

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 6

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 2010

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

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

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

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

Editorial

Como noticiado no Editorial do número anterior da RSDE, o Departamento de Direito Comercial e do Trabalho, a partir de 2011, passará a participar efetivamente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ com a nova linha de pesquisa “Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual”, na área de concentração em “Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade”. A primeira turma de mestrandos ingressará no Programa em março do próximo ano e, em breve, planeja-se a oferta de vagas também no nível de doutorado. A RSDE será um importante canal de divulgação da produção acadêmica da nova linha de pesquisa, tendo a empresa e suas matizes (ou “perfis”) como foco.

Na Seção Direito Societário três artigos enobrecem a RSDE. O primeiro, do professor da USP e advogado José Alexandre Tavares Guerreiro, intitulado “Dividendos de Ações Ordinárias e Reservas de Capital”. O trabalho do eminente jurista visa a demonstrar que os dividendos das ações ordinárias podem ser pagos mesmo à conta de reservas de capital, no caso de companhias que não possuam ações preferenciais em seu capital, distinguindo, no caso, a distribuição de dividendos de boa-fé, para os efeitos da aplicação do art. 201 da Lei nº 6.404/76. O segundo, da advogada Carla Caroli, “O Regime Jurídico da Divulgação de Informações no Mercado de Capitais Britânico”, que apresenta as principais regras sobre divulgação de informações no mercado de capitais inglês, bem como seus fundamentos e finalidades, e o terceiro, do professor e pesquisador francês Julien Théron, da Universidade de Toulouse 1- Capitole, sobre o tema “Comunhão de Interesses”.

A interpretação da Lei de Falências e Recuperação de Empresas à luz da Constituição da República é o tema do artigo do advogado e professor da UERJ Mauricio Menezes na Seção Recuperação de Empresas e Falências. O trabalho concentra-se nos métodos de interpretação da Lei nº 11.101/2005, propondo que seja realizada à luz de valores e princípios estabelecidos na Constituição da República. A proposta central do autor é obter coerência sistemática a partir da definição de “melhor interesse” no âmbito do processo falimentar ou de recuperação do empresário, empregando a técnica da ponderação de interesses e atentando para as consequências econômicas da solução jurídica.

A Seção Negócios Empresariais é estrelada pelo artigo da advogada, professora e doutoranda em Direito Civil na UERJ, Milena Donato Oliva. Em instigante e profunda pesquisa, a autora analisa o patrimônio separado e a titularidade fiduciária no *trust*, dos quais se vale o legislador brasileiro para a promoção de importantes funções merecedoras de tutela, como a securitização de créditos imobiliários e os fundos de investimento imobiliário.

Na Seção Propriedade Intelectual, os professores Leonardo da Silva Sant’Anna, do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da UERJ, e Angélica Teresa Pereira discorrem sobre o princípio da função social da propriedade, sua evolução e aplicação no âmbito da propriedade industrial, e destacam aspectos sobre patenteabilidade, patentes *pipeline* e licença compulsória.

“O caso Telco à luz do conflito espacial de normas”, de Ana Carolina Weber, advogada e mestre em Direito Internacional pela UERJ, é o trabalho que ilustra a Seção “Relações Internacionais Privadas”. De cunho eminentemente prático, o artigo analisa, à luz do direito internacional privado, a decisão do Colegiado da CVM no Processo Administrativo nº RJ 2009/1956, em que a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários concluiu pela obrigatoriedade de realização de OPA de emissão da TIM Participações S.A. pela Telco S.p.A, sociedade com sede na Itália.

“Proporcionalidade e Teoria dos Jogos: esboço de um método comum” é o título do artigo do advogado e mestre em Direito Público pela UERJ, Thiago Cardoso Araújo, que contribuiu na Seção Direito Econômico. O trabalho tem por objetivo a formulação de método que combine a aplicação da proporcionalidade à luz das contribuições fornecidas pela Teoria dos Jogos; esse método será cotejado com as recentes contribuições teóricas de Robert Alexy, notadamente a denominada fórmula-peso, no intuito de aferir a compatibilização do método apresentado com a construção referida, de modo a demonstrar a aderência daquele com um modelo teórico de justificação dos direitos fundamentais.

A Seção Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais conta com a ilustre e habitual colaboração do renomado constitucionalista e professor titular da Faculdade de Direito da UERJ, Luís Roberto Barroso. O articulista tece importantes considerações sobre a validade da exigência introduzida pela Comissão de Valores Mobiliários na Instrução nº 480/2009, especificamente sobre a divulgação na Internet dos valores da maior e menor remuneração individual, além da remuneração individual média e do número de membros do Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal das companhias abertas (subitem 3.11 do Anexo 24). Na mesma Seção apresenta-se acórdão da Corte Especial do STJ (Embargos de Divergência em RESP nº 1.104.363, onde é elucidada a divergência entre decisões da 2ª e 3ª Turma do Tribunal sobre o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.398/87, no que tange à natureza da transferência do domínio útil de imóvel para a formação do capital da sociedade anônima, se é uma operação onerosa ou gratuita.

Temos, ainda, na seção Debates e Atualidades, o excelente comentário do advogado suíço Christoph Gasser sobre importante decisão do Tribunal Geral da União Européia a respeito de registro de desenho industrial.

Por fim, resta um agradecimento público a todos os colaboradores, autores, membros dos Conselhos Editorial e Executivo e coor-

denadores da RSDE, em especial ao Prof. Sergio Campinho e ao Prof. Dr. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, que têm realizado denodado e incansável trabalho para a confecção, revisão e publicação da Revista.

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

Colaboraram neste número

Ana Carolina Weber

Sócia do escritório CarvalhosaeEizirik Advogados. Mestre em Direito Internacional pela UERJ.

Angélica Teresa Pereira

Mestre em Direito. Professora Universitária. Membro do Núcleo de Bioética Dom Hélder — PUC-Rio.

Carla Caroli

Mestre em Direito Empresarial pela University of Cambridge. Advogada em São Paulo.

Christoph Gasser

LL.M. (Michigan). Partner and co-head of the IP/IT Department of the Swiss business law firm Staiger, Schwald & Partner Ltd. in Zurich. Lecturer for IP law at the Swiss Federal Institute of Technology Zurich.

José Alexandre Tavares Guerreiro

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

José Gabriel Assis de Almeida

Doutor em Direito pela *Université Panthéon Assas — Paris II*. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro — UNI-RIO. Advogado inscrito no Rio de Janeiro, São Paulo e Lisboa.

Julien Therón

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

Leonardo da Silva Sant’Anna

Mestre em Direito. Doutorando em Saúde Pública na ENSP/FIO-CRUZ. Professor Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

Luís Roberto Barroso

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

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

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

Milena Donato Oliva

Doutoranda em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogada.

Thiago Cardoso Araújo

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

DIVIDENDOS DE AÇÕES ORDINÁRIAS E RESERVAS DE CAPITAL

José Alexandre Tavares Guerreiro 3

O REGIME JURÍDICO DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES NO
MERCADO DE CAPITAIS BRITÂNICO

Carla Caroli 31

DE LA « COMMUNAUTE D'INTÉRÊTS »

Julien Théron 73

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A LEI Nº 11.101/2005 INTERPRETADA CONFORME A CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E O IMPERATIVO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Maurício Moreira Mendonça de Menezes 115

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

O TRUST E O DIREITO BRASILEIRO — PATRIMÔNIO SEPARADO E
TITULARIDADE FIDUCIÁRIA

Milena Donato Oliva 149

PROPRIEDADE INTELECTUAL

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Leonardo da Silva Sant'Anna e Angélica Teresa Pereira 181

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

O CASO TELCO À LUZ DO CONFLITO ESPACIAL DE NORMAS

Ana Carolina Weber 207

DIREITO ECONÔMICO

PROPORCIONALIDADE E TEORIA DOS JOGOS: ESBOÇO DE UM
MÉTODO COMUM

Thiago Cardoso Araújo231

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

PARECER – CVM – INVALIDADE DO ITEM 13.11 DO ANEXO 24 DA
INSTRUÇÃO Nº 480 – LEGALIDADE E COMPETÊNCIAS NORMATIVAS –
PRIVACIDADE E SEGURANÇA INDIVIDUAL

Luís Roberto Barroso297

JURISPRUDÊNCIA - ADMINISTRATIVO. ENFITEUSE. TERRENO DE
MARINHA. TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO ÚTIL PARA FINS DE
INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. OPERAÇÃO ONEROSA.
INCIDÊNCIA DO ART. 3º DO DECRETO-LEI 2.398/87 - ACÓRDÃO
DO STJ NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.104.363-PE
(2009/0227065-4)335

DEBATES E ATUALIDADES

REPORT - COMMENTS ON THE DECISION OF THE GENERAL COURT OF
THE EUROPEAN UNION. GRUPO PROMER / PEPSICO: INVALIDATION
BECAUSE OF DESIGN INFRINGEMENT ACCORDING TO ARTICLE
25(1)(D) OF REGULATION NO 6/2002

Christoph Gasser355

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**DIVIDENDOS DE AÇÕES ORDINÁRIAS E
RESERVAS DE CAPITAL**

DIVIDENDS TO COMMON STOCK AND CAPITAL SURPLUS

José Alexandre Tavares Guerreiro

Resumo: Este trabalho visa a demonstrar que dividendos de ações ordinárias podem ser pagos mesmo à conta de reservas de capital, no caso de companhias que não possuam ações preferenciais em seu capital. A hipótese considerada é aquela em que a distribuição desses dividendos não tenha sido objeto de oposição de credores, o que legitimaria o pagamento, na medida em que não restaria possibilidade de responsabilização por eventual ofensa ao princípio da integridade do capital social. Distingue-se, no caso, a distribuição de dividendos de boa-fé, para os efeitos da aplicação do art. 201 da Lei de Sociedades Anônimas.

