará diferentes consequências, inclusive procedimentais, para eventual demanda constitutiva negativa.

Entretanto, ainda que o supracitado autor manifeste a possibilidade de outros interessados (como é o caso do próprio Ministério Público ou credores, havendo nulidade da deliberação) ingressarem com a demanda, fato é que todos os acionistas que não votaram favoravelmente à deliberação impugnada (dissidentes, ausentes e abstinentes) são de regra legitimados para fazê-lo)⁴¹. Do mesmo modo, são legitimados para defender a manutenção da deliberação, podendo compor o polo passivo juntamente com a sociedade, todos que votaram a favor do tema deliberado.

Sendo assim, havendo vício na assembleia, seja de que natureza for, qualquer dos acionistas poderá requerer sua invalidação. Entretanto, o que ocorreria se, depois de desconstituídos os efeitos da deliberação, um sócio interessado na manutenção da deliberação ingressasse com demanda judicial visando à declaração de validade do ato? Estaria ele desvinculado do provimento judicial anterior? Em

³⁹ “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

⁴⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴¹ Além disso, caso a anulação se de por vício de vontade, inclusive aquele que votou favoravelmente pode ingressar em juízo. TALAMINI, Eduardo. Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 114. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 166.

outras palavras, o ato poderia, ao mesmo tempo, ser válido para parcela dos acionistas e inválido para os demais? Seus efeitos podem variar dependendo do requerente?

A primeira resposta que vem à cabeça é negativa. Ora, se a vontade social – expressa por meio da deliberação assemblear – produz efeitos sobre todos os acionistas de maneira uniforme, vez que uno o ato (representativo do anseio dos sócios enquanto tal), não seria lógico imaginar que seu teor pudesse variar dependendo do sujeito que a questionasse. Entretanto, apesar de sua aparência simplista, os questionamentos vêm sendo historicamente debatidos pela doutrina processual, especialmente devido ao seu atrito com algumas regras basilares à nossa codificação.

A primeira delas, cuja redação foi dada pelo artigo 472 do CPC, prevê que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Nesse sentido, suscita-se que sujeitos que não fizeram parte da relação processual, apesar de sofrerem os efeitos da sentença, podem refleti-los por meio de nova demanda, não sendo vinculados ao provimento precedente.

De outra banda, o artigo 47 da codificação processual pátria dispõe acerca do litisconsórcio necessário, sendo comum se afirmar que a formação desse tipo de reunião processual dependeria obrigatoriamente de expressa previsão legal.

Fica claro, portanto, o problema. Se, de um lado, afirma-se não ser possível reunir demandas individuais de todos acionistas em um mesmo processo (vez que não se trata a princípio de litisconsórcio necessário), de outro, aqueles que não integraram a relação processual poderiam questionar sua vinculação ao provimento final (veiculando nova demanda relacionada à validade da deliberação⁴²). Com isso,

⁴² Sobre a questão, explica TALAMINI: “As dificuldades aqui apresentadas derivam em grande medida de uma clara – e louvável – opção estabelecida na ordem jurídica: para a facilitação do acesso à justiça, não se põe como necessário o litisconsórcio a despeito da unitariedade (indivisibilidade) da situação= de direito material. Ao se optar por tal diretriz, e ao se afastar a imposição da coisa julgada a terceiros, assume-se o risco de decisões conflitantes para um mesmo e indivisível ato.” (TALAMINI, Eduardo. Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa

chega-se a um cenário problemático, no qual uma mesma deliberação poderia ser válida e eficaz para alguns e inválida para outros.

4.2. Posições doutrinárias.

Buscando solucionar a questão, encontra-se na doutrina, com mais frequência, quatro posicionamentos distintos: (a) a apreciação do problema como sendo de litisconsórcio necessário; (b) a defesa de que haja vinculação *erga omnes* no caso de procedência da demanda (com base na distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada); (c) a afirmação de que, na hipótese, haveria a extensão da coisa julgada *ultra partes*; e (d) por último, o reconhecimento da impossibilidade de se estender a coisa julgada (mecanismos de solução *lege ferenda*).

Aderindo ao primeiro grupo, Moniz de Aragão defende que os casos de impugnação de deliberação assemblear, diante da unitariedade da relação, deveriam ser tratados como hipóteses de litisconsórcio unitário. Entretanto, a fim de superar a problemática necessidade de citação de todos os litisconsortes, em vista da possibilidade de a sociedade possuir quadro acionário demasiadamente amplo, o autor propõe o mecanismo da citação editalícia⁴³.

Embora não trate especificamente dos casos de impugnação de deliberação assemblear, Ovídio Baptista da Silva defende que se “a lei cria uniformidade, no tocante aos direitos ou obrigações, ou da relação jurídica resulta a consorciabilidade unitária, então o processo não tem outra saída senão fazer necessário o litisconsórcio.”⁴⁴ Sendo assim, a

julgada nas ações de impugnação de deliberações societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 149).

⁴³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil* (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 303-304.

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 148. Esclarece o autor: “Para a unitariedade de direito material, a necessidade do litisconsórcio é uma determinação lógica e incontornável, sob pena de anulação do próprio conceito de relação jurídica una,

verdadeira relação materialmente unitária – como é o caso da impugnação de deliberação assemblear – não poderia ter outro tratamento que não o de litisconsórcio necessário, por ser ilógico imaginar que um mesmo evento pudesse gerar efeitos diametralmente opostos a depender de quem está demandando.

Entretanto, parcela da doutrina aponta que, pelo fato de a hipótese não ser legalmente definida como caso de litisconsórcio necessário, essa compreensão não seria possível - preservando-se a margem de atuação individual dos colegitimados concorrentes. É que, diante da existência de situações de litisconsórcio unitário facultativo em que a reunião dos interessados é dispensada (como no caso de defesa da posse por qualquer um dos condôminos, ou de defesa da herança por cada um dos herdeiros até a partilha), a necessidade deve decorrer de previsão legal⁴⁵.

Por seu turno, Liebman, principal adepto da segunda corrente, concluiu com base na distinção entre coisa julgada (que só se operaria em relação às partes do processo) e efeitos da sentença que, havendo procedência da ação de impugnação, caso outro acionista ingressasse com a mesma demanda ela deveria ser extinta por falta de interesse processual. Já em caso de improcedência, a via impugnatória continuaria aberta aos demais acionistas, que não foram atingidos pela coisa julgada⁴⁶.

pois, sendo ela una e única, e mesmo assim dando ensejo a litisconsórcio facultativo, ficaríamos sujeitos ao único alvitre possível: o litigante teria que ser considerado representante dos demais integrantes da relação jurídica estranhos à causa (...)” (Loc. cit.).

⁴⁵ Sumarizando a posição doutrinária acerca da questão PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Impugnação de deliberações de assembleia das S.A.* São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 278-279.

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Comentado por Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50-51. Acerca da questão, vide PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Impugnação de deliberações de assembleia das S.A.* São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 276.

Entretanto, conforme crítica de Barbosa Moreira, essa visão não consideraria a hipótese de os demais sócios pretenderem a manutenção da deliberação e não a sua desconstituição. Nesse sentido, Barbosa Moreira entende que nos casos de litisconsórcio unitário facultativo a sentença deveria ser uniforme mesmo para aqueles que não tivessem participado da demanda, vez que unitária a relação litigiosa. Nesse sentido, haveria um alargamento do campo de abrangência da coisa julgada, atribuindo-se à decisão final um efeito imutável *ultra partes*, atingindo não só os litisconsortes, mas também os terceiros interessados que ficaram alheios à demanda⁴⁷.

Fazendo ampla análise dos posicionamentos da doutrina brasileira, Tucci acaba, na linha de Ada Pellegrini Grinover (antes da mudança de posicionamento) e de Dinamarco, aderindo à ideia de que no Brasil não haveria texto legal legitimando a extensão da coisa julgada àqueles que não fizessem parte do processo, tratando-se de premissa de preservação da garantia do contraditório⁴⁸. Todavia,

⁴⁷ MOREIRA, Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. Passou a entender desse mesmo modo Ada P. GRINOVER, partilhando da opinião de Barbosa MOREIRA: “A evolução do instituto da coisa julgada, em seus limites subjetivos, é exatamente este. Não há como fugir. É a própria natureza das coisas – a indivisibilidade do objeto e a identidade de situações jurídicas – que dá resposta ao problema. Revendo minha posição anterior, radicada em uma postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todos e qualquer terceiro, acompanho hoje a posição sempre lúcida de BARBOSA MOREIRA, que demonstra que a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participassem do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra causa *petendi*).” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 233). Vide igualmente GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *Revista Forense*, v. 380, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Impugnação judicial da deliberação de assembleia societária e projeções da coisa julgada. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 471. Talamini, apesar de reconhecer a impossibilidade de a coisa julgada atingir os sujeitos que não tomaram parte no processo reconhece, de *lege lata*, que a melhor solução é reconhecer que a sentença mais recente deve prevalecer, no caso de conflito entre duas ou mais decisões que deem tratamento diferente a ato

entende que o ideal, *lege ferenda*, seria a instituição de um mecanismo processual que se prestasse a dar ciência a todos os colegitimados, a fim de que pudessem assumir a posição processual que desejassem⁴⁹.

Vê-se, pois, que a questão ainda não foi plenamente pacificada pela doutrina, não havendo consenso em relação ao modo mais adequado para o seu manejo. Traremos, pois, uma quinta possibilidade capaz de contribuir para a resolução do problema. Trata-se da hipótese de que, rompido o véu dos “direitos individuais homogêneos” e compreendida a plasticidade da ação coletiva, entenda-se que também as pretensões relacionadas à deliberação assemblear podem ser objeto de coletivização.

4.3. A técnica de coletivização como possível alternativa.

Realmente, considerando a linha geral do problema acima posto, é possível imaginar que a formação da ação coletiva pudesse contribuir de forma adequada à sua compreensão. Essa questão, vista com especial ênfase em Companhias cujo quadro societário é demasiadamente amplo para permitir a citação de todos os legitimados⁵⁰, já foi inclusive aventada pela doutrina pátria, fazendo esta mesma relação.

indivisível. (TALAMINI, Eduardo. Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 149).

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Impugnação judicial da deliberação de assembleia societária e projeções da coisa julgada. In: Id, *Ibid*, p. 471. Vide, igualmente, o posicionamento de Talamini (TALAMINI, Eduardo. *Loc. cit.*).

⁵⁰ Entendemos que, apesar de não haver regra positivada nesse sentido, em sociedades com quadro social que permita a citação dos acionistas sem causar prejuízos à demanda, deve-se entender como necessário o litisconsórcio, sob pena de permitirmos que as regras escolhidas pelo legislador nos levem a becos sem saída. Desse modo, nas palavras de Marinoni, “o seu dever [juiz] é interpretar a regra processual, ou mesmo suprir eventual omissão legislativa, para dar máxima efetividade à tutela jurisdicional, compreendidas as necessidades do caso concreto a considerados os direitos fundamentais processuais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT 2010. p. 171-172). Sendo

Gidi, por exemplo, ao tratar das “*incompatible standards class actions*”, comenta que tais ações de classe cairiam como uma luva para a problemática apresentada: “são muitas as situações em que essa *class action* é cabível. Usando um conhecido exemplo, que vem incomodando a doutrina brasileira há algumas décadas, essa ação coletiva seria cabível nos casos de impugnação de deliberação assemblear por parte de um acionista”⁵¹.

Apesar de não tratar especificamente de demandas de impugnação de deliberação social, Kazuo Watanabe igualmente aponta que nos casos em que a natureza da questão é unitária e incindível, a ação coletiva seria mais apropriada, vez que permite que o provimento judicial seja dado de modo global e uniforme para todos os interessados⁵². Assim, a coletivização dos direitos individuais dos sócios, no caso em comento, solucionaria com precisão os problemas relacionados à coisa julgada subjetiva.

Dessa forma, uma compreensão pragmática de nosso processo coletivo poderia levar à conclusão de que também aqui o seu uso é oportuno. É certo que, nesse caminho, seria necessário reconstruir alguns aspectos previstos em nosso microsistema, Um exemplo é a questão da legitimidade ativa para o litígio, já que, sendo os acionistas usualmente os principais interessados na deliberação, seria crível que

assim, nos casos em comento cabe ao julgador interpretar o art. 47 do CPC no sentido de que o litisconsórcio necessário deve ser aplicado para relações jurídicas incindíveis, unas por natureza, nas quais um julgamento apartado levaria a situações esdrúxulas e ilógicas.

⁵¹ GIDI, Antonio. Op. cit., p. 148.

⁵² “Pela natureza unitária e incindível e pelas peculiaridades já mencionadas do contrato de concessão, qualquer modificação na estrutura de tarifas, inclusive por decisão do Judiciário, somente poderá ser feita de modo global e uniforme para todos os usuários. Jamais de forma individual e diversificada, com a exclusão de uma tarifa em relação a apenas alguns usuários e sua manutenção em relação aos demais. (...) Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade.” (WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 159-160).

também fossem eles os melhores legitimados para manejar a medida (individualmente ou em grupo)⁵³.

Nessa hipótese, seria ainda conveniente a admissão expressa do controle de sua adequação de representação, passando por tópicos como a demonstração do efetivo interesse jurídico do autor da medida e de sua aptidão técnica (inclusive no tocante à qualidade do patrono escolhido) para litigar em nome de todos. Por seu turno, o polo passivo seria integrado pela sociedade, que poderia atuar como representante dos interesses de todos os acionistas favoráveis à manutenção da deliberação tomada. E, simetricamente, sua representatividade adequada, enquanto possível ré coletiva, também deveria ser constante e ativamente analisada.

Nesse sentido, entendemos que, do mesmo modo que ocorre nas *class actions* estadunidenses⁵⁴, a análise da representatividade adequada não deve ser feita somente no momento da instauração do processo, mas igualmente durante sua condução – constituindo peça-chave para a imutabilidade do *decisum*. É a posição de Sérgio Cruz Arenhart, para quem:

⁵³ “Obviamente, porém, quando se pensa no tratamento coletivo dessas situações não se pode aplicar, de forma cega, o regime de uma ação civil pública. Não há nenhum sentido em supor que a ação em questão deveria ser ajuizada pelo Ministério Público, por associações ou pelo Poder Público. Mais uma vez, vale a advertência de que pensar em tutela coletiva desses interesses significa apenas usar o regime de aglutinação de causas individuais, sob a responsabilidade de um sujeito apenas – que representará o grupo, em uma espécie de *legitimação especial*⁵³ – de modo que os efeitos da decisão judicial possam ser impostos, desde que observada a representatividade adequada dos interesses de cada um dos membros do grupo, a todos.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2013. p. 206).

⁵⁴ Com efeito, a leitura da Rule 23 revela que: (i) a representação adequada é pressuposto à certificação do litígio coletivo; (ii) os sujeitos representados podem, mesmo após a certificação, questionar esta adequação; (iii) a própria Corte possui poderes que viabilizam a realização deste filtro. Sobre o tema ver, ROQUE, André Vasconcelos. *Class Action: Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: JusPodivm, 2013.

A aplicação dessa técnica de coletivização dessas demandas individuais ainda apresenta a vantagem de permitir que eventuais terceiros (outros sócios, por exemplo) cujos interesses não tenham sido devidamente tutelados no processo, possam subsequentemente insurgir-se contra a sentença, apresentando – pessoalmente ou por outra representação – nova discussão sobre a questão.⁵⁵

Outra questão bastante relevante é a inadequação dos sistemas de *opt-in*, *opt-out*, ou qualquer outro que permita a desvinculação de parcela do grupo interessado à coisa julgada para essa modalidade de ação coletiva. É que se o objetivo central é justamente lidar de forma adequada e coerente com a questão da incidibilidade da relação jurídica, não faria qualquer sentido permitir que parcela dos acionistas pudesse se afastar da incidência dos efeitos da coisa julgada; se assim fosse, continuaríamos com o mesmo problema de incoerência lógica, aceitando que uma única e incidível deliberação assemblear é válida para alguns e inválida para outros⁵⁶. E este é justamente um dos maiores exemplos que podemos extrair da *class action* prevista na *Rule 23(b)(1)(A)*, já que, não fosse por seu caráter mandatório, ela igualmente não cumpriria o objetivo ao qual se propõe (evitar a imposição de condutas incompatíveis ao réu coletivo).

Com esses passos, acredita-se que a utilização adequada (e naturalmente adaptada) da técnica de coletivização de direitos individuais poderia representar um ponto de apoio adequado para a questão em tela. Com efeito, tratando-se de problema que há tempos perturba nossa doutrina processual, é razoável que sua resolução passe pela aceitação do novo. E a tutela coletiva, rompendo com a

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013. p. 207.

⁵⁶ “Decidida a questão sobre a validade ou não da deliberação adotada, deve ele ser imposta a todos, mesmo porque é logicamente impossível que se possa imaginar que a decisão possa ser válida para alguns e não para outros, ou, ao menos, que a decisão judicial possa ser imutável (e portanto inafastável) para uns e não para os outros.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 207).

perspectiva individualista do processo, poderia ocupar confortavelmente esse papel.