Palavras-chave: Dividendos. Ações Ordinárias. Reservas de Capital. Sociedades anônimas. Oposição de Credores.

Abstract: This essay intends to provide argument to the extent of permitting declaration of dividends attributed to common stock, even when said declaration of dividends is made based on capital surplus. The argument is based on the interpretation of article 201 of Brazilian Corporation Law and it takes into account the fact that no creditors of the company have submitted claims or objections to said declaration of dividends. Such dividends therefore are deemed to be dividends declared and received in good faith.

Keywords: Dividends. Common Stock. Capital reserve. Corporations. Creditors opposition.

Sumário: I. Dividendos pagáveis a ações ordinárias por companhia que não tem ações preferenciais. Interpretação do artigo 201 da Lei de Sociedade por Ações. II. Responsabilidades no sistema da Lei de Sociedade por Ações. III. Interpretação teleológica do artigo 201. IV. Reservas de capital. V. Teoria das nulidades aplicada às sociedades anônimas. VI. Distribuição de dividendos de boa e de má fé. VII. Oposição de credores ao pagamento de dividendos.

I. Dividendos pagáveis a ações ordinárias por companhia que não tem ações preferenciais. Interpretação do artigo 201 da Lei de Sociedade por Ações

O direito de participar dos lucros sociais é o primeiro e mais importante dos assim chamados direitos essenciais dos acionistas, previsto pelo artigo 109, I, da Lei 6.404, de 1976 (“Lei de Sociedade por Ações”). Muito embora estendido à generalidade dos acionistas, referido direito deve ser mensurado a partir da previsão estatutária de cada classe de ações que os contemplem, conforme disposto no parágrafo 1º do mesmo artigo 109:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I — participar dos lucros sociais.

Parágrafo primeiro. As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

Sendo certo, assim, que as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares, claro está que quando todas as ações de uma determinada companhia se classifiquem em uma única classe, conferirão elas “iguais direitos aos seus titulares”, para usar da expressão legal. Assim, o princípio da distribuição de dividendos vigorará, com base na lei, fundado na igualdade de todas as ações para esse

efeito, não sendo legítimo, nem ao estatuto, nem à Assembléia Geral, introduzir exceções que comprometam essa isonomia.

A relevância emprestada pela lei aos direitos essenciais (***Sonderrechte***) obriga a que qualquer ruptura na igualdade essencial apresente justificativa econômica ou jurídica que a torne possível. O princípio antes enunciado, que proclama a igualdade substancial entre todos os acionistas no recebimento de dividendos, não pode arbitrariamente ser ofendido sem que uma **justa razão** seja, no caso, admitida, e, como tal, expressamente contemplada pela lei. Assim, a norma excepcional prevista na parte final do artigo 201 serve como fundamento para desigualar o tratamento jurídico dos dividendos atribuíveis às ações ordinárias e às ações preferenciais. A ruptura da isonomia, nessa hipótese, encontra amparo em finalidade específica, explicitamente mencionada na Exposição de Motivos da Lei de Sociedade por Ações. Como observou Luiz Gastão Paes de Barros Leães, o que a lei do anonimato assegura de maneira taxativa é o direito de **qualquer acionista** de participar dos lucros sociais, vale dizer, **o direito do acionista ao dividendo**.¹ A diferença, no entanto, se explica com base na justificativa econômica de facilitar a colocação de ações da companhia, neste caso, ações preferenciais. É o que diz a exposição de motivos.

Também Nelson Eizirik acentua, com toda propriedade, o princípio da intangibilidade do capital social, que, segundo suas palavras, impede que os dividendos sejam pagos em prejuízo dos credores da companhia:

Desse modo, a fim de temperar o caráter fundamental da transferência dos lucros sociais para os acionistas, a Lei de Sociedade por Ações consagrou o princípio da **intangibilidade do capital social**, que impede que os dividendos sejam pagos em prejuízo dos credores da companhia.

1 Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do Direito do Acionista ao Dividendo*. São Paulo. 1969. p. 309.

Nas sociedades anônimas, o capital social inscrito no estatuto constitui, tradicionalmente, a garantia dos credores da sociedade, representando o montante de patrimônio que os acionistas são obrigados a reter na companhia, com o objetivo de assegurar o pagamento das dívidas sociais.

Neste sentido, a Lei de Sociedade por Ações adotou normas rígidas para garantir a intangibilidade do capital social, evitando que sejam aprovadas distribuições de dividendos aos acionistas em prejuízo do capital social.

No mesmo sentido é a doutrina unânime, seja no Brasil, seja no exterior, malgrado a hesitação, algumas vezes verificada, entre a necessidade de proteger o capital (formalmente) ou o patrimônio (substancialmente)². De qualquer forma, como nota Jose Machado Plazas, sempre que haja diminuição de capital ou de patrimônio a débito de reservas livres, inexistente prejuízo aos credores sociais e, por esse motivo, não tem lugar a oposição de credores³. Dessa forma, alude-se a uma **redução efetiva**, em contraste com a redução meramente acidental ou formal, o que realça o caráter material da questão. Só se considera ofensivo à lei o procedimento que efetivamente atente contra a realidade econômica da empresa, pondo em risco ou prejudicando de fato os créditos garantidos pelo patrimônio.⁴

2 Cf. Tunc, André. *Le Droit Américain Des Sociétés Anonymes*. Paris: Economica, 1985. p. 52 e Blanco, Antonio Pérez de La Cruz. *La Reducción Del Capital En Sociedades Anónimas Y De Responsabilidad Limitada*. Bolonha. Publicaciones Del Real Colegio de España en Bolonia, 1973. p. 73.

3 "Finalmente, el artículo 167.3 excluye el derecho de oposición cuando "la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas a título gratuito". En ambas hipótesis, la reducción del capital se realiza con cargo al patrimonio libre, con lo que se deduce que la operación no es perjudicial para los acreedores sociales." em Plazas, José Machado in obra de Arroyo, Ignacio e Embid, José Miguel. *Comentario a La Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. II. Madrid. Tecnos. 2001. p. 1733.

4 "De lo hasta aquí visto, ha de concluirse que el derecho de oposición tiene su pleno ámbito objetivo en las hipótesis de reducción efectiva." em Plazas, José Machado in obra de Arroyo, Ignacio e Embid, José Miguel. *Comentario a La Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. II. Madrid. Tecnos. 2001. p. 1734.

O artigo 201 da Lei de Sociedade por Ações prevê expressamente que a companhia somente pode pagar dividendos à conta de **reserva de capital**, no caso das **ações preferenciais**.⁵ Na mesma linha, as chamadas preferências ou vantagens das ações preferenciais, capituladas no artigo 17 da mesma lei, refogem, igualmente, do princípio da igualdade entre todas as ações — e pela mesma razão. Essas preferências configuram na experiência brasileira, atrativos especiais com que contavam as ações preferenciais para sua colocação no mercado, diferenciando o seu tratamento em relação às ações ordinárias sempre que essas últimas constituíssem o patrimônio societário dos acionistas controladores titulares do direito de voto.

No modelo que vigorou até recentemente, as ações preferenciais destinavam-se a ser “o mais adequado instrumento de participação de investidores privados no capital das empresas e dotada de segurança patrimonial cumulada à rentabilidade privilegiada que pode oferecer, a classe de ações preferenciais apresenta-se, no modelo vigente, como o mecanismo jurídico por excelência para a ativação do mercado de capitais”⁶.

Dessa forma, a disposição do artigo 201 *in fine* soma-se ao rol de vantagens das ações preferenciais, que fazem exceção ao princípio da igualdade entre todas as ações, justamente em função da necessidade de dotá-las de maior apreço no mercado, em função do próprio modelo das companhias abertas, que concentrou o poder de

5 Art. 201 da Lei de Sociedade por Ações: “A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de *reserva de capital*, no caso das *ações preferenciais* de que trata o § 5º do artigo 17. §1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber. §2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.”

6 Teixeira, Egberto Lacerda e Guerreiro, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo. Bushatsky, 1979. p. 188.

controle no universo das ações ordinárias e os investimentos do público no conjunto das ações preferenciais.

Como escrevi, em conjunto com Egberto Lacerda Teixeira, a mais atraente característica das preferenciais para o investidor consistia na prioridade na distribuição de dividendos.⁷ Mas, da mesma forma funcionava, como uma espécie de garantia da remuneração das ações preferenciais, a norma excepcional do referido artigo 201, com a mesma finalidade, ou seja, de propiciar a essas melhor aceitação junto ao público investidor.

A lei traça as destinações específicas das reservas de capital, as quais, nos termos do artigo 200, somente poderão ser utilizadas para (a) absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucros; (b) resgate, reembolso ou compra de ações; (c) resgate de partes beneficiárias; (d) incorporação ao capital social; e (e) **pagamento de dividendo a ações preferenciais, quando essa vantagem lhe for assegurada.**

Como se observa, salvo na última hipótese mencionada, as reservas de capital são em princípio indisponíveis para efeito de distribuição dos respectivos valores aos acionistas, como dividendos. Servem tão somente para o pagamento de dividendos a titulares de ações preferenciais, com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo, quando o lucro do exercício for insuficiente. Trata-se de vantagem significativa, atribuída às ações preferenciais, que necessita, porém, de prévia autorização estatutária.⁸

Entretanto, na Exposição de Motivos da Lei de Sociedade por Ações, e como dito há pouco, há menção clara ao pagamento de dividendos aos acionistas detentores de ações preferenciais, no exercício em que não houver lucro, à conta das reservas de capital, com o intuito de **facilitar ao empresário a colocação de ações da com-**

7 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro ob. e loc. cit. p. 194.