5. Conclusões.

A partir das reflexões alcançadas nas páginas anteriores, foi possível chegar a algumas conclusões. São elas:

a) diferentemente do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor e parcela da doutrina, os “direitos individuais homogêneos” não são uma subcategoria de direitos transindividuais, mas sim uma técnica de coletivização de direitos individuais;

b) os fundamentos da coletivização hodiernamente sistematizada no ordenamento brasileiro são, em linhas gerais, o acesso à justiça (permitindo que sejam levadas ao judiciário demandas que, ou em virtude de seu inexpressivo valor, ou em razão de desconhecimento do autor, não o seriam), a uniformização das decisões (para que direitos advindos de uma mesma situação jurídica possam ser tutelados de modo equivalente), a administração judiciária (diminuindo e aglutinando os litígios repetitivos) e o efeito dissuasivo em relação ao réu coletivo (que, em virtude da coletivização dos pleitos reparatórios individuais, será desencorajado a praticar condutas lesivas);

c) para além dos citados fundamentos, a coletivização de direitos individuais, se adequadamente aplicada, pode solucionar problemas processuais relacionados a litígios sobre relações jurídicas unas e incidíveis – assumindo incidência mais ampla do que aquela que hoje lhe é imputada;

d) é assim que o regime norte-americano das *class action*, por exemplo, apresenta plasticidade bastante superior ao do nosso microsistema. Mais que isso, é equivocada a tentativa de associá-lo simetricamente às categorias de direito insculpidas em nosso regime,

já que ali a preocupação é outra (menos conceitual e mais pragmática, como se vê na ação de classe trazida na Regra 23(b)(1)(A));

e) objetivando solucionar as questões relacionadas à coisa julgada subjetiva das ações de impugnação de deliberação assemblear, a doutrina processual formulou basicamente quatro hipóteses, sendo que nenhuma delas foi capaz de pacificar o problema; e

f) assim é que, para esse tipo de caso, a tutela coletiva poderia surgir como uma importante resposta. Para tanto, adaptações relacionadas a tópicos como a legitimidade *ad causam* e o controle de representação seriam convenientes – aprimorando a qualidade da prestação jurisdicional e colocando o processo e o direito societário em um mesmo rumo: o da efetividade.

DISSOLUÇÃO PARCIAL E APURAÇÃO DE HAVERES NA SOCIEDADE LIMITADA¹

PARCIAL DISSOLUTION AND LIQUIDATION OF ASSETS AT LIMITED LIABILITY COMPANIES

Maíra Leitoginhos de Lima Abreu

Resumo: O presente artigo abordou a dissolução parcial nas sociedades limitadas, instituto objeto de muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, além de inúmeros conflitos práticos. Foram trabalhados o conceito da dissolução parcial, sobre o qual não há tratamento uniforme, levando em conta, principalmente, sua construção histórica; as hipóteses de cabimento da dissolução parcial; e questões sobre a apuração de haveres do sócio, enfrentando o tratamento legal e jurisprudencial a respeito. Para tanto, foi considerada a legislação atualmente aplicável, além daquela já revogada, bem como a doutrina e decisões de tribunais judiciais sobre o assunto.

Palavras-chave: sociedade limitada; dissolução parcial; apuração de haveres.

Abstract: This paper presented the partial dissolution of limited liability company, object of several uncertainties in the courts and practical conflicts. It was analyzed the concept of the institute, on which there is no uniform treatment. It was conducted a brief overview of its historical development and examined the hypothesis of the partial dissolution. Finally, it was analyzed the liquidation of assets of the partner, facing the legal and judicial treatment on the theme.

¹ Artigo recebido em 10.02.2015 e aceito em 09.03.2015.

Keywords: Limited Liability Company; partial dissolution; liquidation of assets.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de dissolução parcial das sociedades limitadas; 2.1. A dissolução parcial antes da vigência do Código Civil de 2002; 2.2. A dissolução parcial após o Código Civil de 2002; 3. A natureza da sentença de dissolução parcial; 3.1. Morte de sócio; 3.2. Retirada imotivada com base no 1.029 e retirada motivada com base nos arts. 1.077, do Código Civil, e 137, da LSA; 3.3. Retirada imotivada judicial; 3.4. Retirada judicial e o tratamento jurisprudencial; 3.5. Exclusão; 4. Apuração de haveres; 4.1. Forma da apuração de haveres. Critérios; 4.2. Momento da apuração de haveres; 5. Conclusões.

1. Introdução.

Este artigo tem como objetivo analisar a dissolução parcial nas sociedades limitadas, abordando, primeiramente, como o instituto se modificou juntamente com a legislação brasileira. Seu conceito foi construído doutrinária e jurisprudencialmente, conforme as necessidades da dinâmica empresarial, pois apenas o Código Civil de 2002 trouxe a possibilidade de maneira expressa.

Serão também tratadas suas hipóteses de cabimento e a consequente apuração de haveres do sócio que sai da sociedade, sendo questionada, especialmente, qual deve ser a data-base para tanto e como os tribunais têm trabalhado com a matéria.

Como se sabe, a análise precisa ser cuidadosa, pois a variação da data-base de apuração de haveres pode modificar em grande escala

o montante recebido pelo ex-sócio, assim como suas obrigações em relação à sociedade e a terceiros. Pode ser, e não raramente é, fator de manipulação entre as partes litigantes. É preciso buscar a maneira mais técnica de determina-la e verificar se os tribunais têm tido a devida atenção, inclusive para aumentar a previsibilidade e diminuir riscos diante de uma eventual demanda dessa natureza em juízo.

2. Conceito de dissolução parcial das sociedades limitadas.

O conceito de dissolução parcial nunca foi tratado de maneira uniforme pelos autores brasileiros. Para melhor compreendê-lo, é preciso considerar a evolução legal e jurisprudencial do instituto, que teve como grande marco o Código Civil de 2002, e então determinar seus contornos.

2.1. A dissolução parcial antes da vigência do Código Civil de 2002.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, as sociedades limitadas eram reguladas pelo Decreto nº 3.708/19 (Decreto), específico para esse tipo societário, bem como por alguns dispositivos do Código Comercial de 1850 (CCo).

À época, as regras sobre dissolução da sociedade estavam previstas nos artigos 335 e 336, do CCo², que dispunham tão somente

²Art. 335 - As sociedades reputam-se dissolvidas: 1 - Expirando o prazo ajustado da sua duração. 2 - Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios. 3 - Por mútuo consenso de todos os sócios. 4 - Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem. 5 - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado. Em todos os casos deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas.

Art. 336 - As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: 1 - mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser

sobre a possibilidade, em determinadas hipóteses, de um sócio requerer a dissolução total da sociedade.

O ordenamento não possuía previsão expressa da dissolução parcial, sequer havendo menção ao termo. A regra geral era a dissolução total. As hipóteses de saída de apenas um sócio³ estavam previstas nos dispositivos sobre o direito de recesso (art. 15 do Decreto), exclusão de sócio (art. 7º do Decreto e art. 289 do CCo), saída por morte de sócio (art. 335, nº 4, do CCo), saída de sócio decorrente de sua falência (art. 48, da Lei nº 7.661/45 e art. 1.403, do Código Civil de 1916), bem como hipótese do art 336, do CCo.

Apesar da falta de previsão legal, a doutrina passou a diferenciar a dissolução total e parcial. Para Barbi, o conceito dissolução pode ter um sentido amplo, constituindo um conjunto de atos complexos direcionados à extinção da sociedade, composto de causas, consequência e determinados procedimentos. Seria, assim, a “desintegração do vínculo jurídico e da comunhão patrimonial coexistentes na empresa coletiva, assim como o fim de sua personalidade jurídica”⁴.

No sentido estrito, seria o primeiro procedimento da dissolução total, confundindo-se com o marco, ato ou fato, previsto na lei ou no contrato social, deflagrador do processo e a própria declaração de que a sociedade não vai mais operar. Tais definições foram então adotadas pela doutrina, prevalecendo até hoje.

suficiente; 2 - por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença; 3 - por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

³ Conforme explica Lucena, apesar de possuírem tal ideia, a dissolução parcial por morte ou exclusão contribuíram pouco para a elaboração pretoriana da chamada dissolução parcial de sociedade. No caso de morte, por exemplo, a grande maioria dos contratos já continham cláusulas prevendo a continuidade da sociedade em caso de morte de um dos sócios, de modo que não se discutia a possibilidade da dissolução parcial em tais situações (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 958, nota 76).

⁴ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 111.

O maior questionamento da doutrina, porém, diante da omissão da lei, dizia respeito à possibilidade de o processo de dissolução não desfazer por completo o vínculo societário, hipótese em que operaria a dissolução parcial⁵.

Acompanhando as lições de Tullio Ascarelli, entendia-se que problema nenhum haveria em admitir-se a dissolução parcial da sociedade, por sua natureza de contrato plurilateral: aberto e elástico, permitindo a saída e entrada de sócios sem que seja desfeita sua integridade⁶. Além disso, o descumprimento de obrigação por uma ou mais partes não implica na resolução do contrato para as demais, mas tão-somente para aquelas inadimplentes.

Além desse fundamento teórico, a questão foi superada especialmente por motivos práticos. Ora, muitas vezes, a melhor solução para as ações de dissolução de sociedade era tão-somente o rompimento parcial, para preservá-la⁷. De fato, não faz sentido

⁵ A título de registro, cita-se o questionamento de alguns doutrinadores de que o termo dissolução deveria ser utilizado tão-somente para referir-se à dissolução total, vez que “dissolução” remete-se sempre à extinção. Dessa maneira, a expressão “dissolução parcial” seria contraditória por definição. Nesse sentido: Hernani Estrella, Hector Câmara, Mauro Rodrigues Penteado e Marco Antônio Marcondes Pereira, Alberto Gomes da Rocha Azevedo.

⁶ Nesse sentido: LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 675.

⁷ COMERCIAL E PROCESSUAL - DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL IMPROCEDENTE, SE NÃO PRESERVADA A CONTINUIDADE DA EMPRESA – PEDIDO SEM ALTERNATIVIDADE. I - A JURISPRUDENCIA DO STJ ACOLHE ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE IMPROCEDE DE DISSOLUÇÃO TOTAL DE SOCIEDADE, SE O SOCIO QUE PERDEU A AFFECTIO SOCIETATIS, AO RETIRAR-SE FORMULA A DESCONSTITUIÇÃO PLENA DA EMPRESA, SEM DAR ENSEJO AO JULGADOR PARA, EM ALTERNATIVA, **INCLINAR-SE A ACOLHER O DESENLAÇE PARCIAL DA AZIENDA, NO RESGUARDO DO INTERESSE, COLETIVO, SOCIAL E ECONOMICO, COMO PRECONIZADOS PELO REFERIDO DIREITO PRETORIANO.** II - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) O acórdão impugnado concluiu, acolhendo os fundamentos da sentença, **que o conflito entre a posição individual do autor e o princípio da preservação da empresa (prestigiado pela maioria do capital social) deve ser resolvido, no caso concreto, em favor do segundo (...)** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 60823/SP. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Brasília, 20 jun. 1995) (grifos do autor); COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SOCIOS. HERDEIROS

extinguir uma sociedade sadia e viável apenas porque pretende-se desfazer um de seus vínculos e não há previsão legal para tanto.

Foi-se então admitindo a dissolução parcial e desenvolvido seu conceito. Por não estar determinada em lei, afirmava-se que aquela era uma construção “pretoriana e doutrinária”. Segundo Lucena, a chamada dissolução parcial foi uma solução para o conflito que surgia entre a prejudicial possibilidade de um sócio pôr fim à sociedade por simples vontade individual e, por outro lado, sua vinculação indefinidamente a um contrato, contra sua vontade⁸.

A doutrina passou a tratar o conceito de dissolução parcial em dois aspectos: *latu sensu e stricto sensu*. O primeiro, uma “categoria ampla, que engloba todas as situações em que algum sócio deixa a sociedade sem que esta se extinga”⁹.

Diferencia, porém, cada uma dessas situações, construindo o conceito de dissolução parcial *stricto sensu* como apenas uma de tais

PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. **SE UM DOS SOCIOS DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA PRETENDE DAR-LHE CONTINUIDADE, COMO NA HIPOTESE, MESMO CONTRA A VONTADE DA MAIORIA, QUE BUSCA A SUA DISSOLUÇÃO TOTAL, DEVE-SE PRESTIGIAR O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, ACOLHENDO-SE O PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO APENAS PARCIAL, FORMULADO POR AQUELE, POIS A SUA CONTINUIDADE AJUSTA-SE AO INTERESSE COLETIVO, POR IMPORTAR EM GERAÇÃO DE EMPREGOS, EM PAGAMENTO DE IMPOSTOS, EM PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES EM QUE SE INTEGRA, E EM OUTROS BENEFÍCIOS GERAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 61278/SP. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Quarta Turma. Brasília, 25 nov. 1997) (grifos do autor).

⁸ “Soa realmente incompreensível possa um dos sócios, não raras vezes por mero espírito de emulação, egoísmo ou capricho, mesmo se detentor de liliputiana parcela do capital social, vir a pôr termo à existência de uma sociedade in bonis, mediante denúncia vazia, imotivada, assim destruindo um núcleo de interesses econômicos-sociais relevantes para a comunidade (...). Ao mesmo tempo, no entanto, não se pode malferir o princípio de que ninguém pode ser obrigado, contra a sua vontade, a permanecer indefinidamente investido do status socii.” LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 957.

⁹ BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 235.

hipóteses, diversa do direito de recesso do artigo 15 do Decreto, do direito contratual de retirada, bem como das hipóteses de morte, exclusão e falência de sócio.

A dissolução parcial *stricto sensu* então seria simplesmente o procedimento de saída construído pela doutrina e jurisprudência que permite aos sócios de sociedade de prazo indeterminado se retirar da sociedade em decorrência do pedido de dissolução total com base no art. 335, 5, do CCo¹⁰. Não um procedimento já previsto no ordenamento, mas uma alternativa encontrada pela doutrina e jurisprudência para preservar a sociedade de uma possível dissolução total em sede de uma ação de dissolução ajuizada por um ou mais sócios, apesar de os demais ainda terem interesse em prosseguir com a empresa¹¹.

Apesar de ter o mesmo efeito do direito de recesso do art. 15, do Decreto, dele se divergia por ser obtido judicialmente, sem a necessidade de qualquer motivação.

Nesse sentido, a maioria dos autores ressaltava que o que diferencia a dissolução parcial *stricto sensu* das demais hipóteses era o fato de ser proveniente da doutrina e jurisprudência, enquanto as outras encontravam previsão legal expressa¹².

¹⁰ Barbi, ainda, inclui no conceito de dissolução parcial *stricto sensu* a possibilidade de dissolução parcial da sociedade com base no art. 336, do CCo (pedido motivado), embora a grande maioria dos autores apenas mencione apenas o art. 335, 5, do CCo.

¹¹“O instituto, assim criado pelos pretórios nacionais, acabou por introduzir no direito pátrio uma nova modalidade de recesso. Bem ao contrário daquele previsto pelos diplomas legais que regulamentam as sociedades limitadas e as anônimas (...), o direito de retirada, jurisprudencialmente concebido, ou seja, a denominada “dissolução parcial”, confere ao sócio uma verdadeira denúncia vazia do contrato de sociedade. Sequer exige, para a respectiva concessão, a alegação de rompimento da *affectio societatis*, desavença entre os sócios etc.” FONSECA, Priscila M. P. C. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 81.

¹²Outra diferença é que a dissolução parcial *stricto sensu* poderia ser requerida pelo cotista majoritário e pelo minoritário, enquanto o recesso só faz sentido para o minoritário que discorda de uma alteração contratual.

Outros, por outro lado, afirmavam que a diferenciação dos institutos consistia no fato que a dissolução parcial *stricto sensu* era judicial e, as outras, extrajudicial. Porém, conforme aponta Barbi, esse critério não deve prevalecer¹³. Isso porque, apesar de reconhecer que a origem da dissolução parcial era litigiosa (vez que construída pela jurisprudência), não era isso que a caracterizava e diferenciava. Afinal, as demais hipóteses de dissolução parcial *latu sensu* também poderiam ocorrer em juízo. A diferença, repita-se, estaria no fato de aquela ser fruto da doutrina e jurisprudência, enquanto as demais decorreriam de expressa previsão legal¹⁴.

2.2. A dissolução parcial após o Código Civil de 2002.

Com o Código Civil de 2002, foi bastante alterado o contexto anterior. Foram instituídas regras próprias para a sociedade limitada em seu Capítulo IV e revogados o Decreto e as disposições do CCo sobre este tipo societário. Alterou-se, dessa maneira, não só as regras sobre dissolução, mas o próprio regime supletivo e subsidiário das limitadas, sobre o qual dispunha o art. 18, do Decreto¹⁵.

O diploma vigente, acompanhando a evolução da jurisprudência, passou a prever expressamente hipóteses de resolução

¹³ BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 255.

¹⁴Edgard Katzwinkel Junior, citado por Barbi, define com muita clareza a diferença entre os dois institutos: “Edgard Katzwinkel observa que o recesso constitui-se simplesmente no direito de abandonar voluntariamente a sociedade, mediante o reembolso da quantia correspondente ao capital realizado pelo sócio retirante, na proporção do último balanço aprovado, em caso de alteração contratual, na forma do art. 15, do Decreto n. 3780/1919. Já a dissolução parcial é o ‘mecanismo criado para preservar a sociedade e assegurar ao sócio, que não tem mais qualquer interesse em prosseguir no negócio, seja por vontade própria, seja por incompatibilidade com os demais, o seu afastamento com pagamento dos seus haveres, de tal modo, nessas condições, que o sócio não seja obrigado a permanecer em sociedade contra a sua vontade’” (BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 256-257).