8 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro ob. e loc. cit. 571.

panhia, como exceção ao princípio geral de que os dividendos somente podem ser distribuídos à conta de lucros ou reservas de lucros, não prejudicando os credores, garantidos pelo capital social, e não pela reserva de capital.⁹

Nota-se, de início, que a intenção do legislador foi a de **garantir a integridade do capital social**, como garantia dos credores, e não, portanto, **da reserva de capital**, a qual poderá ser distribuída em forma de dividendos, no exercício que não houver lucros, em princípio apenas aos acionistas detentores de ações preferenciais. Não obstante a lei tenha previsto a distribuição apenas a uma determinada classe de acionistas, é notável o intuito manifesto do legislador de **facilitar ao empresário a colocação de ações**, o qual justificaria eventual pagamento de dividendos à conta de **reserva de capital**, inclusive aos detentores de ações ordinárias, quando há interesse em sua colocação no mercado, vale dizer, quando a elas se atribui a mesma função que era própria das ações preferenciais.

Definindo expressamente os únicos valores à conta dos quais se permite pagar dividendos, o legislador inscreve desde logo, no pórtico da seção destinada à matéria, o **princípio basilar da tutela do capital social**, cuja integridade há de ser preservada, em benefício de terceiros, que transacionem com a sociedade. Confirma-se, assim, com clareza, o caráter restrito e excepcional do artigo 201.

Ao enumerar os fundos que servem de suporte à distribuição de dividendos, e ao dispor que somente os fundos indicados se prestam a esse fim, a lei erige, como norma básica, o preceito segundo o

9 Mensagem nº 204, de 1976, do Poder Executivo. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de julho 1976, do Ministério da Fazenda: Capítulo III — Ações, Seção III — Espécies e Classes: “No parágrafo 5º do artigo 17 admite-se a criação de ações preferenciais com dividendo cumulativo que poderá, no exercício que não houver lucro, ser pago à conta das reservas de capital. Essa vantagem pode ser útil para facilitar ao empresário a colocação das ações da companhia: e embora seja exceção ao princípio geral de que os dividendos somente podem ser distribuídos à conta de lucros ou reservas de lucros (art. 202), não prejudica os credores, que são garantidos pelo capital social, e não pelas reservas de capital.”

qual apenas podem ser distribuídos aos acionistas os valores ativos excedentes ao complexo do passivo social no instante da apuração que o balanço representa e focaliza. Em outras palavras, **a distribuição de dividendos aos acionistas não pode prejudicar os credores da sociedade**; a integridade do capital, que o sistema da lei preserva e consagra, somente será observada, quando as distribuições se façam à conta de lucros de balanço. Contrariamente, pagamentos de dividendos com infringência a esse princípio entendem-se como ofensivos ao capital social, pois, em verdade o estariam reduzindo, desfalcando dessa forma a garantia primária dos credores.¹⁰ Era essa a situação, até bem recentemente.

Não obstante, após a entrada em vigor da Lei de Sociedade por Ações, observaram-se relevantes alterações no panorama da regulamentação das companhias brasileiras, dentre elas a vedação, às companhias de capital aberto listadas no Novo Mercado da Bovespa, de emissão de ações preferenciais, sendo certo que na atualidade, todos os acionistas de tais companhias detêm apenas ações ordinárias.¹¹

Dessa forma, se a intenção do legislador fosse pura e simplesmente a de proibir o pagamento de dividendos à conta de reservas de capital, não seria admitido sequer o pagamento de dividendos aos detentores de ações preferenciais com base em reservas de capital. Como, no entanto, esses dividendos foram legitimados pelo legislador, seria o caso de perguntar por que os dividendos das ações ordi-

10 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro *ob. e loc. cit.* p. 584.

11 Regulamento do Novo Mercado. Seção III — Autorização para Negociação no Novo Mercado: “3.1- Autorização para Negociação no Novo Mercado. O Diretor Geral da BOVESPA poderá conceder autorização para negociação no Novo Mercado para a Companhia que preencher as seguintes condições mínimas; (vi) tenha seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias, exceto em casos de desestatização, se se tratar de ações preferenciais de classe especial que tenham por fim garantir direitos políticos diferenciados, sejam intrasferíveis e de propriedade do ente desestatizante, devendo referidos direitos ter sido objeto de análise prévia pela BOVESPA;” (Disponível em <http://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2009).

nárias deveriam se excluir do mesmo benefício se, ao fim e ao cabo, as mesmas razões haveriam de amparar o pagamento de dividendo a elas devidos com base na mesma verba? A resposta a essa pergunta considera, em primeiro lugar, a finalidade da norma e afasta, como é óbvio, o mero capricho do legislador, na redação do direito positivo. A posição da lei se baseou no pressuposto de que os preferencialistas seriam os minoritários e, assim, a proteção de seus interesses permitiria abrir exceção à regra, como de fato acabou acontecendo.

Atualmente, **sendo ações ordinárias as minoritárias**, menos aquinhoadas que as próprias preferenciais, sob o ponto de vista de dividendos, tendo-se em vista a intenção do legislador e a nova configuração do capital das companhias abertas no Novo Mercado da Bovespa (sem ações preferenciais e somente com ações ordinárias), frente ao direito do acionista ao dividendo e respeitada a integridade do capital social, não há que se falar em distinção entre ordinárias e preferenciais para fins de distribuição de dividendos à conta de reserva de capital.

II. Responsabilidades no sistema da Lei de Sociedade por Ações.

À vista do disposto no art. 201 e de seus dois parágrafos, pode-se observar que a lei, de um lado, imputa responsabilidade aos administradores da sociedade pelo pagamento de dividendos em condições irregulares e, de outro, impõe aos acionistas o dever de restituir esses mesmos dividendos, quando tenham sido recebidos de má fé. No primeiro caso, segundo o § 1º do art. 201, o pressuposto da responsabilização dos administradores (e bem assim dos membros do Conselho Fiscal) é a distribuição de dividendos com inobservância do disposto no *caput* do próprio art. 201. Em outras palavras, o diploma legal atribui responsabilidade solidária aos administradores por um caso especial de ilicitude, a saber, a contrariedade ao disposto no art. 201, *caput*. É de ver que, a essa hipótese, têm aplicação as normas gerais estabelecidas pela lei para o fim de disciplinar a responsabili-

zação dos administradores da companhia, traçadas pelos arts. 158 e 159 da Lei de Sociedade por Ações. Com efeito, a responsabilidade de que cuida o art. 201, em seu § 1º, configura tipo específico de consequência da ilicitude (**violação da lei ou do estatuto**), que, de forma ampla, constitui a matriz das faltas de gestão no direito brasileiro, consoante o art. 159, II, da lei. Em outras palavras, alude-se, no caso, a um único conceito: o administrador será sempre responsável quando violar a lei, inclusive quando promover a distribuição de dividendos em desacordo com o art. 201.

Nessa hipótese, como diz claramente o § 6º do art. 159, o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. Percebe-se, desde logo, como o interesse da companhia pode ser considerado como critério definidor da responsabilização do administrador, conjuntamente com sua boa-fé. Assim, se o comportamento do gestor social revela-se orientado no benefício da companhia (excluindo, portanto, o interesse individual e egoísta do próprio administrador), a lei abre, no aludido preceito, a possibilidade de solução da mais característica equidade. Pode se afastar, no caso, a aplicação literal da lei, em face da dificuldade, notória e ocorrente, de aplicar fórmulas gerais a hipóteses de fato bastante específicas e peculiares, na condução dos negócios sociais¹². O magistrado se habilita, nos termos da lei, a reconhecer a prevalência do interesse social sobre a estrita literalidade formal do art. 201, para então excluir a responsabilidade dos administradores. Dito de outro modo, sempre que a atitude do gestor se dirigir a um resultado útil à companhia, faculta-se ao juiz a referida exclusão da responsabilidade pelo alegado ilícito.

12 Cf. a esse respeito Guerreiro, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedade Anônimas*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 42. 1981. p. 83.

Essa peculiaridade dá bem a medida do cuidado com que o legislador cercou a matéria, evitando que procedimentos não maliciosos, nem prejudiciais ao interesse social, nem, tampouco, inspirados por motivos particulares, venham necessariamente a ser caracterizados, de modo injusto, como causas de responsabilidade dos administradores. A conseqüência, nessas hipóteses, vem a ser o afastamento da responsabilidade dos administradores, de acordo com o convencimento do magistrado.

Reconhecida a observância, pelo administrador, do interesse da companhia e comprovada sua boa-fé na distribuição dos dividendos, elide-se a responsabilidade civil (consubstanciada no dever de repor à caixa social a importância distribuída). Dessa forma, não se vê como se admitir, nessa hipótese, a ação penal, a que se refere a parte final do § 1º do art. 201. Dita ação penal se filia à prescrição do art.177, § 1º, inciso VI, do Código Penal, que define a ilicitude praticada pelo diretor ou gerente que, na falta de balanço, ou em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios. Claro está que, em todas as possíveis figuras criminalizadas, surge obrigatoriamente, como pressuposto, ou a ausência ou a falsidade do balanço, ou, ainda, a distribuição de lucros ou dividendos em desacordo com o balanço. Na presente hipótese, não haveria que se falar nem em falta nem em falsidade de balanço, restando a investigar se o pagamento de dividendos em questão poderia eventualmente ser qualificado como distribuição **em desacordo com o balanço**. Mas, já então, se proclamada, no juízo cível, a irresponsabilidade do administrador, em face da prevalência do interesse da companhia, não fará o menor sentido sustentar, na espécie, o cabimento da persecução criminal com fundamento no art. 177 do Código Penal. Se não é o caso de prejuízo à companhia e se o administrador se orientou de acordo com o interesse social, a ponto de ter sua responsabilidade excluída com base no parágrafo 6º do art. 159, seria manifestamente iníquo pretender-se sua submissão à norma penal acima mencionada.

Conceda-se ser irrelevante a afirmação segundo a qual o administrador não teria qualquer benefício pessoal para que a infração penal se materializasse. Com efeito, como se trata de delito formal, esse benefício particular do agente não é requerido para que resulte consumada a conduta delituosa. Mas, assim mesmo, não parece razoável sustentar a ocorrência de crime quando a ninguém derive qualquer prejuízo, nem à companhia, nem a seus acionistas, nem a seus credores ou a quaisquer outros terceiros. É exatamente a ausência de prejuízo que leva à conclusão de que os fatos narrados na Consulta não constituem ilícito de qualquer espécie, não dando margem à responsabilização civil dos administradores, e, tampouco, à tipificação penal já aludida.

A melhor doutrina repele a identificação automática entre os assim chamados **lucros fictícios** e os dividendos distribuídos em desacordo com o balanço. De um ponto de vista excessivamente rigoroso, pode-se supor que o lucro distribuído regularmente presume um balanço redigido conforme as prescrições legais, de tal forma que se dividendos são pagos na ausência de tal balanço, emerge o risco da distribuição de lucros inexistentes ou fictícios. Tal raciocínio, porém, peca pela excessiva literalidade, uma vez que a irregularidade pode decorrer exclusivamente da apreciação das contas do balanço à luz da legislação vigente e não, necessariamente da ausência do balanço ou da previsão de lucros. Assim, em sentido estrito, somente se pode considerar como fictício, nas palavras de Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior, o lucro que efetivamente não subsiste no momento do encerramento do exercício.¹³ Da mesma forma, será excessivo afirmar que balanço fraudulento e balanço falso referem-se exatamente à mesma situação.

O único critério seguro, nessa matéria, parece ser a medida do patrimônio líquido da companhia com relação ao capital social. Nes-

13 Pedrazzi, Cesare e Da Costa Jr., Paulo José. *Tratado de Direito Penal Econômico: Vol I — Direito Penal das Sociedades Anônimas*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973. p. 149.

se sentido, é a análise da doutrina italiana, para a qual se deve entender como lucro a mais valia efetiva da sociedade constituída pela diferença positiva entre patrimônio social e capital nominal¹⁴.

Sempre que o patrimônio líquido excede o capital social, pode-se considerar que a companhia apresenta lucro em sentido lato e, portanto, nessa situação, não se pode falar em distribuição de lucros fictícios ou em desacordo com o balanço. Nesse sentido, Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior afirmam que o excedente do patrimônio líquido com respeito ao capital social, pode ser entendido como lucro e, assim, figurar no balanço em categorias diversas¹⁵.

Dentre as reservas que compõe o patrimônio líquido, apenas não pode servir de fundamento ao pagamento de dividendos a reserva legal (art. 193). E isso porque essa reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social, somente podendo ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital, de acordo com a expressa disposição do parágrafo 2º do artigo 193.¹⁶ Já era essa a solução do direito anterior, sobre o qual não havia dúvida “de que a tutela penal do capital abarque igualmente a reserva legal, e de que os lucros retirados desta última equivaliam a fictícios.”¹⁷. Essa a razão pela qual sustentavam Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior que o delito pudesse ser cometido prejudicando reserva legal já constituída, mercê da distribuição de dividendos ou participações. E con-

14 Massimo Coliva. *Illegale Ripartizione Di Utili e Responsabilità Dei Sindaci Le Altre Omissioni e Inosservanze Del Collegio Sindacale* in *Trattato Di Diritto Penale Dell'Impresa*. Vol 2º. Cedam. Milão. 1992. p. 184-185.

15 Cf. ob. e loc. cit., p. 136.

16 Art. 193. Do lucro líquido do exercício, 5% (cinco por cento) serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal, que não excederá de 20% (vinte por cento) do capital social. § 1º A companhia poderá deixar de constituir a reserva legal no exercício em que o saldo dessa reserva, acrescido do montante das reservas de capital de que trata o § 1º do artigo 182, exceder de 30% (trinta por cento) do capital social. § 2º A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital.

17 V. Cesare Pedrazzi e Paulo José Da Costa Jr. ob. e loc. cits. p. 154.

cluía aqueles autores: “não são entretanto fictícios os lucros retirados de reservas especiais ou facultativas.”¹⁸

Com a habitual clareza, Nelson Hungria escrevia, precisamente, que não pode haver a distribuição de lucros ou dividendos sem que se verifique pelo balanço anual a existência de **superavit**. Acrescentava Hungria: “se, não obstante a ausência de lucros positivos ou já realizados, se faz distribuição de dividendos, estão sendo estes subtraídos ao capital ou ao fundo de reserva legal (que é um anexo do capital), o que não é admissível, pois, do contrário, estaria sendo levada a sociedade à ruína”¹⁹. No mesmo sentido, o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso, para quem o objeto da tutela jurídica, nesse particular, é o patrimônio da sociedade, em última análise.²⁰

E, mais adiante, de forma luminosa: “Indaga-se: haverá o crime se os dividendos são imputados às reservas **extraordinárias** ou **ocultas**? A solução é no sentido negativo, desde que expressamente se declare a fonte dos dividendos (quando não se **finje** balanço para dar à distribuição o caráter de lucros no exercício atual)”. Após afirmar que, no caso, não haveria distribuição de lucros fictícios ou de quantia retirada ao capital, chega Nelson Hungria à conclusão clara e perfeita: **sempre que o capital ficar indene, não haverá fraude criminosa.**²¹

Essa lição de Hungria coincide exatamente com o entendimento unânime da doutrina de direito privado (mais adiante referida), no sentido de que o capital social é o centro da proteção legal objetivada tanto na lei penal quanto na lei acionária. O que não pode se desfalcar, em nenhuma hipótese, é o capital da companhia, en-

18 V. Cesare Pedrazzi e Paulo José Da Costa Jr. ob. e loc. cit. p. 146.

19 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII. 2ª ed. Revista Forense. Rio de Janeiro. 1958. p. 290.

20 Cf. Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 2. 5ª ed. São Paulo: Bushatsky. 1980. p. 148.

21 V. Nelson Hungria. ob. e loc. cit. p. 292.

quanto índice da garantia comum dos credores sociais, além de ser, da mesma forma, o registro contábil das contribuições versadas pelos acionistas. Tanto quanto o Código Penal, o que o art. 201 da Lei de Sociedade por Ações tem em mira vem a ser, precisamente, o resguardo dos interesses que gravitam em torno do capital da companhia, de sorte a impedir que se distribuam como lucros valores que, na realidade, integram esse mesmo capital. Assim, para uma vez mais lembrar a palavra de Nelson Hungria, **quando a distribuição de dividendos se faça à conta de reservas que não acresçam ao capital** (ao contrário da reserva legal), não há lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa instância, concluo não se concretiza nem ilícito penal, nem ilícito civil.

No mesmo exato sentido era a lição de Trajano de Miranda Valverde, ao tempo da vigência da anterior lei acionária (Decreto-Lei 2.627, de 1940). Segundo Valverde, as reservas “não são frutos civis, mas capitais, que aumentam o patrimônio da sociedade.” E prossegue:

Mas, enquanto a reserva legal constitui um acréscimo ou anexo do capital social, que não pode, dada a sua finalidade, ser distribuído, sob qualquer forma, pelos acionistas, salvo no caso de liquidação da sociedade, as reservas especiais ou facultativas estão sempre, em princípio, à disposição da assembléia geral, que pode, assim, ordenar a sua partilha, no todo ou em parte, pelos acionistas ou dar-lhes novo destino.²²

Mais uma vez, fica claro que não se cogita, no caso, de falta de levantamento de balanço. Igualmente, no entanto, não se pode afirmar que o pagamento dos dividendos de que trata a Consulta tenha sido feito em desacordo com os resultados do balanço. Reitere-se que, para chegar a essa conclusão, não se há de limitar o intérprete a

22 Valverde, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. 2ª ed. Rev. Atual. Forense. Rio de Janeiro. 1953. p. 373-374.

uma visão literal e isolada do art. 201, *caput*, sem considerá-lo no sistema da lei e de acordo com suas finalidades. A respeito dessa interpretação teleológica do art. 201 serão, exatamente, as considerações constantes do item III deste Parecer, mais abaixo.

Por outro lado, de acordo com o art. 201, § 2º, da Lei de Sociedade por Ações, estipula-se que os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume a lei existir má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

Ainda uma vez será necessário insistir em que sequer se cogita, na espécie, de dividendos sem o levantamento de balanço, restando apenas confirmar que não se cuida, verdadeiramente, de dividendos pagos em desacordo com os resultados do balanço.

Note-se que a má-fé vem a ser o fundamento que legitima o pedido de restituição de dividendos formulado contra os acionistas, no caso do art. 201, como, aliás, já deixei consignado no livro que escrevi com Egberto Lacerda Teixeira²³.

Parece legítimo, portanto, excluir a má-fé na hipótese em que a distribuição de dividendos indica claramente e sem artifícios a origem dos dividendos ou a base que ampara seu pagamento. Importa, antes de mais nada, que a distribuição de dividendos não se faça mediante artifícios que induzam ou possam induzir o acionista a uma enganosa percepção da origem dos dividendos que lhe são pagos. É essa incerteza que conduz à instauração da má-fé por parte do acionista que receba os dividendos. O que releva, sempre, é a clareza da distribuição, vale dizer, a precisa indicação dos valores à conta dos quais se conte a distribuição (as reservas de capital, como tais expli-

23 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro *ob. e loc. cit.* p. 826.

No mesmo sentido, Marcelo Trindade, Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. RTDC. Ano 5. Vol. 8. 2004. p. 257 e, no direito anterior, Valverde, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1953. p. 380.

citamente indicadas no balanço). Se esse requisito é cumprido, não há como pretender-se a restituição dos dividendos, sob o argumento de que eles teriam sido irregularmente distribuídos, ou distribuídos de modo a gerar a recepção de má-fé, capaz de acarretar, como ficou dito, a pretensão de repetição de indébito de que cuida o § 2º do art. 201 da Lei de Sociedade por Ações.