¹⁵Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.

da sociedade em relação a apenas um sócio, não restando qualquer dúvida sobre a possibilidade de dissolução parcial da sociedade.

A doutrina, por sua vez, continuou a desenvolver o estudo sobre a dissolução parcial, conceituando-a, majoritariamente, como qualquer das hipóteses de saída do sócio da sociedade¹⁶. Porém, ainda há autores que preferem a utilização do termo dissolução parcial *stricto sensu*, tendo em vista a referida construção doutrinária e jurisprudencial do termo.

Apesar da falta de consenso acerca da definição de dissolução parcial, parece mais adequado entender que o termo refere-se a qualquer hipótese de saída de sócio de sociedade que não a cessão de cotas. Abrange, então, a saída por morte de sócio, o recesso motivado, o recesso imotivado e a exclusão de sócio.

3. A natureza da sentença de dissolução parcial.

Uma das discussões em decorrência das ações de dissolução parcial de sociedade refere-se à natureza constitutiva ou declaratória da sentença que reconhece a dissolução.

Para fins dessa investigação, foi aqui adotado como conceito de sentença constitutiva aquela que modifica uma relação jurídica, de modo a produzir uma inovação, um estado que não existia¹⁷.

Sentença declaratória, por sua vez, aquela que simplesmente declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica, de modo que apenas reconhece uma situação jurídica já operada e não produzida pela própria sentença.

¹⁶Conforme determina Lucena, seria “dissolução da relação social limitadamente a um sócio” (LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 936).

¹⁷“A tutela jurisdicional constitutiva consiste em dar efetividade ao direito do autor à alteração de uma situação jurídico-material que ele não deseja e pretende eliminar. É a decisão judiciária de mérito que reconhece o direito do autor à alteração pedida e realiza ela própria a alteração” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3).

Apesar de algumas tentativas de simplificação do tema, devido ao diferente tratamento legal a cada uma das hipóteses de dissolução parcial, a natureza da sentença varia de acordo com cada situação, sendo necessário analisar cada uma delas.

Com relação ao efeito das sentenças, se *ex tunc* ou *ex nunc*, grande parte dos autores afirmam, sem ressalvas, que a primeira hipótese ocorre no caso de a sentença ser declaratória, e, a segunda, no caso de sentença constitutiva¹⁸.

Apesar de existirem exceções para essa regra geral, ela pode ser utilizada sem prejuízo para os casos tratados no presente estudo, de forma que as sentenças declaratórias de dissolução parcial têm efeito *ex tunc* e as constitutivas, *ex nunc*¹⁹.

Em primeiro lugar, conforme dispõe Lucena²⁰, para determinar-se a natureza da sentença de uma ação de dissolução parcial, é preciso atentar-se ao exato objeto do litígio, que pode ser a ocorrência ou não da dissolução parcial ou somente a apuração de haveres. No último caso, o autor dispõe que a sentença é declaratória (quanto à dissolução) e condenatória (quanto à imposição ao pagamento de haveres), enquanto no primeiro caso, a sentença é constitutiva.

¹⁸ De fato, essa generalização abrange a grande maioria dos casos. Em algumas situações, porém é possível que algumas sentenças constitutivas tenham efeitos *ex tunc*. É o que afirma Pontes de Miranda, para o caso das hipóteses de nulidade: “(...) não é ação declarativa aquela que se pede a ‘declaração’ de nulidade, ainda *ex tunc*, de qualquer ato; porque aí relação existe, embora nula.” *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 44.

¹⁹ Ressalta-se, porém, que Barbi, apesar de afirmar a natureza constitutiva da sentença de dissolução parcial *stricto sensu*, acredita que seus efeitos são *ex tunc*, retroagindo à data da propositura da ação, pois é esse o momento em que realmente afasta-se da sociedade. BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 507.

²⁰ LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 838-839; p. 965.

3.1. Morte de sócio – sentença declaratória.

No caso de morte do sócio, a doutrina é uniforme em afirmar que a sentença é declaratória, vez que o desfazimento do vínculo com a sociedade ocorre a partir daquele fato. É a partir dessa data, também, que se consideram os efeitos da sentença.

3.2 - Retirada imotivada com base no 1.029 e retirada motivada com base nos arts. 1.077, do Código Civil, e 137, da LSA.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, defendia-se que a sentença da ação de dissolução parcial *stricto sensu*, ou seja, aquela baseada nos artigos 335, 5, do Código Comercial, era constitutiva, pois modifica uma situação ainda não existente, criando um novo estado jurídico.

Tal raciocínio era compatível com a legislação então vigente, vez que não existia uma previsão para a dissolução parcial *stricto sensu*. Ou seja, ela poderia operar-se apenas judicialmente. Como sua ocorrência dependia da sentença, esta seria, conseqüentemente, constitutiva²¹.

Com a vigência do Código Civil de 2002, a situação foi alterada. A dissolução parcial *stricto sensu*, que era fruto de uma criação doutrinária e jurisprudencial, sem respaldo expresso na lei, passa a ser tratada expressamente pelo Código. Assim, a dissolução parcial baseada no art. 335, 5, do CCo, ou seja, na hipótese de saída por simples vontade do sócio, passou a ser tratada no artigo 1.029,

²¹ “Sabe-se que a ação constitutiva é aquela que visa a uma sentença que crie, modifique ou extinga uma relação ou estado jurídico. É precisamente o que se opera com a dissolução parcial. A sociedade tem sua composição modificada pela extinção da relação jurídica que ligava o autor dissidente aos demais sócios. Diante disso, tem-se por inequívoca a natureza constitutiva negativa da sentença que decreta a dissolução parcial, composta também por carga condenatória ao pagamento dos haveres devidos ao autor (...)” (BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 391).

Código Civil de 2002, que permite a saída do sócio por simples notificação aos demais sócios²².

Ainda que a retirada fundamentada no art. 1.029 seja requerida judicialmente, a natureza da sentença não deve ser considerada constitutiva, como ocorria anteriormente. Pelos mesmos motivos, a dissolução com base nos artigos 1.077, do Código Civil, e 137, da LSA, caso sejam objeto de litígio ou por qualquer outro motivo sejam apreciados judicialmente, será a sentença de natureza declaratória.

As hipóteses dos arts. 1.029, 1.077, do Código Civil, e 137, da LSA, são situações em que é permitida ao sócio a saída da sociedade sem qualquer necessidade de anuência dos demais sócios. Basta a simples manifestação do sócio, que se opera de pleno direito²³, pela simples manifestação de vontade, conforme se extrai da própria redação dos dispositivos²⁴. A lei permite o exercício de tais direitos automaticamente, não podendo ser questionado por qualquer dos sócios ou pela sociedade. São normas imperativas, direitos potestativos, podendo ser renunciadas tão somente pelos próprios titulares do direito.

²² “O instituto, assim criado pelos pretórios nacionais, acabou por introduzir no direito pátrio uma nova modalidade de recesso. Bem ao contrário daquele previsto pelos diplomas legais que regulamentam as sociedades limitadas e as anônimas (...), o direito de retirada, jurisprudencialmente concebido, ou seja, a denominada “dissolução parcial”, confere ao sócio uma verdadeira denúncia vazia do contrato de sociedade. Sequer exige, para a respectiva concessão, a alegação de rompimento da *affectio societatis*, desavença entre os sócios etc.” (FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit., p. 77).

²³ “(...) nas sociedades com prazo indeterminado, o direito de retirada considera-se exercido tão logo seja comunicada a intenção do retirante aos demais sócios.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 259. No mesmo sentido: Priscila Correa da Fonseca, Eduardo Goulart Pimenta, Osmar Brina Corrêa-Lima.

²⁴ Ressalta-se que nos casos dos arts. 1.077, do Código Civil, e 137, da LSA, apesar de o exercício do direito depender apenas de manifestação de vontade de seu titular, é necessário que ocorra alguma das hipóteses mencionadas. Ao contrário, o art. 1.029 prescinde de qualquer fato anterior.

Assim é que o sócio que exercer o direito de retirada baseada em tais dispositivos deverá ser, por definição, retirado da sociedade no momento da notificação²⁵. Qualquer litígio posterior poderá versar apenas sobre os haveres, e não pela saída em si. Nenhum sócio ou a sociedade tem o direito de contestar tal exercício.

Hipótese comum é a de, apesar de poder exercer a prerrogativa extrajudicialmente, o sócio ajuizar uma ação de dissolução parcial para pleitear sua saída, ainda que seja um direito incontroverso. Nesse caso, modifica-se apenas a data da notificação, devendo esta ser considerada como data do ajuizamento da ação. Assim, a sentença poderá apenas declarar sua saída, ocorrida quando da notificação (notificação extrajudicial ou ajuizamento da ação), e condenar a sociedade ao pagamento de haveres. Não poderá discutir o cabimento da saída do sócio, mas tão-somente seus haveres²⁶.

Assim, exercício o direito, seja por meio da notificação extrajudicial ou judicial, a respectiva sentença simplesmente declarará o rompimento do vínculo societário que já se aperfeiçoou. Desse modo, será declaratória.

²⁵ Alguns autores afirmam que a notificação do 1.029 somente produz efeito a partir do prazo de 60 dias. Nesse sentido: Fabio Ulhoa Coelho e Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Ainda: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.08.264008-7/001. Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. Décima Oitava Câmara Cível. Belo Horizonte, 08 nov. 2011: “A sentença, que julga procedente o pedido de dissolução parcial de sociedade limitada, opera efeitos ex tunc em relação à apuração dos haveres, de forma a alcançar a data da retirada do sócio (60 dias após a notificação). Portanto, operada a notificação regular do sócio, a data inicial para a apuração de haveres não é a partir do trânsito em julgado da sentença, nem a data do recebimento da notificação, mas coincidir com o dia em que ele efetivamente se retira da sociedade, isto é, 60 dias após a notificação”. Ainda: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 500.458-6. Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. Belo Horizonte, 19 mai. 2005.

²⁶ “Se o retirante tiver de pleitear judicialmente seus haveres, nada muda quanto à data-base para o respectivo cálculo, porquanto o processo nada irá dispor sobre o direito de retirada, já exercido” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 260).

3.3. Retirada imotivada judicial.

Pode ocorrer de um sócio de sociedade limitada desejar sair da sociedade por simples vontade, sem a ocorrência de qualquer das hipóteses legais, ajuizando uma ação de dissolução parcial de sociedade, simplesmente com base na quebra de *affectio societatis*.

A jurisprudência majoritária e grande parte da doutrina consideram tais motivos suficientes para dar provimento à retirada da sociedade limitada, ainda que não baseada em nenhum artigo de lei ou cláusula contratual.

Da mesma forma, pode um acionista desejar sua saída de uma companhia sem que tenham ocorrido as hipóteses do art. 137, optando pela dissolução parcial da companhia.

Tendo em vista a falta de previsão legal expressa, nesses casos, a sentença que permite a retirada produzirá uma situação nova, qual seja, a resolução da sociedade em relação a um sócio, encerrando uma relação anteriormente existente. Por esse motivo, será constitutiva²⁷, da mesma forma que era aquela que permitia a dissolução baseada no art. 335, 5, do CCo.

3.4. Retirada judicial e o tratamento jurisprudencial.

O que se observa, na prática, é que os julgados não analisam com cuidado qual o regime legal e contratual das sociedades ao determinar a natureza da sentença da ação de dissolução parcial. A tendência é dar provimento ao pedido de retirada e atribuir à respectiva sentença natureza declaratória, sem mencionar a aplicabilidade dos artigos 1.029 ou 1.077 à sociedade em análise²⁸.

²⁷ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 252.

²⁸ “Em processo onde houve manifestação de vontade de os sócios se desligarem da sociedade, pretensão de apuração de haveres e ruptura da *affectio societatis*, sem a extinção da sociedade, a sentença que julgou procedente pedido de dissolução parcial de sociedade, tem natureza predominantemente declaratória”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº

Apesar de majoritário esse entendimento, existem julgados em sentido diverso, considerando de natureza constitutiva a sentença que determina a dissolução da sociedade, sob o fundamento de que, até o

474.168/MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 01 jun. 2006); “EXECUÇÃO Desconsideração da personalidade jurídica Exercício do direito de retirada pelos agravantes Sociedade constituída por prazo indeterminado Notificação Em face da sociedade, direito de retirada exercido após o transcurso de dois meses da comunicação devidamente recebida Ato exercido durante a vigência do Código Civil de 1.916 Proposta ação de dissolução para a apuração de haveres Estritamente entre as partes, **sentença com efeito declaratório em relação ao capítulo do pedido de dissolução** Execução de direito de indenização decorrente do descumprimento de pacto celebrado pela sociedade Efeitos da retirada em face de terceiros que apenas incidem após o respectivo registro Alteração contratual registrada em data muito posterior aos negócios Pertinência subjetiva para manutenção dos agravantes no polo passivo da demanda Responsabilidade. Agravo não provido”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0083642-51.2012.8.26.0000. Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. São Paulo, 21 mai. 2012); “**Dissolução parcial da sociedade - Sentença declaratória - Efeito ex tunc - Momento da manifestação de vontade acerca da retirada fixado como data-base da apuração de haveres** - Correção monetária incidente desde a data-base da apuração de haveres fixada na sentença -Fato que poderia ser dirimido via embargos declaratórios -Apelação improvida, com observação SUCUMBÊNCIA - Pedido inaugural de liquidação da sociedade - Provimento jurisdicional declarando a dissolução parcial da sociedade e condenando as rés à apuração de haveres - Hipótese em que embora tenha ocorrido acolhimento parcial do pedido, autor atingiu seu objetivo (retirada da sociedade e apuração de haveres) – (...)” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0267543-56.2011.8.26.0000. Relator: Des. Ricardo Negrão. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 16 out. 2012); “DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE Sócio retirante **Decisão judicial que tem natureza meramente declaratória, devendo produzir efeitos 'ex tunc'** Precedentes jurisprudências Responsabilidade do sócio retirante, todavia, que persiste até dois anos após a averbação na Junta Comercial Inteligência do art. 1032 do CC Recurso provido, com observação”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 007127-11.2011.8.26.0161. Relatora: Des. Lígia Araújo Bisogni. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 19 jun. 2012); “**A comunicação da retirada dos sócios é a data-marco da dissolução, fixando o período de apuração do ativo e do passivo da sociedade - Quebra do affectio societatis - Sentença de natureza declaratória - Produção de efeitos ex tunc.**” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9045067-88.2007.8.26.0000. Relator: Des. Piva Rodrigues. Nona Câmara de Direito Privado. São Paulo, 17 mar. 2009).

pronunciamento judicial, o sócio mantém essa qualidade²⁹. Mais uma vez, não é comum, nos fundamentos da decisão, a explanação do regime legal e contratual da sociedade.

Cita-se, ainda, julgado do TJMG, ao julgar pedido de retirada fundamentado no art. 1.029, do CC, que entendeu que a sentença, no caso, tinha natureza constitutiva, cujos efeitos operavam-se a partir do trânsito em julgado da sentença, e não da notificação extrajudicial³⁰.

3.5. Exclusão.

Para abordar a hipótese de exclusão, importante atentar-se ao objeto do litígio: se realmente é excluir um sócio ou apenas a apuração de haveres, caso a exclusão já tenha sido operada extrajudicialmente.

²⁹ (...) AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. Pedido do sócio de acesso aos dados da sociedade Admissibilidade **A decisão de dissolução parcial da sociedade possui natureza constitutiva e efeitos ex nunc, de forma que enquanto não decretada, o sócio preserva esta qualidade**, mantendo responsabilidade e dever de fiscalização sobre os negócios da empresa (...) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9176090-07.2000.8.26.0000. Relator: Des. Helio Faria. Primeira Câmara de Direito Privado. São Paulo, 08 nov. 2011).

³⁰ (...) Se a notificação de retirada de sociedade limitada de prazo indeterminado não é aceita consensualmente, por meio da efetivação da alteração do contrato social com sua consequente averbação no órgão competente, permanece a legitimidade do sócio notificante para a pretensão de dissolução, assim como o seu interesse. **Tendo a sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade natureza constitutiva, produzindo efeitos ex nunc, eventuais débitos e créditos devem ser aferidos, na fase de liquidação, com base nas entradas e saídas ocorridas até o momento em que transitar em julgado**, razão por que não afeta o interesse de agir do sócio uma eventual discussão acerca da integralização ou não de suas quotas quando da propositura da ação. (...) Age com acerto o juiz que, considerando não se tratar de hipótese de dissolução total da sociedade, decreta a dissolução parcial, diante da evidência da quebra da affectio societatis, garantindo assim o direito de recesso que é conferido aos sócios e não interferindo nos haveres do sócio retirante, que permanecem os mesmos, independentemente da forma de dissolução da sociedade. (...) **A apuração dos haveres leva em conta a data do efetivo afastamento do sócio retirante da sociedade, o que se dará apenas com o trânsito em julgado da sentença, dado os efeitos ex nunc da decisão de dissolução parcial.** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.770910-7/002. Relator: Des. Elias Camilo. Décima Quarta Câmara Cível. Belo Horizonte, 30 abr. 2009).