Ademais, ações ordinárias e preferenciais são essencialmente semelhantes, tendo-se em vista que a lei confere ao estatuto a prerrogativa de deixar de conferir direitos políticos às ações preferenciais.²⁴ O direito de voto lhes pertence, tanto quanto às ações ordinárias, somente podendo lhes ser retirado mediante específica determinação estatutária. Assim, nota-se que não há diferença estabelecida em lei, mas diferença estabelecida de acordo com a vontade das partes, tratando-se, pois, não de matéria estrutural, mas de matéria conjuntural. As diferenças em relação aos direitos políticos de voto são, assim, incidentais, decorrentes da vontade das partes consubstanciada no estatuto, e não da lei, de forma que não há que se falar em **diferença estrutural** entre as ações ordinárias e as preferenciais.

III. Interpretação Teleológica do Artigo 201

Faz-se mister, nesse contexto, **interpretação teleológica** de toda legislação aplicável ao caso concreto, com o objetivo de aplicá-

24 Art. 111 da Lei de Sociedade por Ações: “O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109. § 1º As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direitos que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso. § 2º Na mesma hipótese e sob a mesma condição do § 1º, as ações preferenciais com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito. § 3º O estatuto poderá estipular que o disposto nos §§ 1º e 2º vigorará a partir do término da implantação do empreendimento inicial da companhia.”

la em consonância à real intenção que inspirou sua criação. Na lição de Eros Roberto Grau, há que se proceder, na interpretação e aplicação da norma jurídica, à interpretação conjunta e sistemática das normas vigentes aplicáveis ao caso concreto:

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto e a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário, se superpõem.²⁵

Como se sabe, na moderna hermenêutica jurídica, o argumento teleológico ocupa o primeiro lugar, no sentido de que a um determinado enunciado da lei deve-se atribuir aquele significado que corresponda ao fim da própria lei.²⁶ Não se trata de recurso à chamada vontade do legislador, mas a construção da finalidade objetiva da lei, tendo em vista os interesses que o direito protege²⁷. A Exposição de Motivos, nesse caso, assim como os trabalhos preparatórios são indícios dessa realidade ou desses interesses e devem ser avaliados para a reconstrução do sentido próprio da lei. A doutrina salienta²⁸, por exemplo, a importância de determinar a aplicação de uma norma antiga, a uma situação nova. Nessa hipótese, o aplicador da lei deve

25 Grau, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo. Malheiros Editores. 2002. p. 76.

26 Cf. Tarello, Giovanni. *Interpretazione Della Legge*. Giuffrè. Milão. 1980. p. 370.

27 “Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou *finalística*, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica*. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para qual foi redigida”. em Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. pp. 124-125.

28 V ob.loc.cits. Giovanni Tarello. p. 370.

considerar as finalidades concretas e objetivas da lei à vista da necessidade e da funcionalidade do sistema jurídico. Ainda quando se pretenda utilizar a analogia, o que importa dizer é que a própria lei deve autorizar o intérprete a fazê-la valer para conseguir o resultado desejado. Assim, à vista do artigo 201, deve o intérprete saber que o objetivo concreto da norma será atingido se, em determinada sociedade, de cujo capital não façam parte ações preferenciais, as ações ordinárias, cumprindo o mesmo papel, possam receber dividendos à conta de reservas de capital.

Conforme jurisprudência recenseada por François Ost e Michel van de Kerchove “*Ce qui doit dominer l’interprétation d’une loi, c’est son but social, plus que l’intention du législateur. Celle-ci ne vaut que pour l’époque où la loi est promulguée. Toute loi vieillit par le seul fait de sa promulgation. Si on veut fonctionnelle, la rendre suffisamment plastique pour s’adapter aux circonstances nouvelles... le juge doit être de son temps.*”²⁹ Ou, em português:

O que deve prevalecer na interpretação de uma lei é seu propósito social, mais do que a intenção do legislador. Aquele não vai além da época na qual a lei foi promulgada. Todas as leis valem efetivamente para o fim de sua promulgação. Para funcionar, devem ser suficientemente flexíveis para se adaptar as novas circunstâncias... o juiz deve ser de seu tempo.

Ante todo o exposto, conclui-se que a interpretação teleológica do artigo 201 da Lei de Sociedade por Ações pode conceder a mesma proteção ao acionista detentor de ações ordinárias que outrora concedera ao detentor de ações preferenciais, viabilizando o pagamento de dividendos à conta de reserva de capital, aos detentores de ações ordinárias.

²⁹ Cf. Ost, François. Kerchove, Michel van de. *Entre la Lettre et L’Esprit — Les Directives D’Interprétation en Droit*. Bruylant. Bruxelas. 1989. pp. 115-116.

IV. Reservas de Capital

Começo por dizer, seguindo o que já escrevi com Egberto Lacerda Teixeira, que as reservas de capital são voluntárias, ou seja, não proíbe a lei que sejam revertidas ao lucro líquido do exercício ou, de qualquer forma, integradas a seu patrimônio líquido, podendo, assim, fornecer amparo à distribuição de dividendos aos acionistas.³⁰ Compreendem-se, assim, entre as reservas facultativas, constituídas seja por disposição do estatuto, seja por disposição da assembleia.³¹ Destinam-se, como todas as demais reservas, à garantia do capital, bem como à assegurar a distribuição anual de dividendos, sendo que capital e reservas vêm a ser apenas a expressão numérica de importâncias integradas ao patrimônio líquido, muito embora sob diversa rubrica e diferente finalidade. Não há como confundir, no entanto, a cifra do capital social e o valor contábil das reservas, nem em sua origem, nem em seu funcionamento. Se é certo, de um lado, que o capital não pode ser desfalcado, salvo quando a lei expressamente o admite, não menos verdadeiro é afirmar-se que as reservas possuem variada destinação e se podem reintegrar ao lucro líquido do exercício do qual provieram.

Fica claro, portanto, que a reversão de reservas ou o pagamento de dividendos à sua conta, não diminuem nem comprometem a integridade do capital social, pelo que se conclui que não podem trazer qualquer espécie de prejuízo aos credores da companhia.

Na experiência internacional, vários são os expedientes de que se valem as sociedades para complementar os dividendos normalmente pagos a conta de lucros à disposição da Assembleia Geral. Dentre eles, menciona-se o recurso às reservas e, particularmente, as reservas de capital.³² Assinala-se exatamente a distribuição em ques-

30 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro. ob. e loc. cit. p. 567.

31 V. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro. ob. e loc. cit. p. 569.

32 Couret, Alain. La Contrainte du Dividende Dans les Sociétés pas Actions. *Aspects Actuels du Droit des Affaires — Mélanges em l'honneur de Yves Guyon*. Paris. Dalloz. 2003. p. 260.

tão, por decisão da Assembléia Geral, como distribuição de reservas que perdem, por decisão assemblear, qualquer caráter de “capital”.³³ Como já disse:

*Toute opération qui serait effectuée sur des sommes représentant plus que les bénéfices de l'exercice... Les réserves sont donc indubitablement visées.*³⁴

Por aí se verifica que, sendo afetadas as reservas, não há que se falar nem em prejuízo do capital social, nem em conseqüência de possível prejuízo aos credores da companhia. Como se vê, trata-se de problema conhecido na prática internacional dos negócios, sem que sequer se avenge a possibilidade da ilicitude do pagamento dos dividendos à conta de reservas.

V. Teoria das nulidades aplicada às sociedades anônimas. Distribuição de dividendos de boa e de má fé.

Na lição de Clóvis Bevilacqua, a nulidade é **“a declaração legal de que determinados atos jurídicos se não prendem os efeitos ordinariamente produzidos pelos atos semelhantes.”**³⁵

Na década de 20, Joseph Hémard notou que a teoria das nulidades não se aplicava, entretanto, às sociedades, uma vez que a partir de sua constituição, não é mais possível individualizar as operações sucessivas. Há que se distinguir, nesse caso, os contratos instantâneos, passíveis de nulidade e restabelecimento do *status quo ante*, como a compra e venda, dos contratos sucessivos ou de execução sucessiva, dentre os quais se incluem os contratos de sociedade, loca-

33 V. Alain Couret, ob. e loc. cit. p.261.

34 V. Alain Couret, ob. e loc. cit. p. 262. “Todas as operações que forem efetuadas sobre as somas que representem mais que os resultados do exercício... As reservas são então indubitavelmente visadas.”

35 Bevilacqua, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo. Red Livros. 2001. p. 345.

ção, seguro, cujos efeitos são observados ao longo de determinado período, em relação aos quais a nulidade não opera efeito retroativo.³⁶

No mesmo sentido, ensina Tullio Ascarelli que o contrato plurilateral das sociedades, visa à constituição de uma organização destinada a relacionar-se com terceiros, motivo pelo qual os vícios de tal contrato e das adesões dos sócios adquirem importância diversa da que possuem nos contratos em geral. Nesse contexto, a jurisprudência tende em afastar as regras gerais dos contratos, as quais resultariam na retroatividade da nulidade ou anulação, uma vez que os terceiros credores não poderiam contar com a responsabilidade dos sócios ou do sócio cuja adesão é nula ou anulada.³⁷ Ademais, quanto

36 La plupart des auteurs comprennent par la suite que la nullité ne pouvait emporter tous ses effets logiques en matière de société; ils devaient répéter avec Labbé: il faut traiter humainement les choses humaines. La logique à outrance conduit à l'injustice, elle suppose dans l'établissement et la formule des principes une perfection que n'est pas de ce monde. Ils n'étaient pas parvenus à se rendre compte que ce maintien du passé ne constituait que l'application d'une règle générale, le principe d'une distinction entre les contrats, quant aux effets des nullités susceptibles de les atteindre. Quand une société a fonctionné, il n'est pas possible de traiter l'ensemble des opérations sociales comme on le ferait pour une seule opération. Si l'on explique que la rétroactivité de la nullité opère dans un contrat de vente, on ne le comprend plus dans un contrat de société. C'est qu'un contrat ordinaire, un *contrat instantané*, comme le contrat de vente, épuise son effet en une ou quelques opérations, son application est consommée par un ou quelques actes déterminés, et lorsqu'une cause de nullité vient le frapper, la destruction du passé et le rétablissement du *statu quo ante* est possible. Mais pour les *contrats successifs*, souvent appelés contrats à exécution successive, qui comportent une certaine durée, qui développent peu à peu leurs effets dans les temps, comme la société, le louage, l'assurance, il n'est point permis de songer à renverser tous les faits accomplis, à remettre les choses en leur état premier: leur nullité, ainsi que la résolution, ne produit pas d'effet rétroactif. Il en sera de même pour le contrat de société, contrat successif, à exécution échelonnée, qui crée une sorte d'état à l'égard des associés. Une société entraîne toute une série d'actes que la loi, pas plus que la volonté des parties, ne saurait annihiler; elle présente un caractère de permanence qui s'y oppose. em Hémard, Joseph. *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et des Sociétés de Fait*. Deuxième édition. Recueil Sirey. 1926. pp. 10-11.

37 "De outro lado, como se notou, o contrato plurilateral externo visa a constituição de uma organização destinada a entrar, como tal, em relação com terceiros. É, por isso, que o problema da tutela de terceiros, quanto aos vícios do contrato e àqueles das adesões das várias partes, adquire, nessa hipótese, uma importância bem diversa da que possui nos contratos em geral.

aos direitos adquiridos pelos terceiros por força da deliberação nula ou anulada, tanto a constituição da sociedade anônima, quanto suas modificações estatutárias estão sujeitas ao controle quanto à sua legitimidade. Por isso, a eventual nulidade ou anulação de uma modificação estatutária não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros, que confiaram na legalidade das deliberações, visto que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente.³⁸

Afastadas as hipóteses de nulidade, poder-se-ia pleitear eventual anulação de deliberação que configurasse autorização a distribuição dos chamados **dividendos de má-fé**, definidos por lei como aqueles distribuídos sem levantamento de balanço ou em desacordo com os resultados deste, conforme leitura do artigo 201, parágrafo 2º.

As conseqüências civis da distribuição de lucros fictícios (ou dividendos de má fé) não atingem apenas os diretores da sociedade anônima, mas, ao contrário, também se irradiam sobre as pessoas dos acionistas beneficiários da distribuição. Assim é que o parágrafo 2º do artigo 201, em sua primeira parte, dispõe no sentido de que os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa fé tenham recebido. Mas, conclui o preceito em sua segunda parte, presume-se a má fé, quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste. Note-se, a respeito, que é de dois anos o prazo para prescrição da ação contra acionista para restituição de dividendos recebidos de má fé, contado o prazo de publicação da ata da Assembléia Geral Ordinária

É, pois, natural a tendência da jurisprudência em derogar, no interesse dos terceiros, as regras gerais dos contratos. Estas regras importariam, com efeito, no efeito retroativo da anulação, com a conseqüência de que os terceiros não poderiam, pelo menos em numerosas hipóteses, contar com a responsabilidade dos sócios ou com aquela do sócio cuja adesão é nula ou anulada. Entretanto, em todos os países, a jurisprudência visa impedir essa conseqüência, atendendo a princípios que, não obstante sua diversidade, procuram sempre justificar uma maior tutela dos terceiros credores.” em Ascarelli, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo. 1969. p. 287-288.

38 V. Tullio Ascarelli. ob. e loc. cit. p. 388.

do exercício em que os dividendos tenham sido declarados (artigo 286, da Lei de Sociedade por Ações³⁹).

Nesse contexto, ensina Modesto Carvalhosa que, como fundamento da ação, deve ser provada a diminuição do capital social.⁴⁰

Assim, não tendo a empresa agido contra o sistema estabelecido pelo legislador de 1976 ao distribuir dividendos aos seus acionistas, todos detentores de ações ordinárias, sem ofensa ao capital, tendo levantado e submetido à Assembléia Geral o balanço do exercício refletindo a alteração proposta, em consonância com os resultados deste e, conseqüentemente, não se podendo falar que distribuído dividendos de má fé, não há que falar em nulidade, nem, tampouco, em anulação dos atos praticados pela empresa nesse sentido.

VI. Oposição de credores ao pagamento de dividendos

Conforme anteriormente dito, a finalidade do artigo 201 da Lei de Sociedade por Ações é a de proteger o interesse dos credores. Assim, ainda que fosse proposta eventual ação para haver dividendos, tal ação fatalmente careceria de interesse legítimo econômico, frente à ausência do **efetivo prejuízo**, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade meramente formal, sem prejuízo efetivo, unicamente como resultado de afronta à lei.⁴¹

39 Art. 286 da Lei de Sociedade por Ações: “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 Modesto, Carvalhosa. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. 3º Vol. São Paulo. Saraiva. 2003. pp. 782-783.

41 “Esta regra [do artigo 244] é complementada pelo parágrafo 1º do artigo 249: o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. Este princípio divulgado pela expressão em francês *pas de nullité sans grief* abranda a rigidez da forma legal. Se o ato, ainda que praticado de maneira diversa da preconizada na lei, alcançar sua finalidade e não prejudicar a parte, deverá ser mantido, evitando-se repetição inútil.” em Greco Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume 2, 4ª edição atualizada. São Paulo. Saraiva. 1989. p. 42.

No mesmo sentido, a jurisprudência tem afastado, em se tratando de ato processual, a nulidade de ato que não causou prejuízo:

Torna-se necessário, para que se declare a nulidade de um ato, além da sua alegação oportuna, a demonstração do prejuízo daquele que a denuncia. Essa é a regra geral, valendo ressaltar que, em se tratando de ato processual, a lei não dá valor à nulidade se dela não resultou prejuízo para as partes — CPC, art. 249, parágrafo 1º. Isso significa que houve a aceitação, sem restrições, no direito brasileiro, do velho princípio *pas de nullité sans grief*. (Ac. Das Câms. Reuns. do TJPA de 13.05.1987, nos Embs. nº 12.553, Rel. Des. Marques da Silva; Adcoas, 1988, nº 117.111).

Paralelamente, tendo-se em vista o disposto no artigo 134, parágrafo 3º da Lei da S.A., segundo o qual a aprovação, sem reservas, das demonstrações financeiras e das contas da companhia, exonera de responsabilidade administradores e fiscais, exceto em caso de erro, dolo, fraude ou simulação, liquidando, portanto, o exercício ao qual se referem, não há que se alegar eventual responsabilidade dos administradores no caso em análise.⁴²

Assim, não obstante tratar-se de norma de ordem pública na qual o legislador buscou proteger o credor, não há que se falar em anulação ou nulidade se não houve prejuízo sofrido e tempestiva oposição dos credores, nos termos do artigo 174 da Lei de Sociedade por Ações, sendo que a ausência de oposição tempestiva dos credores supre qualquer eventual argüição de afronta à lei, presumindo-se a boa-fé na distribuição de dividendos à conta da reserva de capital, sendo a distribuição legítima e seu pagamento bem feito.⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵

42 Artigo 134, parágrafo 3º, da Lei da S.A.: “A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação.”

43 “O consentimento das partes faz lícito o ato que, aliás, em seu benefício, não seria permitido. (...) Quando a parte, em favor da qual a lei instituiu um favor, um direito, é dele preterida sem reclamar em tempo oportuno, como no caso de ser assinado um prazo de cinco dias a quem

Caso os credores entendam (e isso apenas para argumentar) que a distribuição de dividendos em questão possa equivaler a uma redução indireta do capital social, cabe-lhes o direito de se opor à distribuição e, nesse caso, sua manifestação suspenderá a eficácia da deliberação respectiva, até que seja decidida. Se, entretanto, não há tal oposição, e se o prazo decorre em branco, a deliberação torna-se eficaz, convalidando-se e operando todos os seus efeitos, sem a possibilidade de serem argüidos contra ela os prejuízos porventura imagináveis. A decadência do direito implica no aniquilamento de toda e qualquer pretensão contrária à distribuição dos dividendos.

Deve se notar que o pagamento de dividendos porventura questionáveis face à letra do art. 201 de Lei de Sociedade por Ações, na medida em que poderia representar ofensa à integridade do capital social, ficaria com sua legitimidade suspensa até a consumação do prazo para a oposição de credores. No caso, apesar de não haver assembleia geral extraordinária para a reforma do estatuto, a delibe-

tinha o direito a uma dilação de vinte dias e nada reclamou, não pediu reforma em tempo e antes deixou se lançar, presume-se ter dado consentimento tácito: *Tacitur nus in judicio consensus inducit*. (...) A nulidade dependente de rescisão só pode ser alegada com a prova de prejuízo.” em Garcez, Martinho. *Nulidades dos Atos Jurídicos*. Rio de Janeiro. Cunha & Irmãos. 1896. p. 37-39.

44 Em *primeiro lugar*, o juiz deve verificar “se o ato, malgrado irregular, atingiu a sua finalidade”. Em *segundo lugar*, “avaliará se a irregularidade causou prejuízo”, isto é, prejudicou a parte, como, v.g., a citação mesmo irritual cuja comunicação logrou chegar ao conhecimento do réu sem comprometer o “direito de defesa”, ou mesmo, se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade, conforme regra textual de aplicação do princípio do prejuízo (*pas des nullité sans grief*), art. 249, parágrafo 2º, do CPC. em Fux, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2004. p. 360-361.