A exclusão será judicial na hipótese do art. 1.030, do Código Civil³¹, que ocorre, por exemplo, quando os sócios minoritários, impossibilitados de fazê-lo extrajudicialmente em assembleia geral ou reunião, requerem em juízo a exclusão de algum sócio.

Pode ainda ocorrer a exclusão de sócio por meio de deliberação assemblear regularmente convocada e instalada, nos termos do art. 1.085³², situação em que a manifestação de vontade da sociedade produzirá efeitos desde então, sendo esse o momento de rompimento do vínculo com a sociedade³³.

Se a exclusão extrajudicial for objeto de ação judicial, seja simplesmente para apuração de haveres do excluído, seja por questionar a validade³⁴ ou procedência da exclusão³⁵, a sentença que reconhece o cabimento da exclusão já operada será declaratória.

³¹Art. 1.030, Código Civil - Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

³²Art. 1.085, Código Civil - Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

³³ “(...) temos que a dissolução parcial da sociedade, tanto no caso de retirada quanto na exclusão de sócio, representa o momento em que este membro exprime sua vontade de não mais participar da sociedade ou vice-versa, como se dá na hipótese de exclusão, quando são os demais membros que se manifestam no sentido de não mais ter determinada pessoa nos quadros sociais. Ocorre neste momento o rompimento dos vínculos societários (...) apenas em relação a um ou alguns dos membros. (...) Após a manifestação do sócio insatisfeito (no recesso) ou dos demais consortes (na exclusão) no sentido de romper parcialmente o vínculo societário (...) deve obrigatoriamente ocorrer o procedimento tendente à liquidação da parcela do patrimônio social pertencente àquele membro dissidente ou excluído” (PIMENTA, Eduardo Goulart. Exclusão e retirada de sócios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 120).

³⁴ Em caso de requerimento de anulação da deliberação da Assembleia ou Reunião de Sócio.

Conforme esclarece Fonseca³⁶, a sentença será constitutiva, caso a ação vise a excluir um sócio; se determinar o pagamento de haveres apenas, será condenatória.

Existe, ainda, a possibilidade de o sócio ter sido excluído por deliberação societária e ajuíze ação para anular a deliberação e reintegrar ao quadro societário. Caso a ação seja improcedente, será apenas declaratória. Ou seja, apenas informará que o sócio foi excluído e assim continuará. Caso seja procedente e determine a volta do excluído ao quadro societário, será constitutiva, pois será alterada uma situação jurídica, qual seja, de não sócio para sócio.

Ressalta-se, por fim, precedente do STJ, que, no REsp nº 917.531/RS³⁷, permitiu a exclusão de sócio de sociedade anônima por

³⁵ Caso discuta-se a correta aplicação do art. 1.085, por exemplo no que se refere à ocorrência de justa causa.

³⁶ FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit. p. 155.

³⁷ DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO EM QUE PREPONDERA A AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. EXCLUSÃO DE ACIONISTAS. CONFIGURAÇÃO DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ E SÚMULA 456 DO STF. 1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades “circunstancialmente” anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais (“affectio societatis”). (Precedente: EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/09/2007) 2. É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da “affectio societatis”; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social. 3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo. 4. No caso em julgamento, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da “bona fides societatis”, salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão dos ora recorridos da companhia, porquanto

justa causa, apesar de tal expediente não ser previsto na LSA. Também nesse caso acredita-se que a sentença terá natureza constitutiva, apesar de essa questão não ter sido enfrentada pelo acórdão.

4. Apuração de haveres.

4.1. Forma da apuração de haveres. Critérios.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, as únicas menções do ordenamento à apuração de haveres estavam no art. 668, do CPC de 39³⁸, que tratava da apuração de haveres no caso de morte ou retirada da sociedade, bem como no art. 15 do Decreto³⁹, que dispunha que a apuração de haveres no caso de retirada do sócio por

configuradores da justa causa, tais como: (i) o recorrente Leon, conquanto reeleito pela Assembleia Geral para o cargo de diretor, não pôde até agora nem exercê-lo nem conferir os livros e documentos sociais, em virtude de óbice imposto pelos recorridos; (ii) os recorridos, exercendo a diretoria de forma ilegítima, são os únicos a perceber rendimentos mensais, não distribuindo dividendos aos recorrentes. 5. Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: "A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código." (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917.531/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 nov. 2011).

³⁸Art. 668. Se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado, ou, ainda, pelo determinado na sentença.

³⁹Art. 15. Assiste aos socios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correpondente ao seu capital, na proporção do ultimo balanço approved. Ficam, porém, obrigados ás prestações correspondentes ás quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessarias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social.

discordância à alteração do contrato social deveria ser com base o último balanço aprovado.

A maior parte da doutrina entendia que qualquer que fosse o caso de saída, deveria ser feita a apuração conforme os critérios contrato social ou aqueles que as partes ajustarem no curso do litígio. Apenas no caso de silêncio das duas hipóteses é que prevaleceria a lei. Caso esta se mostrasse lesiva ao interesse da sociedade ou dos sócios, caberia arbitramento do magistrado⁴⁰.

Para evitar qualquer tipo de fraude na apuração, que poderia ocorrer pelo sócio ou pela própria sociedade ao burlar o último balanço, que seria utilizado, o STF editou a Súmula n° 256, segundo a qual “na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retira”. Assim, o sócio que estava saindo precisava estar de acordo com o balanço.

Parte da doutrina e jurisprudência defendiam que no caso de dissolução parcial *stricto sensu*, a apuração devia observar critério contábil diverso. O ex-sócio deveria receber a quantia que receberia caso fosse totalmente dissolvida a sociedade, procedendo-se a uma avaliação física e real dos ativos da sociedade, de acordo com seu valor de mercado, incluindo-se também as reservas. Seria, assim, uma simulação de dissolução total da sociedade, como se fosse totalmente liquidado seu acervo.

O motivo da distinção era que, como a dissolução parcial *stricto sensu* era proveniente da dissolução total, conforme já explicado, o sócio teria direito de receber o mesmo valor que receberia na hipótese de dissolução total⁴¹.

Porém, devido à grande diferença entre os critérios, a jurisprudência passou a aplicar para todas as hipóteses dissolução

⁴⁰ Nesse sentido: FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit., p. 184-185.

⁴¹ “É que, fazendo jus o sócio à dissolução total, e não sendo esta decretada apenas por medida de proteção à empresa, nada justifica deva o sócio permanecer indefinidamente na sociedade. **E, se tem este direito à dissolução total, deve receber seus haveres tal como tivesse sido esta decretada.**” (grifos do autor). Id, Ibid. p. 77. No mesmo sentido: Celso Barbi Filho e Vera Helena de Mello Franco.

parcial o mesmo critério de apuração de haveres que ocorria na dissolução parcial *stricto sensu*, independentemente da causa que as tenha motivado. Segundo essa corrente, a diferença entre o valor contábil do patrimônio da sociedade e o seu valor real poderia provocar um enriquecimento sem causa da sociedade, com prejuízo do ex-sócio⁴².

Assim, a distinção de critério conforme as causas do desligamento do sócio não mais prevaleciam⁴³.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no artigo 1.031, passou a prever o modo de apuração de haveres para os “casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio”, sem fazer distinção entre as hipóteses. Nesse sentido, afirma Brina que o dispositivo se refere a todas as hipóteses, já tendo o STJ definido os contornos da sua interpretação⁴⁴.

Nesse mesmo sentido, a doutrina e a jurisprudência ainda entendem, majoritariamente, que não se diferencia o modo de apuração de haveres conforme as hipóteses de dissolução parcial. Conforme fundamenta Brina⁴⁵, a cota tem um valor patrimonial intrínseco, sendo o mesmo para todos os cotistas. É um bem patrimonial cuja avaliação não deve tomar como base circunstâncias aleatórias a ele, como, por exemplo, o motivo pelo qual o sócio saiu da sociedade.

⁴²TROVO, Beatriz. Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio no Código Civil de 2002. *RDM* n.º. 137, p. 267.

⁴³ A despeito deste entendimento majoritário, muitos autores continuaram a defender que era essencial uma diferenciação entre os critérios segundo a causa da dissolução. Nesse sentido: Celso Barbi Filho, Vera Helena Mello Franco, Priscila Fonseca.

⁴⁴ Penso que o critério supletivo fixado no art. 1.031 aplica-se a todas as hipóteses de resilição da sociedade limitada em relação a um cotista. E que sua exata exegese já ficou suficientemente esclarecida pelo Supremo Tribunal Federal. (CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 196).

⁴⁵Id, *Ibid.* p. 197-199.

Continuou prevalecendo também, na doutrina⁴⁶ e jurisprudência⁴⁷, o entendimento de que a apuração de haveres para qualquer dissolução deve ocorrer como se estivesse ocorrendo uma dissolução total.

Não obstante, alguns autores continuaram defendendo que o critério da dissolução total só faz sentido no caso em que o sócio tem direito, por lei, à dissolução total, mas ocorre a parcial para manutenção da sociedade. Segundo eles, é necessário diferenciar o critério de acordo com a causa da dissolução. Não poderia, por exemplo, no caso de retirada fundada no 1.029, realizar a apuração de haveres da mesma forma que na dissolução total⁴⁸.

Outro questionamento diz respeito a qual seria modo de avaliação, vez que o art. 1.031 não é esclarecedor nesse sentido. Tendem a afirmar a grande maioria dos julgados, da mesma forma que o entendimento anteriormente formado, que é preciso proceder a um balanço especial para verificar o valor real das cotas ou ações,

⁴⁶ “Coube à jurisprudência, mais um vez, corrigir as distorções verificadas no valor de reembolso ao sócio desligado da sociedade. Como referido, a dissolução parcial da sociedade nasceu da interpretação jurisprudencial dos artigos do Código Comercial de 1850 que tratavam da dissolução total da sociedade (arts. 335 e 336), ora revogados, à luz do princípio da preservação da empresa. Por essa razão, tendeu a jurisprudência de terminar que a apuração de haveres do sócio que se desligava da sociedade por dissolução parcial dar-se-ia da forma mais aproximada possível à apuração de haveres na dissolução total, ou seja, com o inventário físico e contábil dos ativos sociais, procedendo-se à avaliação dos mesmos pelo seu valor de mercado atual, constatado por meio de avaliação técnica a ser realizada especialmente por ocasião da exclusão. Dessa forma, estará preservado o *quantum* devido ao sócio que se desliga e afastado o enriquecimento sem causa da sociedade e, conseqüentemente, dos sócios remanescentes em detrimento do retirante”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Saraiva, 2003. v. 13, p. 358-359.

⁴⁷ Na dissolução de sociedade comercial, a apuração de haveres no caso de sócio retirante deve ser feita como se de dissolução total se tratasse, evitando locupletamento indevido dos sócios remanescentes. (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 453.476/GO. Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 19 mai. 2005).

⁴⁸ “(...) já não mais poderá o quotista lançar mão daquela construção pretoriana para se afastar da sociedade, recebendo seus haveres, como se de dissolução total se cuidasse”. FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit., p. 199.

entendido como o valor de mercado, por ser considerado o mais justo. Nesse valor incluem-se todos os bens da sociedade, materiais e imateriais. É o que se observa no STJ, TJSP e TJMG⁴⁹ de maneira predominante.

Assim, considera-se inquestionável, para a grande maioria dos julgados⁵⁰, a inclusão do fundo de comércio.

É possível, ainda, que o contrato social contenha cláusula regulando a maneira de apuração de haveres. A maioria dos autores⁵¹ e alguns julgados⁵² afirmam que o contrato sempre deve prevalecer,

⁴⁹ “DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA - Apuração de haveres - balanço especial indispensável apuração de todo o patrimônio da sociedade, com base em seu **valor real e não meramente contábil** - Parcial procedência”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001019-90.2000.8.26.0115. Relator: Des. Moreira Viegas. Quinta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 03 out. 2012) (grifos do autor); “LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Dissolução parcial de sociedade comercial - Sentença sucinta - Questões analisadas -Apuração de haveres que devem representar o **valor real e efetivo dos bens materiais e imateriais**”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 2.0000.00.355115-7/000. Relator: Des. Wander Marotta. São Paulo, 19 dez. 2001).⁴⁹ (grifos do autor).

⁵⁰ DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES Insurgência que se circunscreve à indenização do fundo de comércio em sociedade empresária de cabeleireiro O fundo empresarial (goodwill) normalmente deve compor o valor dos haveres do sócio retirante, pois constitui ativo intangível, mas economicamente mensurável Nas sociedades que têm por objeto o exercício de profissões regulamentadas, contudo, deve ser aferido caso a caso a existência de aviamento Existência de aviamento indenizável de salão de cabeleireiro com mais de 20 anos de funcionamento e sólida carteira de clientes Impossibilidade de considerar valores indevidamente desviados no cálculo do goodwill e no cálculo dos valores dos haveres, pois presume-se que o sócio retirante participou da movimentação financeira ou ao menos dela teve ciência, conforme cláusula quinta do estatuto social que estabelece a necessidade da assinatura de pelo menos dois sócios para movimentar a conta da sociedade. Provimento do recurso do autor, para condenar os réus ao pagamento dos haveres do sócio retirante. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9195265-40.2007.8.26.0000. Relator: Des. Francisco Loureiro. Sexta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 13 set. 2012).

⁵¹ Nesse sentido: Modesto Carvalhosa, Waldecy Lucena, Mauro Rodrigues Penteado, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Priscila Fonseca.

⁵² Dissolução parcial. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Reconvenção. Pagamento dos haveres. Previsão contratual. Precedentes da Corte. (...)3. **Conforme jurisprudência desta Corte, a regra geral é a de que os haveres**

ainda que contrarie o art. 1.031, sendo esse aplicável apenas na omissão contratual.

No caso, porém, de o contrato prever critério diverso do “valor de mercado”, há julgados⁵³ que determinam que deve prevalecer o último, por ser considerado o mais justo.

4.2. Momento da apuração de haveres.

Com relação ao momento de apuração de haveres, também não há consenso entre os autores, em todas as hipóteses de dissolução parcial. O entendimento mais adequado parece ser aquele que defende que a data-base da apuração deve ser o momento em que o sócio rompeu seu vínculo com a sociedade, perdendo a condição de sócio.

Há autores, porém, que afirmam que a apuração deve ocorrer na data em que o sócio afasta-se de fato da sociedade, o que, para eles, nem sempre coincide com a perda da condição de sócio⁵⁴.

do sócio que se retira da sociedade devem ser pagos na forma prevista no contrato, salvo se existente alguma peculiaridade com força para afastar este entendimento, o que não ocorre no presente caso. 4. Os paradigmas que servem de apoio ao dissídio devem estar no especial, apresentados de forma regular, não servindo, para tanto, paradigma posteriormente juntado. 5. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 450.129/MG. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 08 out. 2002) (grifos do autor).

⁵³ Sociedade comercial. Ruptura irreversível da *affectio societatis*. Dissolução parcial como solução jurídica, apurando-se, posteriormente, os haveres do autor em liquidação por arbitramento, incluindo o acréscimo correspondente ao fundo de comércio, conforme precedentes do colendo STJ Inocorrência de danos morais, na hipótese - Provimento, em parte. (...) Quanto à forma de apuração dos haveres, ela deve ser materializada **de maneira mais próxima possível da apuração real dos bens da sociedade e que refletem o valor da cota**, uma diretriz que o STJ cunhou para orientar os julgados do gênero. **Assim e porque a apuração decorre da vontade da lei, não vale o que dispõe o contrato quando a cláusula contratual depõe contra essa preceito ideológico do justo equilíbrio**, como a cláusula 13a [fls. 116]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0006464-76.2004.8.26.0268. Relator: Min. Enio Zuliani. São Paulo, 06 dez. 2011) (grifos do autor).

⁵⁴ Nesse sentido: BARBI FILHO, Celso. Op. cit., p. 393.

No que tange especificamente à perda da condição de sócio, são muito variadas as posições da doutrina. Carvalhosa, por exemplo, acredita que só se perde a condição de sócio com o recebimento dos haveres⁵⁵.

Não parece, porém, essencial fazer a separação que faz Barbi a respeito do afastamento da sociedade e da perda da condição de sócio. Nem parece necessário enfrentar todas as posições doutrinárias sobre o melhor critério para perda de tal condição sem preocupar-se com a utilidade prática da questão.

Embora, de fato, nem sempre o sócio afaste-se da atividade empresarial exatamente no momento em que deixa de ser sócio, parece útil apenas determinar quando é que se perde a condição de sócio, que é, por definição, o momento em que deve deixar de participar dos resultados da sociedade⁵⁶ e então receber seus haveres e, em tese, quando o sócio se afasta da sociedade.

Com relação à participação nos resultados posteriores ao afastamento da sociedade ou perda da condição de sócio, a jurisprudência⁵⁷ e a doutrina⁵⁸ são firmes no sentido de que, realmente, o sócio não deve participar, dos lucros nem das perdas.

⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto. Op. cit.

⁵⁶ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

⁵⁷ (...) apuração dos haveres do sócio que se retira da sociedade não pode levar em consideração o sucesso ou o fracasso do empreendimento, por causas posteriores à sua retirada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 995.475/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 17 mar. 2009).

⁵⁸ “Não faria o menor sentido que o sócio retirante participasse dos lucros advindos da ulterior atividade empresarial desenvolvida pela sociedade, como, pela mesma e idêntica razão, sofresse os prejuízos decorrentes de uma posterior administração ruínosa ou até propositadamente fraudulenta com vista na minimização do montante dos haveres a serem liquidados. Por esse primordial motivo é que os haveres deverão ser estabelecidos no instante em que o sócio desliga-se de fato da sociedade.” FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit., p 209.

Existem fatos objetivos que acarretam na perda da condição de sócio e é este o momento que deve ser levado em conta para determinar o período que será considerado para fins de apuração de haveres.

Acredita-se, portanto, que a regra geral que deve prevalecer é que a data-base de apuração de haveres deve ser a do rompimento do vínculo com o sócio, que pode ser a data da sentença ou fato anterior.

No caso de morte de sócio, não há grandes discussões, sendo considerado que a data-base da apuração deve ser a data do óbito.

No caso de exclusão extrajudicial, em que eventual sentença será declaratória, a data da apuração deve ser a da respectiva deliberação válida ou, sendo a exclusão feita por alteração contratual, a data do registro da alteração no órgão competente⁵⁹.

No caso da exclusão judicial, por ser a sentença constitutiva, deve a apuração de haveres basear-se na data da sentença, momento em que o vínculo com a sociedade é rompido.

No que tange à hipótese de retirada fundamentado nos arts. 1.029 e 1.077, ambos do Código Civil, conforme já se afirmou, basta a simples notificação para seu exercício. Dessa maneira, entendem a doutrina e jurisprudência majoritárias que o vínculo societário se desfaz com a notificação, devendo ser esta a data-base para apuração de haveres⁶⁰.

⁵⁹ “A data da exclusão do recorrido da sociedade a ser considerada não é a do registro da alteração contratual na JUCEMG, mas a da própria deliberação tomada pelos demais sócios. (BRASIL. TAMG, Apelação nº 275.086-5. Relator: Des. Francisco Bueno. Sexta Câmara Cível. Belo Horizonte, 06 mai. 1999); “O balanço especial, que informará a apuração de haveres, será aquele existente na data em que foi registrada, na Junta Comercial, a alteração que determinou a exclusão do sócio”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 105.247/MS. Relator: Min. Rafael Mayer. Primeira Turma. Brasília, 14 jun. 1985). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 101.952/MS. Relator: Min. Moreira Alves. Segunda Turma. Brasília, 05 fev. 1985.

⁶⁰ “Quando é o sócio que resolve retirar-se da sociedade, a data que deve ser levada em conta é a da comunicação de tal vontade à sociedade. Isso porque o recesso é declaração de vontade de natureza receptícia a qual produz efeitos tão logo, de seu teor, seja inteirado o destinatário. Cuida-se, outrossim, de direito potestativo do

Se não houver notificação extrajudicial, porém, deve ser considerada a data da citação da ação de dissolução parcial, que é o momento em que os demais sócios tomam conhecimento da retirada.

Porém, nos casos em que a dissolução parcial ocorre judicialmente, com pedido de retirada imotivado, sem respaldo nos arts. 1.029 e 1.077, tendo a sentença tem natureza constitutiva, a data-base para apuração de haveres deve ser a data da sentença.

Nota-se, porém, nos julgados sobre o assunto, que os tribunais apreciam a dissolução parcial sem mencionar a legislação aplicável, conforme o contrato de cada sociedade. Assim, muitas vezes é difícil verificar se o pedido de retirada é baseado em algum dispositivo do Código Civil, em alguma cláusula contratual ou se o pedido é imotivado.

5. Conclusões.

A regra geral para definir-se a natureza da sentença da ação de dissolução parcial deve pautar-se no mérito da ação, que modificará conforme a causa da dissolução parcial. Importante definir, portanto, quando ocorreu o rompimento do vínculo do sócio: na decretação da sentença ou em evento anterior. Se na data da sentença, conforme o caso de exclusão judicial e pedido de retirada sem aplicabilidade direta de alguma das hipóteses de retirada, será essa constitutiva, de forma que a apuração dos haveres deve ocorrer com esta data-base.

Por outro lado, se a ação visar principalmente à determinação dos haveres ou contestar retirada já operada extrajudicialmente, a sentença será predominantemente declaratória, como é o caso da retirada com base nos arts. 1.029 e 1.077, do código Civil, bem como art. 137, LSA. A data-base de apuração de haveres, em tais casos, será a data da notificação à sociedade do sócio retirante ou, no caso de exclusão, a data da deliberação da assembleia ou reunião de sócios.

retirante, sendo certo que, à sociedade, em relação ao mesmo, cabe apenas uma posição de sujeição” (FONSECA, Priscila M. P. C. Op. cit., p. 208).

**AS <ENTENTES> PROIBIDAS NO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO
ARTIGO 101, (1) DO TRATADO DE LISBOA¹**

**THE PROHIBITED ENTENTES IN THE EUROPEAN UNION
LAW OF COMPETITION: ANALYSIS OF THE ELEMENTS
OF ARTICLE 101, (1) OF THE LISBON TREATY**

Rodrigo Azambuja Martins

Resumo: Normas sobre concorrência não são novidade no Direito Comunitário. Desde 1951, o tratado que criou a Comunidade do Carvão e do Aço já as previa. O ideal de construir um mercado comum, através da livre circulação dos fatores de produção conferiu a essas normas caráter fundamental para sua implementação, afinal de nada adiantaria a supressão das barreiras alfandegárias se, por exemplo, empresas realizassem acordos compartimentando o mercado que se pretendia comum. O longo período de existência, associado ao trabalho realizado pelos órgãos comunitários encarregados da aplicação do direito concorrencial, às teorias econômicas que se desenvolviam no espaço europeu, nomeadamente o ordo liberalismo, e os objetivos a serem alcançados através da união dos povos europeus, deram ao direito comunitário da concorrência um caráter próprio. Através do presente trabalho buscar-se-á analisar os elementos constitutivos da proibição encerrada no art. 101, 1 do Tratado de Lisboa: a existência de uma empresa ou de uma associação delas; a colusão (expressada através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência; consequências significativas na competição; efeitos consideráveis no comércio entre

¹ Artigo recebido em 29.01.2015 e a aceito em 04.03.2015.

Estados-membros. Em seguida, analisar-se-ão as consequências da adoção de um dos comportamentos proibidos (art. 101, 2).

Palavras-chave: Direito da concorrência; União Europeia; Práticas comerciais proibidas; Aplicação do art. 101, 1 do Tratado de Lisboa.

Abstract: Competition norms have always existed in the European Law. Since 1951, the treaty that created the European Steel and Coal Community had rules about the theme. The ideal of building a common market, through the free circulation of the production factors, granted these norms a position of prominence. After all, the abolition of border control would become pointless if companies, for example, could share market portions. The long period of its existence, associated to the work done by the communitarian organs dedicated to apply these norms, and the economic theories developed in Europe have given the European Competition Law a unique character. This paper aims to analyze the constitutive elements of article 101,1 of the Lisbon Treaty: the existence of an enterprise or an association of enterprises; the collusion (expressed by several forms of agreements, decisions by the associations, or concerted practices); the affectation of the market, and its significant consequences to competition; and the considerable effects to the transnational commerce. Thereafter, it will analyze the consequences of the adoption of one of the prohibited practices.

Keywords: Competition Law; European Union; Prohibited commercial practices; Application of the article 101, 1 of the Lisbon Treaty.

Sumário: I. Introdução. II. A interpretação e aplicação do art. 101, 1; II.1. A noção de empresa e associação de empresa; II.2. O sentido de acordo, decisão, e prática

concertada; II.3. O objeto ou efeito de restrição da concorrência; II.4. Efeito significativo da restrição; II.5. Efeito significativo no comércio entre Estados Membros; II.6. As espécies de comportamento enumeradas. III. Ônus da prova na demonstração da ocorrência do comportamento proibido. IV. Consequências da adoção da prática proibida; IV.1. Nulidade; IV.2. Sanções Administrativas; IV.3. Reparação de danos. V. Sínteses conclusivas.

I. Introdução.

Normas protetivas da concorrência não são novidades no direito comunitário. O tratado de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, já continha provisões que proibiam a adoção de práticas anticoncorrenciais (artigos 60 a 67). Os demais instrumentos que o seguiram igualmente vedavam a adoção de práticas que buscavam restringir, falsear, ou deformar o jogo da concorrência (artigos 85 e 86 do Tratado de Roma; artigos 81 a 89 do Tratado de Nice). O Tratado de Lisboa (TFUE) da mesma forma tratou do tema em seus artigos 101 a 109.

A adoção de uma economia de mercado livre² – em que a alocação de recursos é determinada exclusivamente pela regra da oferta e procura – não prescinde da adoção de regras para regulação do comportamento dos agentes econômicos. No contexto regulatório

² Conforme art. 3, 3 do Tratado da União Europeia: “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num **crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços**, numa **economia social de mercado altamente competitiva** que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.”

da concorrência, normas são necessárias para correção das imperfeições do mercado. Particularmente, se absolutamente livres para determinarem suas condutas, empresas tendem a combinar comportamentos de modo a aumentar seus lucros em detrimento da sociedade³. Com efeito, nos modelos de economia de mercado livre sempre existiu a consciência de que o princípio da livre iniciativa econômica privada postulava quer a liberdade de exercício do comércio e da atividade empresarial, quer a liberdade contratual. Levado ao extremo, esse princípio poderia permitir tudo, incluindo a liberdade para destruir a concorrência⁴ e, em consequência, a própria liberdade para o exercício da atividade econômica.

A perfeita competição se estabelece em um mercado em que há grande número de fornecedores e compradores, o produto é homogêneo, há informação clara sobre este, e inexistem barreiras para entrada e saída de agentes econômicos. Nesse quadro, em que fornecedores são insignificantes em relação ao mercado, estes são descritos não como definidores de preço, mas sim como assimiladores desse⁵.

Resultado desse fenômeno é uma eficiência alocativa dos recursos, uma vez que mercadorias/serviços serão produzidos na quantidade necessária ao consumo da sociedade e disponibilizados no ponto em que o preço corresponder aos custos marginais⁶. O fornecedor não produzirá mais, entretanto, se atuando com vistas a aumentar seus ganhos, também não produzirá menos. Todos aqueles

³ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: text, cases, and materials*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 4.

⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A aquisição de empresas no direito da concorrência: nótulas sobre concentração. In: CÂMARA, Paulo (Org.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 267.

⁵ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. op. cit., p. 7.

⁶ Na definição de R. L. Miller corresponde à variação nos custos totais quando há variação de uma unidade na taxa de produção. O custo marginal é igual à variação no custo total por variação de uma unidade do produto. In: *Microeconomia, Teoria, questões e aplicações*. São Paulo: Makron Books, 1981.

desejosos de adquirir um produto a custo de produção poderão fazê-lo. Há um equilíbrio no mercado⁷.

Por outro lado, também se verifica uma eficiência técnica. Como toda empresa deve produzir a custo mínimo – caso contrário perderá mercado – constantemente deve desenvolver técnicas/ inovações para barateamento do preço, redução esta que será transmitida ao consumidor final⁸.

Para além de obter esses ganhos advindos de um mercado em que a concorrência é perfeita, verifica-se, no contexto comunitário, que as regras concorrenciais também têm por escopo assegurar a criação do mercado comum. Com efeito, a Comunidade Européia pretendia atingir seus objetivos através da instituição de um mercado interno, que se baseava numa união aduaneira. Nela haveria livre circulação dos fatores de produção: trabalhadores, mercadorias, e serviços. Suprimir todas as restrições normativas à circulação nada adiantaria, se resultados semelhantes pudessem ser atingidos por outras vias, notadamente a partilha geográfica de mercados por acordos entre empresas, ou o abuso de posições dominantes que inviabilizassem o acesso de empresas provenientes de outro Estado membro aos mercados nacionais. Daí a previsão, como parte da espinha dorsal da própria União, de medidas que, em todos os setores econômicos, garantam que a concorrência não seja falseada⁹.

Assim, a par de cumprir sua missão de obter equilíbrio e progresso econômico, as normas de direito comunitário da concorrência igualmente tencionam à construção de um mercado único, o que é corroborado pelo disposto no art. 3, 1, b do TFUE: A União tem competência para editar normas de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno. Os referidos objetivos são perseguidos através de três instrumentos: a proibição de

⁷ JONES, Alison. Op. cit., p. 8.

⁸ Loc. cit.

⁹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 637-640.

ententes (art. 101), do abuso da posição dominante (art. 102), e de fusões de empresas que não cumpram os requisitos do Regulamento 139/2004.

As referidas normas foram objeto de grande interesse científico por parte da doutrina, e tiveram seu conteúdo delineado pelos órgãos comunitários, notadamente a Comissão (CE) e o Tribunal de Justiça (TJUE) que, ano após ano, na aplicação concreta dessas disposições desvendaram seus contornos e limites¹⁰.

Seu longo período de existência, associado ao trabalho realizado pelos órgãos comunitários encarregados da aplicação do direito concorrencial, às teorias econômicas que se desenvolviam no espaço europeu, nomeadamente o ordo liberalismo¹¹, e os objetivos a serem alcançados através da união dos povos europeus, deram-lhe um caráter próprio¹².

Através do presente trabalho buscar-se-á analisar os elementos constitutivos da proibição encerrada no art. 101, 1: a existência de uma empresa ou de uma associação delas; a colusão (expressada através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência; consequências significativas na competição; efeitos consideráveis no comércio entre Estados-membros. Em seguida, analisar-se-ão as consequências da adoção de um dos comportamentos proibidos (art. 101, 2).

Estarão excluídas de nossas investigações, portanto, as hipóteses de isenção previstas no art. 101, 3, bem como questões

¹⁰ ALVES, José Manuel Caseiro. *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 3.

¹¹ Alison Jones refere-se a ela não apenas como uma escola econômica, mas sim como uma filosofia econômica e política. Concebida na década de 30 na Alemanha, ganhou força no pós-guerra. Para ela a concorrência era necessária para o bem-estar econômico e liberdade política, evitando-se a emergência de poder privado sem contenção e intervenções governamentais discricionárias. Op. cit., p. 35.

¹² Id, Ibid. p. 36.

relacionadas ao abuso da posição dominante e ao fenômeno da concentração de empresas.

II. A interpretação e aplicação do art. 101, 1.

II.1. A noção de empresa e associação de empresa.

Ao iniciarmos a exposição dos elementos constitutivos da proibição encerrada pelo art. 101, 1 do TFUE, a primeira questão que se coloca são seus destinatários, vale dizer, os **sujeitos** ao qual é direcionada. A análise da disposição é clara: a vedação encerra comportamento de empresas e associação de empresas. De se notar, entretanto, que o tratado não define o que seja empresa, tarefa da qual se desincumbiu o TJUE em inúmeros julgados.

Empresa, no direito, designa realidades diversas, de acordo com os variados contextos em que se insere e os propósitos para os quais a definição é criada. No contexto da concorrência irá assumir uma acepção subjetiva (sujeitos jurídicos que exercem atividade econômica)¹³.

Abarca todas as entidades engajadas em atividades econômicas, independentemente de seu estatuto jurídico, ou a maneira pela qual é financiada. Utiliza-se um critério funcional, baseado na natureza comercial das atividades, e não no tipo de entidade¹⁴. Questão que se põe, entretanto, é saber o que consiste *atividade econômica*, do que se distinguirá de *atividades realizadas em prol do interesse público*, em que o agente atua com poder de autoridade.

¹³ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.); PORTO, Manuel Lopes (editor literário). *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 34.

¹⁴ AITMAN, David; DAS, Manish. In: DABBAH, Maher M.; HAWK, Barry E. (Org). *Anti-cartel enforcement worldwide*. Cambridge: Cambridge University press, 2009. p. 401.

Ao julgar o caso *Aéroports de Paris*, o TJUE afirmou que “constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado¹⁵”. Ademais, lembrou que “o facto de uma actividade poder ser exercida por uma empresa privada constitui um indício suplementar que permite qualificar a actividade em causa como actividade de empresa¹⁶”.

Do acórdão pode-se inferir que uma atividade econômica seria aquela consistente na colocação de bens e serviços no mercado que, em tese, poderia ser desempenhada por um ator privado com vistas a obtenção de lucro.

Alison Jones ensina que deve a atividade passar num teste sobre a existência de três elementos para ser considerada como econômica: oferta de bens e serviços; suportar riscos financeiros do empreendimento; potencial para obtenção de lucro pela atividade (irrelevante se de fato é lucrativa ou se foi constituída com esse propósito)¹⁷. Essa abordagem funcional do conceito permitiu a aplicação das regras de concorrência a uma gama variada de entidades, incluindo indivíduos, clubes, autoridades/órgãos públicos(as).

De toda sorte, encontram-se fora da noção de empresa os consumidores privados; o Estado e outros entes públicos que adquiram bens para satisfação de necessidades próprias, sem a intenção de reintroduzi-los no mercado; órgãos públicos atuando somente no exercício de prerrogativas de poder público; trabalhadores dependentes; entidades que exercem atividades exclusivamente sociais, baseadas no princípio da solidariedade e sem fins lucrativos¹⁸.