45 “A oposição à redução se fará mediante notificação do credor oponente à sociedade, dessa oposição sendo dado conhecimento ao Registro do Comércio. Faz-se a notificação nos termos dos artigos 867 e seguintes do Código de Processo Civil. E o Registro do Comércio, tomando conhecimento da oposição, não poderá arquivar a ata que decidiu a diminuição do capital, a não ser que seja satisfeito o credor oponente. Ainda assim, só poderá a ata ser arquivada depois de decorrido o prazo de 60 dias da sua publicação. Decairão, contudo, do direito de oposição os credores que não o exercerem dentro do prazo marcado pela lei.” em Martins, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 527.

ração de pagamento de dividendos de que se trata, igualmente da competência de assembléia geral, teria exatamente o mesmo efeito econômico e jurídico da redução de capital mediante alteração estatutária. E isso porque, como decorrência da deliberação, parcela do patrimônio social seria paga ou restituída aos acionistas, sendo essa, precisamente, a razão pela qual os credores da companhia deveriam ter o direito de objetar à distribuição, já que esta, presumivelmente, afetaria seus interesses, reduzindo-lhes a garantia de seus créditos. Dessa forma, a oposição de credores, manifestada no prazo de decadência a que se refere o art. 174, *caput*, seria condição da legitimidade do pagamento.

Observa-se, por outro lado, que a lei prevê prazo de prescrição relativamente à anulação de deliberações de assembléias gerais que resultem em violação da lei (cf. art. 286 da Lei de Sociedade por Ações). Assim, pode-se perguntar: aplicar-se-ia ao caso presente o art. 174 da Lei de Sociedade por Ações ou sempre haveria a possibilidade de ação para anular a deliberação sobre a distribuição de dividendos, dentro do prazo prescricional do art. 286 da Lei de Sociedade por Ações?

Evidentemente, se se opta pela primeira hipótese, ou seja, pela incidência do art. 174, o que parece absolutamente claro é o afastamento de qualquer pretensão dos credores sobre a distribuição, ou, em outras palavras, a legitimação do pagamento dos dividendos no que concerne à tutela dos interesses dos credores. Nessas condições, elide-se por completo a eventual má-fé dos acionistas que receberiam os dividendos, uma vez que a deliberação, agora então validada e confirmada pelos credores sociais, não será considerada violadora do art. 201 da Lei de Sociedade por Ações. Como ficou fartamente demonstrado, se a finalidade do art. 201 é a de assegurar a proteção do capital social em homenagem aos interesses dos credores, e se esses se acham satisfeitos à vista do art. 174, não há como negar a inelutável conseqüência: se os credores não se opõem à distribuição dos dividendos, cumpridas estarão as finalidades objetivadas pelo mesmo art. 201. Logo, conclui-se, os dividendos pagos serão

considerados legítimos, de sorte que os acionistas que os receberem serão considerados de boa-fé.

Na mesma linha de raciocínio, não se há de admitir, nesse caso, qualquer ação contra acionistas, para haver o valor dos dividendos, em benefício da companhia. Não será a hipótese de ação com base no art. 287, inciso II, alínea c, da Lei de Sociedade por Ações, exatamente porque o recebimento dos dividendos, na questão objeto da consulta, seria qualificado como recebimento de boa-fé.

O que segue é, portanto, igualmente claro: se o prazo de decadência do art. 174 (contado da data da publicação da assembléia geral que deliberou a distribuição dos dividendos) flui sem que qualquer credor se manifeste, objetando contra o pagamento, a assembléia geral não poderá ser anulada com fundamento na suposta violação do art. 201, dado que não se poderá falar, *in casu*, de ofensa à integridade do capital social. Nem os credores poderão se insurgir contra a distribuição dos dividendos, que se dará então por efetivada, nem poderão fazê-lo os demais acionistas, seja por si ou como substitutos processuais da companhia, já que a deliberação estará então efetivada, face à ausência de manifestação contrária dos credores. Assim, não há que cogitar da ação de que cuida o art. 286 da Lei de Sociedade por Ações.

O REGIME JURÍDICO DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES NO MERCADO DE CAPITAIS BRITÂNICO

THE LEGAL FRAMEWORK OF DISCLOSURE OF INFORMATION IN BRITISH CAPITAL MARKETS

Carla Caroli

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar as principais regras que orientam a divulgação de informações no mercado de capitais inglês, bem como seus fundamentos e finalidades. Nesse sentido, serão analisadas características do mercado inglês, as justificativas para a divulgação de informações, a existência de diferentes níveis de regulação para diferentes tipos de mercado na Inglaterra e a crescente influência do Direito Comunitário no desenho do atual marco regulatório. Dentro desse contexto, serão discutidas as regras de divulgação de informações aplicáveis a cada tipo de companhia e mercado, inclusive quanto à exigência da divulgação da remuneração de administradores no caso de equiparáveis às companhias abertas.

Palavras-chave: Direito societário. Mercado de capitais. Divulgação de informações. *Disclosure*. Remuneração. Inglaterra. Direito Comunitário. Europa.

Abstract: The aim of this paper is presenting the main rules for disclosure of information in the English capital markets, its underlying principles and purposes. In this sense, the key elements to be analyzed will be the characteristics of English market, the justifica-

tions for disclosure of information, the existence of different levels of regulation to different types of markets within England e the increasing influence of European Law in the current regulatory framework. Considering this scenario, the rules for disclosure of information applicable to the different types of companies, including the requirement for disclosure of executive pay for publicly listed companies.

Keywords: Corporate law. Capital market. Disclosure. Remuneration. England. Community Law. Europe.

Sumário: 1. Introdução — Por que analisar a divulgação de informações no Reino Unido? 2. Entendendo o Direito Societário e o mercado de capitais no Reino Unido — fundamentos e principais características. 2.1. Tipos Societários. 2.2. Separação entre propriedade e controle, o Board of Directors, agency costs e instrumentos de governança corporativa. 3. A importância divulgação de informações para o mercado e a questão da divulgação obrigatória. 4. O regime jurídico da divulgação de informações no reino unido e a influência do direito comunitário. 4.1. Transposição para o ordenamento jurídico nacional e demais regras internas. 4.2. Aplicação das regras sobre divulgação de informações às companhias. 5. O que deve ser divulgado — conteúdo das informações cuja divulgação é exigida. 5.1. Divulgação de informações no Companies Act 2006. 5.1.1. Demonstrações financeiras. 5.1.2. Relatório dos Diretores. 5.1.3. Relatório sobre a Remuneração dos Diretores. 5.1.4. Publicação das Demonstrações Financeiras, do Relatório dos Diretores e do Relatório sobre a Remuneração dos Diretores. 5.2. Divulgação de informações nas Disclosure and Transparency Rules. 5.3. Divulgação de informações e outras exigências contidas nas Listing Rules. 6. Conclusão.

1. Introdução — Por que analisar a divulgação de informações no Reino Unido?

Embora a simples importação de regras de outros ordenamentos jurídicos sem uma análise crítica e aprofundada de suas compatibilidades com o nosso sistema não seja nem prudente nem recomen-

dável, conhecê-las é certamente o primeiro passo para que tal análise possa ser feita de maneira adequada. Essa possivelmente é uma boa forma de garantir que a evolução do ordenamento tire proveito de maneira positiva e racional das lições aprendidas em outros lugares.

Nesse sentido, em um momento em que a Comissão de Valores Mobiliários — CVM implementa significativas alterações nas regras sobre divulgação de informações pelas companhias aos acionistas e ao mercado, parece interessante conhecer um pouco melhor as regras sobre essa matéria existentes em outros países e a forma como são aplicadas. Considerando sua importância no cenário financeiro mundial, o Reino Unido apresenta-se como um país cujas regras sobre divulgação de informações merecem ser analisadas.

Apesar dos abalos sofridos recentemente em razão da crise financeira que vem afetando economias em todo o globo desde 2008, a economia do Reino Unido ainda é uma das mais importantes da Europa e do mundo¹ e Londres ainda é um dos mais importantes centros financeiros mundiais².

Além disso, por ser membro da União Europeia, o Reino Unido tem sido diretamente afetado pelas mudanças trazidas por recentes Diretivas e Regulamentos editados pelo Parlamento e pelo Conselho Europeus no âmbito do Plano de Ação para os Serviços Financeiros (PASF)³ adotado pela Comissão Europeia com o objetivo de melhor equipar a Comunidade Europeia para os desafios relacionados à união monetária e para potencializar os benefícios que podem advir de um mercado financeiro unificado⁴.

1 Em <http://www.economywatch.com/economies-in-top>, acesso em 02/06/2010.

2 Em http://www.cnn.com/id/32970596/The_World_s_Most_Competitive_Financial_Centers?slide=16, acesso em 02/06/2010.

3 Em inglês, *Financial Services Action Plan — FSAP*.

4 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 423/424.

Assim, a análise das regras aplicadas no Reino Unido também permite que tenhamos uma visão geral de como a Europa orienta a divulgação de informações por companhias cujos valores mobiliários são negociados publicamente nos mercados aos quais tais regras de Direito Comunitário se aplicam.

Outro aspecto que torna a análise dos mecanismos de divulgação de informações no Reino Unido interessante é a distribuição acionária e a consequente separação entre propriedade e controle nas principais companhias com valores mobiliários negociados nos principais mercados britânicos.

Embora não existam estudos conclusivos sobre uma maior eficiência de mercados com essa separação e mercados com controle concentrado⁵, fato é que aquele tipo de composição acionária teoricamente⁶ aumenta os riscos relacionados aos custos de agência que

5 “If the divorce between ownership and control were in fact a recipe for corporate success, the superiority of the widely held companies should by now be clearly apparent. Instead, the available empirical evidence is mixed, with some studies indicating companies with dispersed share ownership deliver better financial results than other firms, others indicating the opposite, and still others failing to offer a statistically significant result. Since companies characterized by separation of ownership and control do not systematically outperform companies with blockholders, there does not appear to be a market imperative that the former dominate.” (CHEFFINS, Brian. *Corporate Ownership and Control — British Business Transformed*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 28/29.)