Da enumeração supra percebe-se um cuidado dos autores ao definir o campo de exclusão do conceito, uma vez que,

¹⁵ Conforme parágrafo 79 do acórdão.

¹⁶ Conforme parágrafo 82 do acórdão.

¹⁷ JONES, Alison. Op. cit., p. 125, nota 38.

¹⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.), *et al.* Op. cit., p. 35. Ali há referência há inúmeros casos julgados pelo TJUE corroborando a posição defendida.

constantemente, se utilizam de expressões como “exclusivamente”, “somente”. Não se trata de um excesso de zelo. Pelo contrário, consequência do approach funcional realizado pelo TJUE ao definir o conceito empresa é sua **relatividade**.

Com efeito, parte das atividades de uma entidade pode ser econômica e parte não. A essas não se aplicam as regras de concorrência. Àquelas atividades sim. Em diversas oportunidades o TJUE já assentou a relatividade do conceito. Ao julgar o caso *Motoe* assentou que:

que a circunstância de uma entidade dispor, para o exercício de uma parte das suas actividades, de prerrogativas de autoridade pública não impede, por si só, que seja qualificada de empresa na acepção do direito comunitário em relação ao resto das suas actividades económicas. Com efeito, a qualificação de actividade abrangida pelo exercício das prerrogativas de autoridade pública ou de actividade económica deve ser feita separadamente para cada actividade exercida por uma dada entidade¹⁹

De toda sorte, deve-se verificar se as atividades econômicas desempenhadas podem ser dissociadas dos poderes de autoridade conferidos à entidade. Caso elas estejam intimamente relacionadas, não poderá ser considerada empresa para qualquer fim²⁰.

¹⁹ Conforme parágrafo 25.

²⁰ Conforme julgamento do caso SELEX Sistemi Integrati SPA v. Comissão. Cuidava-se de caso que envolvia o Eurocontrol, uma organização para segurança da navegação aérea. A entidade estava investida de poderes previstos na Convenção para a Segurança da Navegação Aérea. Toda sua atividade era indissociável dos propósitos previstos naquela Convenção, o que levou o TJUE a afirmar que “ ao proceder a uma apreciação errada do direito, o Tribunal de Primeira Instância julgou no sentido de que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais era dissociável da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea do Eurocontrol, considerando que a relação entre a referida actividade de prestação de assistência e a segurança da navegação aérea era indirecta, fundamento baseado no facto de a prestação de assistência proposta pelo Eurocontrol só cobrir as especificações técnicas no momento da abertura dos processos de concursos e só se repercutir, portanto, na segurança da navegação aérea através desses processos”, parágrafo 77.

Por outro lado, apesar de semelhantes (dado o interesse da coletividade na realização da atividade), não se deve confundir atividade típica de autoridade pública com serviços de interesse econômico geral. Essas são sujeitas às regras de concorrência, desde que sua aplicação não impeça o cumprimento de sua missão particular (art. 106, 2 do TFUE).

A definição do que sejam os serviços de interesse econômico geral, em razão do princípio da subsidiariedade, compete aos Estados membros, assim como as entidades responsáveis pela sua prestação, pois as autoridades nacionais, por estarem mais próximas da realidade de seu país, conhecem as vicissitudes e necessidades de seus cidadãos²¹. De toda sorte, os órgãos comunitários têm controlado a qualificação empreendida pelos Estados partes, notadamente nos casos de erro manifesto de apreciação.

Em *Courbeau* – caso referido ao TJUE pelas autoridades judiciais belgas – discutia-se se um Estado membro poderia ameaçar com pena criminal o comportamento daquele que violasse o monopólio concedido a uma empresa que desempenhava o serviço postal. O Tribunal, ao analisar o caso, reconheceu o referido serviço como de interesse econômico geral, uma vez que “consiste na obrigação de assegurar a recolha, transporte e distribuição do correio, em benefício de todos os utentes, em todo o território do Estado-membro em causa, mediante tarifas uniformes e condições de qualidade semelhantes, sem ter em conta as situações especiais e a rentabilidade econômica de cada operação individual”²².

A noção parece, assim, ser baseada num conjunto de elementos: universalidade, modicidade das tarifas, continuidade, igualdade, qualidade, defesa dos usuários. *Calvão da Silva* afirma que o Tribunal de Justiça recorre às clássicas ‘leis de Roland’ para definir o serviço de interesse econômico geral, que traduzem a base do

²¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.), *et al.* Op. cit., p. 42.

²² Conforme parágrafo 15.

regime jurídico dos serviços públicos: continuidade, igualdade, mutabilidade²³.

Entretanto, apesar de reconhecer essa natureza, afirmou a Corte que o monopólio só poderia ser validamente instituído – fato a ser pesquisado pelas Cortes belgas – na medida em que indispensável para o desempenho da missão confiada ao serviço de interesse geral, mormente se não puser em causa o equilíbrio econômico-financeiro da empresa.

Em interessante compilação sobre os julgados da Corte envolvendo a distinção de atividades econômicas e atividades típicas de autoridade, *Alison Jones* apresenta o seguinte quadro comparativo²⁴:

Empresas	Entidades de caráter não empresarial
1) Agências de emprego comandada pelo Estado (conforme caso Hofner e Elser);	1) Entidade de controle de tráfego aéreo, envolvida na manutenção e melhoria da segurança da navegação (caso SELEX Systemi Integrati SpA);
2) Empresa europeia de transmissão de TV (conforme caso European Broadcasting Union);	2) Instituição encarregada de gerir sistema compulsório de seguridade social (caso Poucet e Pistre);
3) Agentes alfandegários independentes/despachantes (conforme caso Itália v. Comissão – C-35/96);	3) Entidade guiada por leis privadas, à qual foi confiada a missão de vigilância da qualidade ambiental no porto de Genoa (caso Diego Cali v.
4) Instituições públicas de transmissão (conforme decisão publicada no jornal oficial das comunidades	

²³ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.); PORTO, Manuel Lopes (editor literário). *Lei da Concorrência (...)*. p. 42, nota 07.

²⁴ Op. cit., p. 125 et seq. Tradução livre.

<p>L284/96);</p> <p>5) Instituição que mantinha regime previdenciário facultativo para trabalhadores de agricultura (caso Federation Française des Sociétés d'Assurance);</p> <p>6) Fundo de pensão de filiação compulsória patrocinado pelo governo (caso Albany International BV);</p> <p>7) Organizações médica fornecedoras do serviço de ambulância (caso Ambulaz Glockner);</p> <p>8) Correios espanhóis (caso Spanish Courier Services – OJ L 233/90);</p> <p>9) Redes de televisão pública (caso 155/73, Itália v. Sacchi);</p> <p>10) Entidade habilitada a apreciar pedidos de autorização para eventos moto ciclísticos (caso MOTOE).</p>	<p>SEPG);</p> <p>4) Autoridade municipal concedente de autorizações exclusivas em relação a serviços funerários (caso Corinne Bodson);</p> <p>5) Instituto provedor de seguros contra acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (caso Cital di Battistello Venanzio);</p> <p>6) Organizações que administrava o sistema nacional de saúde espanhol (caso FENIN);</p> <p>7) Grupos de fundos de doença (caso AOK Bundesverband).</p>
--	--

Já no que toca às associações de empresas, costuma referir-se a elas como agrupamento de empresas do mesmo ramo, encarregado da defesa dos interesses comuns em relação a outros agentes econômicos, organismos governamentais, e público em geral²⁵.

Caseiro Alves expõe que se trata de uma forma de cooperação entre as empresas, cuja igualdade e independência encontram-se garantidas. Encontra três elementos que lhe definem: *constituição*

²⁵ Conforme opinião emitida pelo Advogado-Geral Léger no caso Wouters, C-309/99, parágrafo 61.

livre e consciente (exclusão dos simples vínculos de fato); *igualdade dos membros* (identidade de tratamento aos associados que se encontrem nas mesmas condições); *autonomia dos associados*²⁶.

Sua referência pela legislação anticoncorrencial parece se justificar para impedir que empresas adotem comportamentos concertados através de uma estrutura institucionalizada, contornando a proibição. Nesse sentido, o Advogado-Geral Léger afirma que

para garantir a efectividade deste princípio, o artigo 85.º, n.º 1 < art. 101, 1 TFUE >, abrange não apenas as modalidades directas de coordenação de comportamentos entre empresas (os acordos e as práticas concertadas), mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum²⁷.

Não se deve olvidar que a própria associação de empresa pode ser considerada empresa para fins do direito concorrencial, a depender da análise do exercício de atividade econômica por si.

II.2. O sentido de acordo, decisão, e prática concertada.

Uma vez definidos os sujeitos capazes de incidir nos diversos comportamentos vedados pelo art. 101, 1 do TFUE, cumpre-nos analisar em que consistem as citadas condutas. O texto legal faz referência a **acordos** entre empresas, **decisões** de associação de empresas, e **práticas concertadas**.

Por acordo deve-se entender, afastando-se da acepção privatística do direito civil, todo produto da concordância de vontades (elemento subjetivo), não sendo necessário que esse encontro crie obrigações jurídicas. Bastará que restrinja por meios extra-jurídicos a liberdade de ação das partes, de modo que já não mais poderão tomar

²⁶ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 25.

²⁷ Conforme opinião manifestada no caso Wouters, parágrafo 62.

decisões autonomamente, mas em função daquela combinação. Exigir-se que o acordo seja fonte de obrigações juridicamente vinculantes faria o direito da concorrência refém das classificações jurídicas atribuídas pelas diversas ordens internas, dificultando sua aplicação e o cumprimento de seus objetivos²⁸.

Assim, desnecessária a existência de um plano, bastando que empresas tenham expressado uma vontade conjunta de se comportar no mercado de determinada forma. No conceito estão incluídos os acordos de cavalheiros, e as regras de boa vizinhança²⁹. Sobre o tema, o TJUE já se pronunciou diversas vezes afirmando que “longe de exigirem a elaboração de um verdadeiro «plano», devem ser entendidos <acordos> à luz a concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual cada operador econômico deve determinar, de modo autônomo, a política comercial que tenciona adoptar no mercado comum”³⁰.

Infere-se que, para fins do direito da concorrência, pouco importa a forma jurídica pela qual se reveste o acordo, até porque se trata de um ramo do direito marcado pela prevalência da substância sobre a forma³¹.

A exigência de um concurso de vontades nos faz ver que, para estarmos diante de um acordo necessariamente deverão estar envolvidos dois agentes econômicos. Essa assertiva nos remete para outra questão, relacionada aos contratos de agência, e acordos realizados no interior de grupos de sociedades. Bastará a existência de duas pessoas jurídicas distintas para se verificar a concorrência de vontades?

Parece que não. Se as empresas atuarem como uma unidade econômica estará afastado o concurso. Eventual comportamento anticoncorrencial poderá recair na proibição do art. 102, mas não

²⁸ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 35.

²⁹ JONES, Alison. Op. cit., p. 142.

³⁰ Conforme caso Adriática, parágrafo 89.

³¹ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.). Op. Cit. p. 88.

naquela ora analisada, que pretende deixar intocados comportamentos no seio de um grupo empresarial. A unidade restará verificada quando inexistir **independência econômica** de uma das sociedades componentes do grupo, aferida pela impossibilidade de a mesma determinar seu modo de atuação no mercado³².

A determinação concreta da (in)dependência das entidades não é tarefa fácil e dependerá sempre da análise das conjunturas em que as mesmas estão inseridas, e dos poderes de fato exercidos pela sociedade mãe sobre as subsidiárias/filiais. Parecem ser indicativos dessa circunstância: o controle sobre os membros da diretoria (possibilidade de indicá-los e afastá-los); o fato de a subsidiária seguir determinações diretas da sociedade-mãe; a elevada participação no capital social³³.

Em *Viho Europe BV*, após constatar que a sociedade-mãe detinha 100% do capital social da subsidiária, o TJUE afirmou que elas formavam “uma unidade econômica no interior da qual as filiais não têm autonomia real na determinação da sua linha de acção no mercado, mas aplicam as instruções que lhe são impostas pela sociedade-mãe que as controla.”, razão pela qual excluiu a existência de um acordo entre empresas, mesmo que diversas pessoas jurídicas distintas participassem da prática³⁴.

De igual modo, não parece incidir na proibição os contratos realizados pelos fornecedores com seus agentes, uma vez que estará em causa a distribuição do trabalho no âmbito da atividade empresarial, que se comporta como agente econômico único, muito embora materializado através de duas pessoas distintas. Entretanto, tratando-se de agente independente, em que há uma convenção

³²JONES, Alison. Op. cit., p. 135.

³³ Id. Ibid. p. 137.

³⁴EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law: An analytical guide to the leading cases*. 2ª ed. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, p. 19. O autor também fez referência à decisão proferida em *Hydrotherm v. Compact* (C 170/83), em que a referida orientação foi aplicada.

expressa ou tácita quanto à assunção dos riscos pela comercialização do produto ou serviço, unidade não haverá³⁵.

Nesse mesmo sentido, a Comissão Europeia manifesta-se na sua Comunicação sobre Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01) ao afirmar que “13. Factor determinante na apreciação da aplicabilidade do artigo 101, 1 é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente”. Normalmente será considerado contrato de agência, não abrangido pela proibição do art. 101,1 aquele em que os produtos não forem de propriedade do agente; não for ele responsável pela solvabilidade do comprador, além de outras situações previstas no parágrafo 16 da comunicação.

Por outro lado, as diferentes unidades econômicas partes no acordo não precisam operar no mesmo estágio do processo produtivo, vale dizer, ser concorrentes. A proibição abrange os chamados acordos verticais, até porque o texto legal não faz qualquer distinção. Ademais, é indubitável que apesar de os participantes do acordo vertical não concorrerem entre si, podem falsear a concorrência, uma vez que a exclusividade de fornecimento de determinado produto pode provocar aumento de preço de insumos, e encarecimento do preço final do concorrente, provocando dominação de mercado. Essa orientação foi firmada em *Consten e Grunding v. Comissão* (casos 56 e 58/64)³⁶.

³⁵ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 27.

³⁶ Naquela oportunidade o TJUE afirmou que: “O artigo 85, ao referir-se de forma geral a todos os acordos que falseiem a concorrência no interior do mercado comum, não procede a qualquer distinção entre esses acordos conforme sejam celebrados entre operadores concorrentes na mesma fase da produção ou entre operadores não concorrentes situados em fases diferentes. Em princípio, não deve distinguir-se onde o Tratado não distinga. A concorrência pode ser falseada, na acepção do artigo 85º, n.º1, não apenas por meio de acordos que a limitem entre as partes, mas ainda por meio de acordos que impeçam ou restrinjam a concorrência que poderia existir entre uma delas e terceiros”.

As **práticas concertadas**³⁷, por sua vez, representam os comportamentos das empresas não suscetíveis de serem justificados economicamente, fazendo transparecer que as empresas substituem entre si os riscos da concorrência por uma cooperação prática – conforme decisão do caso *Dyestuff*, parágrafos 64/5³⁸.

Visam abranger todo e qualquer concurso de vontade ou conluio entre empresas destinados a produzir efeitos que a norma pretende evitar. Não é sequer necessário determinar, para reputar o comportamento verificado, se o mesmo assume a forma de acordo escrito, ou mero entendimento comercial³⁹. Trata-se de um soldado de reserva, de modo a abranger todos os comportamentos colusivos, a partir da constatação de que a efetividade das normas da concorrência ficaria abalada se seus objetivos pudessem ser contornados pela adoção de comportamentos diversos de acordos, em que o grau de vinculação fosse brando⁴⁰.

Em resumo, seus elementos constitutivos são: coordenação ou cooperação prática entre empresas, que substitui sua atuação independente; existência de contatos entre empresas, levados adiante com vistas a possibilitar a coordenação; objetivo de eliminar a incerteza quanto ao comportamento futuro dos rivais⁴¹.

Por outro lado, para que restem caracterizadas as práticas concertadas, também devem elas ser implementadas no mercado, não bastando a aproximação ou combinação. A utilização da expressão “prática” revela que, diferentemente do que se passa com acordos, deve ela ser executada, não sendo configurada com o mero conluio.

³⁷ Optamos por defini-la antes da ordem legalmente instituída por razões didáticas, uma vez que se assemelham aos acordos, sendo prudente traçar suas distinções.

³⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. In: *Direito da União...*, p. 660.

³⁹ Id. (Coord.). In: *Lei da concorrência...*, p. 89.

⁴⁰ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 38.

⁴¹ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário da concorrência: A posição dominante coletiva*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 269.

Nesse mesmo sentido, *Ariel Ezrachi* expõe que o conceito de prática concertada, como resulta dos termos do art. 101,1 do TFUE requer, para além da combinação, uma subsequente conduta no mercado e uma relação de causa e efeito entre ambas. Expõe que, a par das distinções traçadas entre os conceitos de acordo e práticas concertadas, os órgãos encarregados da aplicação de normas anticoncorrenciais poderão realizar uma classificação conjunta do comportamento, afinal ambos são proibidos⁴².

Em *Limburgse Vinyl Maatschappij* (caso polipropileno), o Tribunal de Primeira Instância (TPI) seguiu essa orientação. O caso envolvia um esquema complexo entre produtores do setor de polipropileno, tendo a Comissão classificado os comportamentos dos agentes econômicos como acordos e/ou práticas concertadas. Tal fato, entretanto, não invalidou a decisão

na medida em que essa infracção comporta elementos que devem ser qualificados de «acordo» e elementos que devem ser qualificados de «prática concertada». Nessa situação, a dupla qualificação deve ser entendida não como uma qualificação que exige simultânea e cumulativamente a prova de que cada um desses elementos de facto apresenta os elementos constitutivos de um acordo e de uma prática concertada, mas sim como designando um todo complexo que inclui elementos de facto que uns qualificam como acordo e outros como prática concertada na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado <101,1 TFUE>, que não prevê qualificação específica para esse tipo de infracção complexa⁴³.

Por outro lado, deve-se ter em mente que, se as práticas concertadas devem ser implementadas no mercado para restarem caracterizadas, aos órgãos encarregados da aplicação das normas de concorrência apenas é exigível comprovar a existência do conluio, uma vez que é presumido que a empresa tomou em consideração as

⁴² EZRACHI, Ariel. Op. cit., p. 59.

⁴³ Conforme parágrafos 697 e 698 do acórdão.

informações obtidas no encontro para determinar seu comportamento no mercado⁴⁴.

Diante de todas essas construções, pouca utilidade existe na distinção desses tipos de comportamento proibidos. Em verdade, a importância do estudo do conceito de práticas concertadas se verifica, pois nos permite diferenciá-las dos meros comportamentos paralelos, não proibidos⁴⁵.

Com efeito, o paralelismo inteligente não resulta de qualquer contato entre empresas, sendo fruto de decisões tomadas de maneira autônoma face às condições de mercado. Nessa ordem de idéias, não se proíbe que empresas adaptem-se inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos concorrentes⁴⁶. Com efeito, o postulado da autonomia – cada agente econômico deve determinar por si o comportamento que adotará no mercado – não é posto em causa através do paralelismo inteligente.

Assim, a vista de um comportamento paralelo adotado por empresas, deve-se indagar se o paralelismo é resultado de características do mercado ou, pelo contrário, resulta de um prévio concerto ou colaboração de empresas. Não tendo ele qualquer justificativa economicamente viável de acordo com as características do mercado, é de se presumir que seja resultado de encontro, troca de informações, acordo entre empresas.

Mariano Pego expõe que, embora o paralelismo de comportamentos não equivalha à prática concertada, sua comprovação constitui indício sério da mesma. Acrescenta que o TJUE, em *ICI*, segue essa orientação ao afirmar “constituir um indício sério da mesma <prática concertada>, quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se o acórdão do TJUE no caso *Huls AG v. Comissão* (C-199/92), parágrafo 162. Sobre ônus da prova da ocorrência da infração confira o título 3, *infra*.

⁴⁵ JONES, Alison. Op. cit., p. 163.

⁴⁶ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. Op. cit., p. 266.

mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado⁴⁷”.

Finalmente, por **decisão** de associação de empresa deve-se entender toda manifestação de vontade coletiva das empresas, agrupadas em uma associação. Assim como os acordos, as decisões de associação não necessitam de ter efeito vinculante, bastando que a maioria de seus membros adote o comportamento nela previsto⁴⁸.

Sobre o tema manifestou-se o TJUE, ao julgar o caso *IAZ International Belgium*. No acórdão, reconheceu-se que uma recomendação de associação de empresa, ainda que desprovida de efeitos vinculativos e obrigatórios não escapa da proibição encerrada no art. 101,1 quando voluntariamente cumprida pelos membros, causando efeito significativo da concorrência⁴⁹. Acolhendo essas orientações, a autoridade nacional da concorrência britânica reconhece como decisão de associação toda e qualquer exortação – inclusive oral – emitida com pretensão de ser seguida por seus membros⁵⁰.

Assim, *Gorjão Henriques* ensina que, os estatutos, regulamentos, ou outras deliberações adotadas pelos órgãos sociais são considerados abrangidos pelo art. 101, 1. Apenas restam excluídas decisões respeitantes a atividades puramente sociais levadas a efeito pela associação, bem como aquelas que não lhe sejam diretamente imputáveis, mas sim ao Estado, como sucede em certos tipos de regulamentação editadas por associações profissionais, quando é o Estado que tem o cuidado de definir os critérios de interesse geral e

⁴⁷ Op. cit., p. 279.

⁴⁸ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 37.

⁴⁹ Conforme parágrafo 20.

⁵⁰ A nota é de Ariel Ezrachi, na obra já citada, p. 71. A recomendação está lançada, na parte que nos interessa, nos seguintes termos: “2.4 A recommendation of an association of undertakings may also be a decision, as may an oral exhortation **which it is intended that members should follow**. This will be the case even if the recommendation is not binding on the members or has not been fully complied with.”

princípios fundamentais a que a regulamentação aprovada deve obedecer⁵¹.

II.3. O objeto ou efeito de restrição da concorrência.

Nos tópicos anteriores procuramos definir os sujeitos e as condutas proibidas, objetivamente consideradas. É chegada a hora de examinar a finalidade do comportamento, de modo a se estabelecer o nexo de causalidade entre a *entente* e a restrição ou atentado à concorrência.

Tradicionalmente, afirma-se que a restrição a concorrência é verificada sempre que houver limitação da liberdade econômica de ação das partes, pelo menos desde que afete terceiros. A restritividade do comportamento tanto pode resultar do objeto do acordo, como dos efeitos que o mesmo provoca – ainda que não imaginados ou queridos pelos contratantes⁵². Precisamente pela utilização da conjunção alternativa *ou* pelo texto legal, o TJUE reconhece que basta a comprovação apenas do efeito ou objetivo anticoncorrencial para que a conduta seja proibida⁵³.

Caseiro Alves alerta, entretanto, que a proibição apenas terá lugar se do objetivo resultar verossímil a real provocação de atentado à concorrência (possibilidade razoável). Para além de um objetivo anticoncorrencial, deverá o acordo, prática concertada, ou decisão mostrarem-se adequado à restrição, falseamento, ou aniquilação da concorrência. O resultado deve revelar-se consequência natural e provável de sua aplicação⁵⁴.

Por outro lado, deve-se ter em mente que todo acordo/prática concertada/decisão de associação de certa forma – por vincular as partes – limita sua liberdade econômica. Obviamente não é objetivo

⁵¹ In: *Direito da União...*, p. 661-662.

⁵² *Ibid.* p. 669.

⁵³ Conforme caso *Stergio Delimitis* (C-234/89), parágrafo 13.

⁵⁴ ALVES, José Manuel Caseiro. *Op. cit.*, p. 45.

das normas concorrências impedir a celebração de compromissos entre os diversos agentes econômicos, mas tão somente aqueles que restrinjam um modelo de concorrência eficaz (*workable competition*). Nessa análise, o Tribunal não terá como referência uma concorrência perfeita e irreal, mas um modelo praticável e eficaz⁵⁵. No ponto, célebres são as afirmações do acórdão *Board of Trade of Chicago* proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

Todo acordo sobre comércio restringe. O verdadeiro teste sobre sua legalidade é saber se a restrição é de tal monta que seja mera regulamentadora e, talvez assim, promotora da concorrência, ou talvez, de maneira a se tornar supressora ou mesmo destruidora da concorrência. Para determinar esta questão, o tribunal deve considerar normalmente os fatos peculiares do mercado, sua condição antes e depois de a restrição ter sido imposta, a natureza da restrição, e seus efeitos, reais ou prováveis⁵⁶.

Por fim, deve-se lembrar que os efeitos anticoncorrenciais – a serem objetivamente demonstrados com base no contexto em que inserido o acordo - não dizem respeito apenas ao bem-estar dos consumidores (*consumer welfare*), haja vista o duplo objetivo das normas comunitárias da concorrência: manutenção de um mercado competitivo, e a criação de um mercado único. Nesse sentido, reformando decisão proferida pelo TPI, o TJUE afirmou que:

⁵⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União...* p. 671. Parece ter sido esse o entendimento do TJUE ao julgar o caso *Metro v. Comissão* (C-26/76), em que se afirmou: “A condição prevista nos artigos 3.º e 85.º do Tratado CEE de não falsear a concorrência implica a existência no mercado de uma concorrência eficaz (*workable competitor*), isto é, de um grau de concorrência necessário para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objectivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno. Tal exigência reconhece que a natureza e a medida da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura económica dos mercados sectoriais em vista.”, parágrafo 20.

⁵⁶Caso 246 U.S. 231 (1918). Tradução livre.

O artigo 81. CE <101, 1 do TFUE> visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços⁵⁷.

II.4. Efeito significativo da restrição.

Ainda que não se possa extrair da literalidade da disposição analisada a necessidade de a restrição provocada pela conduta ser sensível, o referido requisito foi criado e desenvolvido pelos órgãos comunitários, que acabaram por transpor para o direito europeu da concorrência o velho adágio *de minimis non curat praetor*, reduzindo o campo de aplicação da norma do art. 101,1⁵⁸.

O conceito foi desenvolvido pela primeira vez no julgamento do caso *Volk vs. Vervaeck*, envolvendo contrato de distribuição exclusiva de máquinas de lavar. Constatou-se que a produção dessas máquinas pela companhia de Volk representava apenas 0.2% do mercado alemão, e 0,6% dos mercados belga e luxemburguês. Diante desse quadro, em que inexpressivo o acordo, a Corte concluiu que o mesmo não era suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros⁵⁹.

Comentando o caso, *Alison Jones* ensina que o direito comunitário da concorrência não se preocupa com acordos de

⁵⁷ Conforme acórdão proferido no caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-501/06)*, parágrafo 63.

⁵⁸ MIDDLETON, Kirsty, et al. *Cases and Materials on UK and EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 223.

⁵⁹ Conforme parágrafos 5 a 7: “Assim, a proibição do artigo 85. ° não se aplica a um acordo que apenas afecta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa”.

diminuta importância – assim entendidos como aqueles entabulados por agentes econômicos que ostentem uma posição pequena no mercado – inclusive quando previrem sérias restrições⁶⁰.

Com vistas a orientar os diversos agentes econômicos em atuação no espaço europeu, a Comissão editou uma notícia referente a acordos de menor importância, que expressa sua visão acerca do que esses consistem. A notícia utiliza-se do conceito de porção de mercado para indicar os acordos que não provocam restrições relevantes. Nos termos de seu parágrafo sétimo, consideram-se fora da proibição os acordos realizados por empresas concorrentes cuja soma das quotas de mercado não exceda a 10% do mercado relevante⁶¹. Por sua vez, tratando-se de empresas pertencentes a diferentes níveis do processo produtivo, são permitidos acordos quando a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 15%. Entretanto, como se nota do parágrafo 11, esse limite não será aplicável caso o acordo imponha uma **restrição severa** aos participantes, assim entendidas como aquelas que fixem preços, limitem oferta ou vendas, ou dividam mercados.

Uma apressada leitura dos dispositivos pode fazer um desavisado chegar à conclusão de a Comissão ter ido de encontro ao decidido pelo TJUE em *Volk*. Entretanto, deve-se extrair da notícia que a Comissão é do entendimento de quão maiores as restrições, menores serão as chances de o acordo ser de diminuta importância, o que deverá ser demonstrado pelas partes, de acordo com a fração de quotas de mercado que possuírem⁶².

⁶⁰ JONES, Alison. Op. cit., p. 172.

⁶¹ De acordo com a prática da CE, estampada na notícia veiculada no jornal oficial das comunidades C372-5, mercado relevante refere-se a conjugação das noções de **mercado de produto relevante**, compreendido como todos os produtos/serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidores em razão de características, preços e utilização pretendida; e **mercado geográfico relevante**, compreendido como a área em que empresas fornecem produtos/serviços em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas, em razão das condições de concorrência serem distintas nessas área – parágrafos 07 a 09 da notícia.

⁶² JONES, Alison. Op. cit., p. 176.

II.5. Efeito significativo no comércio entre Estados Membros.

O conceito de ‘afetação do comércio entre Estados membros’, em verdade, delimita a competência da União para expedir regras de direito da concorrência, as atribuições de seus órgãos encarregados da sua aplicação, bem como o âmbito da proibição encerrada no art. 101, 1. Com efeito, extrai-se do art. 3,1, b do TFUE que a atribuição de competência exclusiva à União em matéria concorrencial é realizada com vistas a garantia do funcionamento do **mercado interno**, do que se extrai o critério para aplicação das disposições comunitárias: a existência de um efeito *sensível* transfronteiriço.

Segundo a jurisprudência do TJUE, comércio abrange não apenas as formas normais de trocas de bens e serviços, cobrindo todas as atividades econômicas para além das fronteiras de um Estado membro⁶³. O termo comércio sofre uma interpretação extensiva em relação a seu significado normal de troca de ‘mercadorias’⁶⁴. Essa interpretação, aliás, é conforme o objetivo do tratado de promover a livre circulação dos fatores de produção.

Para analisar se determinado comportamento tem contornos transfronteiriços, deve-se realizar um teste em que se verifica se há probabilidade suficiente de o mesmo influenciar a estrutura do comércio entre os Estados, e/ou afetar direta ou indireta, efetiva ou potencialmente a estrutura do comércio⁶⁵.

Esse teste é referido nas orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do mercado, notadamente nos parágrafos 25 a 43.

⁶³ Conforme caso *Zuchner* (C-182/80), parágrafo 18, em que se reconheceu que o conceito de comércio abrangia o de transações monetárias. Nesse sentido também são as orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio (2004 - OJ C101/81), como se vê do parágrafo 9.

⁶⁴ TENREIRO, Mario Paulo. Direito Comunitário da Concorrência: significado e autonomia do critério de afetação do comércio entre os Estados-membros face à realização do mercado único. In: *Revista de Direito Econômico*. Coimbra: Ano XV, 1989, p. 231.

⁶⁵ JONES, Alison. Op. cit., p. 179.

Aliás, não se trata de novidade, pois há muito o TJUE afirmava que: “o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros⁶⁶”.

Apesar de sempre se referir à necessidade de os efeitos transbordarem as fronteiras de um Estado membro, não estão fora da proibição do art. 101,1 os acordos ocorridos exclusivamente dentro do território de um único Estado. Com efeito, determinado acordo pode impedir o acesso de empresas estrangeiras ao mercado local, a revelar a afetação do mercado comum. Assim, não é necessário verificar-se uma redução do comércio, bastando que seja susceptível de se produzir uma alteração sensível da estrutura do comércio entre os Estados-membros⁶⁷.

Por outro lado, deve-se ter em mente que o conceito de afetação é neutro, vale dizer, engloba tanto os comportamentos que reduzam o comércio, como aqueles que o estimulem. Com efeito, não é necessário que a prática diminua as trocas comerciais entre os Estados-membros, até porque a teleologia imanente a norma está na realização e defesa de um mercado único, à qual diversas modalidades de afetação podem fazer agravo: desvio de fluxos comerciais, isolamento de mercados nacionais, etc⁶⁸.

Essa orientação foi tomada no julgamento do caso *Consten e Grundig*, em que se afirmou “circunstância de um acordo favorecer um aumento, ainda que considerável, do volume do comércio entre os Estados não basta para excluir que esse acordo possa «afectar» o comércio⁶⁹”. Assim, para ocorrer a afetação, basta, nos dizeres da

⁶⁶ Conforme caso *Société La Technique Minière* (C56/65).

⁶⁷ Conforme parágrafo 77 das Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio.

⁶⁸ TENREIRO, Mário Paulo. Op. cit., p. 236.

⁶⁹ Processo C-56/64.

Comissão, que a **evolução** do comércio ocorra de maneira distinta daquela que se verificaria caso o acordo não existisse⁷⁰.

Por fim, exige-se seja a afetação do comércio *sensível*, pelos mesmos fundamentos expostos para análise dos efeitos proibidos. Requer-se a existência de certa magnitude na afetação do comércio, sem o que os acordos não são abrangidos pela proibição.

Nessa análise, deverá ter-se em conta a importância da empresa no mercado relevante, natureza do produto, e termos do acordo. A Comissão tem considerado não serem capazes de afetar sensivelmente o comércio acordos que cumpram dois requisitos cumulativos: a fração agregada de mercado relevante afetado não exceder à 5%; em casos de acordos horizontais, não exceder o volume de negócios das empresas, respeitantes ao produto objeto do acordo, a 40 milhões de euros⁷¹.

II.6. As espécies de comportamento enumeradas.

Após definir os comportamentos proibidos, o legislador convencional apresenta uma enumeração de acontecimentos que reputa prejudiciais à concorrência. De início, imperioso observar tratar-se de enumeração exemplificativa ou indicativa⁷². Assim, nada impede de outras condutas que afetem sensivelmente o comércio entre os Estados-membros recaírem na proibição que encerra, uma vez que se trata de exemplos-padrão.

A enumeração é iniciada pelas práticas que importem na fixação dos preços ou outras condições de venda. São considerados abrangidos pela proibição todos os acordos verticais e horizontais em matéria de descontos, prazo de entrega, estabelecimento de preço comum fixo ou mínimo para revenda. Com efeito, essa conduta afeta o jogo da concorrência, ao permitir aos participantes preverem, com

⁷⁰ Conforme parágrafo 34 das Orientações sobre o conceito de afetação do comércio.

⁷¹ Conforme parágrafo 52 das Orientações sobre o conceito de afetação do comércio.

⁷² ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p 50.

razoável grau de certeza, qual será a política de preços de seus concorrentes⁷³.

Também são proibidos os acordos que limitem a produção, distribuição, o desenvolvimento técnico ou investimentos. Mais relevante é a proibição de partição do mercado (c). Com efeito, trata-se de prática manifestamente prejudicial aos objetivos de realização de mercado comum, uma vez que as barreiras aduaneiras que se buscou extinguir podem ser substituídas com os citados comportamentos, impedindo a livre circulação de pessoas e mercadorias⁷⁴. Por fim, a aplicação de condições discriminatórias a prestações equivalentes, assim como a adoção de cláusulas de subordinação são vedadas.

III. Ônus da prova na demonstração da ocorrência do comportamento proibido.

Já tendo examinado os requisitos para configuração de uma *entente* proibida, cumpre-nos avaliar a quem incumbe comprovar sua existência. Tendo a União Europeia aderido à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), como se vê do art. 6, 2 do TFUE, parece indene de dúvidas, por força do princípio da presunção de inocência ali consagrado, ser ônus daquele que alega comprovar a existência da infração.

Nesse sentido, o TJUE, em *Huls Ag v. Comissão*, afirma a aplicabilidade do citado princípio, reconhecendo tratar-se de procedimento ‘criminal’ para efeitos do art. 6º da CEDH, haja vista as gravosas sanções que podem resultar em razão da comprovação da prática de comportamento anticoncorrencial⁷⁵. Seguindo essa

⁷³ Ibid. p. 51.

⁷⁴ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 53.

⁷⁵ Conforme parágrafos 145/6 do acórdão: “A este propósito, há que reconhecer, antes do mais, que o princípio da presunção de inocência, como designadamente resulta do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, faz parte dos direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, reafirmada no preâmbulo

orientação, o legislador comunitário editou o Regulamento 01/2003, dispondo em seu art. 2º. ser ônus do particular ou da Comissão comprovar a existência da prática proibida e, por outro lado, ser ônus da empresa demonstrar que esta é abrangida pela exceção do art. 101, 3.

Não se requer, entretanto, que o conjunto probatório estabelecido seja para além de uma dúvida razoável – como ocorre nos processos criminais. Bastará a reunião de um conjunto de elementos coerentes e precisos a respeito dos fatos, até porque as práticas anticoncorrenciais, via de regra, são estabelecidas na clandestinidade, não sendo razoável exigir-se prova cabal da sua ocorrência, mas apenas um conjunto harmônico de indícios, acompanhados de uma ausência de explicação para sua ocorrência.

Essa orientação é defendida pelo TPI em *British Plasterboard v. Comissão*, ocasião em que expressamente se afirma que: “deve ser afastada a afirmação da recorrente segundo a qual a Comissão deve apresentar uma prova «que esteja para além da dúvida razoável» (beyond reasonable doubt) da existência da infracção nos casos em que aplica coimas severas”.

O fato de o procedimento para comprovação da infração ao direito comunitário da concorrência ser considerado criminal, para fins de aplicação das garantias previstas no art. 6º. da CEDH, não importa na integral transposição dos princípio e regras de direito processual

do Acto Único Europeu e no artigo F, n.º 2, do Tratado da União Europeia, são protegidos na ordem jurídica comunitária (v., neste sentido, acórdão Bosman, já referido, n.º 79). Importa igualmente admitir que, atenta a natureza das infracções em causa, bem como a natureza e grau de severidade das sanções aplicáveis, o princípio da presunção de inocência aplica-se aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas susceptíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias (v., neste sentido, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdãos Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, Série A, n.º 73)”.

penal, mormente em razão da natureza das sanções: coimas, espécies de débito civil (art. 23 do Regulamento 01/2003)⁷⁶.

Assim, se por um lado devem ser aplicadas as garantias do art. 6º da CEDH, por outro o standard probatório requerido para demonstração da infração é aquele utilizado para os procedimentos civis. A especificidade do procedimento concorrencial sancionatório – imposição de severas penalidades – exige, entretanto, a presença de fortes e convincentes indícios.

IV. Consequências da adoção da prática proibida.

IV.1. Nulidade.

Uma vez demonstrada a existência da *entente* proibida, é relevante saber quais as consequências que advém da adoção do comportamento proibido. O art. 101, 2 sanciona-o reputando-o nulo, devendo ser recusada a produção de qualquer efeito.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a referida sanção é aplicável apenas a acordos e decisões de associação de empresas, uma vez que de nada adiantaria reputar as práticas concertadas nulas, se não geram qualquer obrigação ou direito para os envolvidos⁷⁷.

Por outro lado, não é todo o acordo ou decisão que se deve reputar nulo, mas tão-somente a cláusula restritiva da concorrência, a menos que inseparável das demais, ocasião em que deverá ser tido como integralmente nulo. Busca-se conservar o negócio jurídico, a menos que se conclua que, face a ausência da cláusula, o acordo/decisão não seria realizado/tomada. Nesse sentido, em *Société La Technique Minière*, o TJUE afirma que: “A nulidade em causa só

⁷⁶ A corroborar essa assertiva, verifica-se que as coimas, em caso de insolvência da empresa, poderão ser cobradas de seus membros – art. 23, 4. A transmissibilidade da sanção revela, sem sombra de dúvidas, seu caráter civil.

⁷⁷ LOPES, Fernando Peña. *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*. Granada: Comares, 2000. p. 152-3.

se aplica aos elementos do acordo atingidos pela proibição ou a todo o acordo se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio acordo⁷⁸”.

Outrossim, ainda que natural ser a proibição contemporânea ao momento de introdução da decisão/acordo no mundo jurídico, nada impede que a mesma seja posterior. Com efeito, a alteração das condições fáticas em que o acordo foi estabelecido pode torná-lo proibido. Imaginemos um acordo de menor importância realizado entre duas empresas. Posteriormente ocorre a fusão de uma delas, que passa a ter uma quota do mercado relevante elevada. O acordo, que inicialmente não recaía na proibição do art. 101, agora – diante da alteração fática – passa a fazê-lo⁷⁹. *Ariel Ezrachi* ensina que essa orientação foi acolhida pelas autoridades britânicas ao julgar o caso *Passmore v. Morland*, em que se concluiu ser a proibição **temporária** ou **transitória**⁸⁰.

A consagração da nulidade, nos dizeres de *Gorjão-Henriques*, é a única disposição de lei sobre a aplicação privada do direito da concorrência, ou seja, a sua aplicação direta pelo afetado, sem o intermédio de autoridades administrativas (*private Law enforcement*)⁸¹. Isso porque, a contra-parte ou terceiro afetado poderão ir a juízo requerer a declaração da nulidade, ou apresentar exceção em ação de cumprimento de contrato baseado em cláusula ofensiva norma comunitária da concorrência.

Nesse sentido:

⁷⁸ Processo C-56/65.

⁷⁹ O exemplo é fornecido por Alison Jones na obra já citada, p. 1199.

⁸⁰ EZRACHI, Ariel. Op cit., p. 100. Caso [1999] 1 CMLR 1129, do *English Court of Appeal*. Relevante notar, entretanto, que a solução adotada pela Corte britânica não seria conforme a legislação portuguesa, segundo a qual o ato nulo não é suscetível de confirmação (art. 288 do Código Civil). Na hipótese ali examinada, um contrato era proibido em razão dos efeitos anticoncorrenciais. Modificações no quadro fático fizeram esses efeitos desaparecer, sendo recusada a declaração de nulidade.

⁸¹ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.). *Lei da concorrência...*, p. 101.

Resulta de jurisprudência assente <no TJUE> que esta nulidade, que pode ser invocada por todos, se impõe ao juiz desde que as condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE <art. 101, 1 do TFUE> estejam reunidas e o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE (...) Uma vez que a nulidade visada no artigo 81.º, n.º 2, CE tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros (v. acórdão de 25 de Novembro de 1971, Béguelin, 22/71, Colect., p. 355, n.º 29). Além disso, tal nulidade é susceptível de afectar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa (v. acórdãos de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Colect., p. 19, n.º 26, e Courage e Crehan, já referido, n.º 22)⁸².

IV.2. Sanções administrativas.

Para além da nulificação dos acordos e decisões de empresa realizados em violação da regra do art. 101 (1), a legislação comunitária busca garantir sua observância através da ameaça de imposição de coimas aos agentes económicos que se envolverem nesses comportamentos.

Resulta do art. 23, n. 2, alínea 1 do Regulamento 01/2003 serem as empresas suscetíveis do pagamento de coima que pode atingir 10% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente, a depender da sua gravidade e do tempo de duração (art. 23, n.3).

Foge ao escopo deste trabalho analisar a maneira pela qual o procedimento administrativo sancionador é levado a cabo pela rede europeia de proteção da concorrência, que engloba a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência (art. 5º). É preciso lembrar, entretanto, que deve ele observar as garantias do art. 6º. da CEDH como acima já referido.

⁸² Conforme caso Vincenzo Manfredi (C-295/04 e C-298/04), parágrafo 56.

De outra banda, parece-nos importante analisar os quais os efeitos das orientações e comunicações da Comissão sobre o procedimento administrativo sancionatório. As orientações e comunicações desempenham papel relevante no direito comunitário da concorrência, uma vez que representam o entendimento da Comissão sobre determinada matéria, a despeito de não terem força vinculante. São uma espécie de *soft law*⁸³. Precisamente por reunirem o entendimento da Comissão a respeito de um tema, são vinculantes para esse órgão, que delas não poderá se afastar, caso em que haveria nítido tratamento desigualitário entre os indivíduos e violação de suas legítimas expectativas⁸⁴.

Assim, se uma empresa segue as orientações emitidas pela Comissão, não pode ser sancionada caso seu comportamento venha, posteriormente, ser reputado proibido pelos Tribunais, para os quais inexistente vinculação à conclusão daquele órgão comunitário⁸⁵. Nesse sentido, o TJUE afirma que:

embora as regras de conduta destinadas a produzir efeitos externos, como é o caso das orientações destinadas a operadores económicos, não possam ser qualificadas de norma jurídica que, de qualquer forma, a Administração está obrigada a observar, enunciam, no entanto, uma norma de conduta indicativa da prática a seguir, à qual a Administração não se pode furtar, num caso específico, sem apresentar razões compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento⁸⁶.

⁸³ Sobre a utilização das *soft laws* no ordenamento jurídico comunitário, conferir a resolução do Parlamento Europeu de 04 de setembro de 2004, em que a prática é desaconselhada.

⁸⁴ JONES, Alison. Op. cit., p. 115.

⁸⁵ A título ilustrativo, esclarece-se que o parágrafo 4º. da *Notícia sobre acordo de menor importância* (2001/C 368/07) isenta de penalidade empresas que de boa-fé acreditarem fazer parte dos acordos nela referidos.

⁸⁶ Conforme acórdão *Archer Daniels Midland v. Comissão* (C-397/03), parágrafo 91.

IV.3. Reparação de danos.

Finalmente, poderá qualquer lesado pela prática proibida reclamar indenização pelos danos causados (danos emergentes e lucros cessantes). Tratando-se de ato ilícito, a regra geral da responsabilidade – baseado no dever geral de não causar danos – é aplicada ao direito comunitário da concorrência. Aliás, recusar esse efeito importaria no enfraquecimento das normas comunitárias, pondo em causa sua eficácia⁸⁷.

Em *Courage Ltd. V. Crehan* o TJUE deparou-se com o tema. Levando em consideração que: a ordem jurídica própria criada com o tratado confere diretamente direitos a indivíduos; a centralidade das regras de concorrência para o estabelecimento da União; a expressa proibição das ententes e a sanção que lhe é atribuída pelo art. 101, 2, concluiu ser direito de qualquer pessoa reclamar indenização por perdas e danos, inclusive uma das partes do negócio. Qualquer legislação interna que retirasse o efeito útil desse direito seria contrária ao direito comunitário e, portanto, não deveria ser aplicada⁸⁸.

Por outro lado, como a legislação comunitária não trata do tema, cabe aos órgãos nacionais, de acordo com suas legislações, calcular as indenizações. Tais regras não devem, contudo, tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade) e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indenização em que se discute a violação de direitos análogos conferidos pelo ordenamento nacional (princípio da equivalência). Nesse sentido, o TJUE em mais de uma oportunidade afirmou que:

Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes

⁸⁷ Nesse sentido, o TJUE se pronunciou ao julgar o caso *Manfredi* conforme se nota do parágrafo 60 do acórdão.

⁸⁸ Conforme parágrafos 19 a 31 do caso C-453/99.

e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a tutela dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (v. acórdãos de 10 de Julho de 1997, Palmisani, C-261/95, Colect., p. I-4025, n.º 27, e Courage e Crehan, já referido, n.º 29)⁸⁹.

Em vista da multiplicidade de regimes consagrados nos Estados membros e premidos da necessidade de dar efeito útil e prático ao disposto no art. 101, 1, a Comissão tem feito propostas de harmonização das legislações, como se nota de seu *Guia prático: Quantificação dos danos nas acções de indemnização com base nas infracções aos artigos 101.º e 102. do Tratado sobre funcionamento da União Europeia*. Certo é, entretanto, que o direito à indenização é reconhecido como integrante das normas comunitárias, não podendo o direito local esvaziá-lo com antes referido.

V. Sínteses conclusivas.

Ao cabo de tudo quanto foi exposto, podemos sintetizar as ideias debatidas ao longo de todo o texto, nas seguintes proposições:

(i) O direito comunitário sempre conheceu normas protetivas da concorrência. Para além de cumprir sua missão natural de obter equilíbrio e progresso económico, garantindo a eficácia alocativa e técnica de recursos, as normas comunitárias igualmente objetivam a construção de um mercado único. Tais características lhe deram roupagem própria.

⁸⁹ Caso *Manfredi*, parágrafo 62 do acórdão.

(ii) Dentre os comportamentos anticoncorrenciais estão as *ententes* referidas no art. 101, 1 do TFUE, caracterizadas pelos seguintes elementos: a existência de uma empresa ou de uma associação delas (destinatários da proibição); atos formalmente vedados (expressados através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); o resultado proibido (objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência); consequências significativas na competição; afetação significativa do comércio entre Estados membros.

(iii) Por empresas entende-se todos os agentes que desempenham alguma atividade econômica, assim entendida como atividade de colocação de bens e serviços no mercado com vistas a obtenção de lucro. Dessa noção estão excluídos os agentes que desempenham funções de autoridade pública, ou de caráter exclusivamente social. Por sua vez, as associações de empresas correspondem a agrupamentos daquelas encarregadas da defesa de seus interesses comuns, tanto em relação a outros agentes econômicos, como a organismos governamentais e público em geral.

(iv) Os citados agentes devem determinar sua política econômica de forma livre e independente, de modo que acordos, práticas concertadas, e decisões de associação de empresas que tenham por escopo restringir essa autonomia são vedados. O direito da concorrência não se importa com a forma assumida pelos comportamentos, antes revelando a substância. Assim, os acordos vedados não precisam prescrever obrigações vinculantes, englobando os *gentlemen's agreements*. O mesmo se passa com as decisões de associação, bastando que sejam observadas pelos integrantes do grupo. Por sua vez, as práticas concertadas correspondem aos contatos e encontros de agentes para adoção de comportamento uniforme. Carecendo de explicação econômica razoável, não se confunde com o paralelismo inteligente, em que os agentes econômicos avaliam as tendências do mercado, antecipando-se a elas.

(v) Desses comportamentos deve emergir o resultado proibido: a perturbação sensível da concorrência. Não é vedada toda e

qualquer restrição, mas tão-somente aquelas de alguma robustez, e que impeçam o *workable competition*, afinal todo acordo restringe de alguma maneira a liberdade econômica das partes contratantes. Além disso, os efeitos anticoncorrenciais não dizem respeito apenas ao bem-estar dos consumidores, uma vez que as normas comunitárias também têm por objetivo assegurar a existência de um mercado único.

(vi) Ademais, devem os atos possuir efeito transfronteiriço, sem o que não terão lugar as proibições comunitárias, mas sim aquelas eventualmente previstas nas legislações nacionais de cada Estado-membro. Cuida-se de uma **condição objetiva de proibição**⁹⁰. Não se exige que a prática seja realizada entre empresas de dois países distintos, podendo abranger acordos de empresas realizadas no território de um único Estado-membro. Em verdade, importa saber se **evolução** do comércio ocorreu de maneira distinta daquela que se verificaria caso o acordo não existisse.

(vii) Uma vez comprovada a prática da infração em processo no qual deve ser assegurado às empresas/associação de empresas investigadas o direito ao contraditório e ampla defesa, a administração pública deve impor uma penalidade aos agentes econômicos. Além disso, o acordo e a decisão não são exigíveis porquanto nulos, sujeitando os autores do comportamento vedado à responsabilização por danos eventualmente causados a terceiros.

⁹⁰ Nas lições de Mario Paulo Tenreiro, em analogia à figura do direito penal conhecida por condição objetiva de punibilidade. In: *Direito Comunitário da Concorrência: significado e autonomia (...)*, p. 225.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO ARTIGOS NA RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br
3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e 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. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas 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 e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
 - (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
 - (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão 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 e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pelos Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.