6 De acordo com a *Walker Review*, para. 5.1, os custos de agência relacionados com a separação entre propriedade e controle guardam relação com certo desalinhamento entre os interesses dos acionistas e os interesses dos diretores e administradores, tais custos podem ser reduzidos pela atuação dos primeiros, em especial investidores institucionais que têm interesses de longo prazo na companhia, no sentido de utilizarem os instrumentos de governança corporativo existentes como forma de pressionar os últimos por uma melhor performance. (Disponível em http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_consultation_160709.pdf, acesso em 06/04/2010.) A *Walker Review* consistiu em um estudo solicitado pelo Primeiro Ministro britânico a respeito de possíveis revisões no âmbito da governança corporativa de instituições financeiras britânicas que poderiam ser implementadas em resposta à recente crise financeira global que afetou o Reino Unido de maneira bastante significativa. A responsabilidade por tal estudo foi dada ao Sir David Walker, renomado especialista em mercado de capitais e governança corporativa, que além das conclusões publicadas em julho/2009, publicou o relatório com as recomendações finais sobre a

naturalmente decorrem da relação entre acionistas e administradores⁷. Isso porque esse modelo de composição acionária aumenta o espaço existente entre os acionistas, verdadeiros donos da companhia, e os diretores⁸ que exercem os poderes da companhia no dia-a-dia⁹.

Nesse cenário de considerável possibilidade de conflito de interesses¹⁰, é natural que exista no Reino Unido uma preocupação com o desenvolvimento de regras que visem a minimizar esse risco, sendo a obrigatoriedade de divulgação de informações um dos principais mecanismos de governança corporativa desenvolvido para esse fim.

No seu atual estágio de desenvolvimento, a economia britânica conta não apenas com o mercado referente à lista oficial do *Main Market* da *London Stock Exchange*. Há uma série de outros mercados, cada qual voltado para um determinado tipo de investidor ou investimento e contando com regras específicas de acordo com suas características.

matéria em novembro/2009. *Final Recommendations* disponíveis em http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_261109.pdf.

7 ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement. *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper Nº 135/2009, p. 3, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1436555>. Acesso em 14/01/2010.

8 Como será detalhado adiante, a estrutura corporativa adotada no Reino Unido conta apenas com um órgão que exerce todos os poderes da companhia, sem divisão formal entre atividades executivas e de fiscalização e monitoramento. O órgão administrativo é denominado *board of directors* e, embora sua composição normalmente conte com diretores executivos e diretores não-executivos, todos os membros são chamados de 'diretores'. Por essa razão, de forma a melhor adequar o presente trabalho à lógica adotada pela legislação britânica, utilizaremos o termo 'diretor', feita aqui a ressalva que esse conceito é mais amplo que o adotado pela Lei das Sociedades Anônimas.

9 Op. cit., p. 1.

10 Exemplos de condutas que consistem em conflito de interesses são a persecução de interesses pessoais em desatenção e prejuízo aos interesses da companhia ('*shirking*') e o uso indevido de bens de propriedade da companhia ('*looting*'). (CHEFFINS, Brian. *Company Law — Theory, Structure and Operation*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 123.)

Apenas para ficarmos nos principais mercados baseados em Londres, além do *Main Market*, a *London Stock Exchange* também administra o *Alternative Investment Market* — AIM, considerado o mercado ‘júnior’ da *London Stock Exchange*¹¹, o *Professional Securities Market* — PSM, voltado para investidores qualificados e o *Specialist Fund Market* — SFM, orientado a determinados fundos de investimento. Já *Plus Markets*, outra bolsa de valores sediada em Londres e voltada para pequenas e médias empresas, também administra diferentes mercados: o *Plus Listed*, o *Plus Quoted* e o *Plus Traded*.

Começando pela obrigação básica de apresentar as demonstrações financeiras anuais da companhia e indo até a divulgação mandatória de certos tipos de transações, não é de se surpreender que o desenvolvimento das exigências quanto às informações que devem ser divulgadas pelas companhias que negociam publicamente seus valores mobiliários tem sido no sentido de conformar tais exigências com as características de cada um desses mercados¹². Com efeito, essa diversidade é certamente outro aspecto que torna a análise das regras britânicas sobre divulgação de informações interessante.

Por fim, o fato de que existem no Reino Unido regras sobre divulgação de informações que abordam expressamente a remuneração de diretores e sobre sua ampla divulgação no caso de companhias que operam em determinados mercados também corrobora a importância da análise da regulamentação britânica sobre *disclosure* no mercado de capitais. Afinal, divulgação da remuneração dos membros da diretoria, do conselho fiscal e do conselho de administração de companhias abertas é um dos tópicos polêmicos das novas regras estabelecidas pela Instrução CVM nº 480, tendo sido, inclusive, objeto de processo judicial iniciado pelo Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças — IBEF Rio de Janeiro, no qual foi deferida liminar de-

11 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 418.

12 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 714.

terminando a suspensão da eficácia do sub-item 13.11, do Anexo 24, da Instrução CVM nº 480 [referente a matéria em comento] em relação aos associados do IBEF, e, por consequência, às sociedades às quais estejam vinculados, vedada qualquer aplicação de qualquer sanção aos associados ou às sociedades às quais pertençam.¹³

2. Entendendo o Direito Societário e o Mercado de Capitais no Reino Unido — Fundamentos e principais características

Ultrapassadas as considerações preliminares sobre a importância de analisarmos as regras sobre divulgação de informações no Reino Unido num momento em que esse assunto está sendo discutido no Brasil, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos preliminares do Direito Societário e do mercado de capitais britânico.

2.1. Tipos Societários

Essencialmente, a legislação britânica prevê dois tipos societários: a companhia (*'company'*), que tem como principal instrumento normativo o *Companies Act 2006* (doravante 'CA') e a *'partnership'*, que, em linhas gerais, consiste em uma associação baseada em princípios de confiança voltada para pequenos grupos, não protegida pela responsabilidade limitada e essencialmente regulada pelo *Partnership Act 1890*. Recentemente, foi introduzido pelo *Limited Liability Partnership Act 2000* um novo tipo societário denominado *limited liability partnership* ao qual é conferida a vantagem da responsabilidade limitada sem que sejam feitas as exigências relacionadas à administração de uma companhia regulada pelo CA¹⁴.

13 Processo nº 2010.5101002888-5, em curso perante a 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Decisão liminar disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-in-480-cvm.pdf>, acesso em 28/05/2010.

14 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pp. 4/8.

Em apertada síntese e guardadas eventuais diferenças cuja análise ultrapassa o escopo deste trabalho, podemos dizer que a companhia, a *partnership* e a *limited liability partnership* se assemelham, respectivamente, à sociedade anônima, à sociedade simples com responsabilidade ilimitada¹⁵ e à sociedade limitada.

Já as companhias reguladas pelo CA podem ser públicas (*public companies*) ou privadas (*private companies*), residindo a principal diferença entre elas no fato de que as últimas não podem fazer ofertas públicas de suas ações ou debêntures¹⁶. Embora esse conceito não se baseie exatamente no mesmo conceito de valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários adotado pela legislação societária brasileira¹⁷, como o efeito prático da proibição de oferta públicas é a não negociação no mercado, é razoável assumir que o paralelo nacional das *public companies* seriam as companhias de capital aberto e das *private companies*, companhias de capital fechado.

Todavia, é importante esclarecer que essa comparação só é possível porque, na prática, a legislação societária britânica não diferencia de maneira substancial uma oferta pública da admissão para negociação de valores mobiliários em determinado mercado, estando ambas sujeitas às regras internas e europeias sobre a preparação, aprovação e divulgação de prospecto. Em teoria, entretanto, entende-se com absoluta propriedade técnica que oferta pública e admissão para negociação em mercado de valores mobiliários são momentos distintos; não obstante, a admissão no mercado facilita a compra e

15 Conforme permite o art. 997, VIII do Código Civil Brasileiro.

16 CA, s. 755. Como bem se extrai da definição contida no citado dispositivo legal, a natureza jurídica companhia pública do Direito britânico não guarda relação com a natureza jurídica da empresa pública do Direito Administrativo brasileiro.

17 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 146.

venda dos valores mobiliários objeto da oferta pública, resultando em ambas as solicitações costumarem ser realizadas simultaneamente¹⁸.

As companhias públicas podem ser classificadas como listadas (*'quoted'* ou *'listed'*) ou como não listadas (*'unquoted'* ou *'unlisted companies'*). As companhias públicas listadas são aquelas admitidas na lista oficial (*'Official List'*) mantida pela *Financial Services Authority — FSA*¹⁹. Como será melhor detalhado adiante quando adentrarmos nas informações que devem ser divulgadas por cada companhia em determinado mercado de valores mobiliários, a apresentação de informações pelas companhias listadas deve ser mais detalhada e abranger áreas e transações que normalmente não são exigidas das companhias não listadas.

Esse tratamento diferenciado é justificado pela relevância das *listed companies* na economia britânica. Com efeito, como esclarecido por *Sir Derek Higgs*, considerável parcela da criação de valor ocorrida no Reino Unido vem das companhias constantes da lista oficial da FSA, as quais devem observar elevados padrões de governança corporativa²⁰.

2.2. Separação entre propriedade e controle, o *Board of Directors*, *agency costs* e instrumentos de governança corporativa

Discussões sobre as razões que levam ao fenômeno da separação entre propriedade e controle à parte²¹, a existência desse pa-

18 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 16.

19 CA, s. 385 e Financial Services and Markets Act 2000, s. 74.

20 DEREK, Higgs. *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*, disponível em <http://www.berr.gov.uk/files/file23012.pdf>, acesso em 10/10/2009. Semelhante ao *Walker Report*, a *Higgs Review* foi elaborada em 2003 em resposta à consulta feita pelo governo britânico ao renomado Sir. Derek Higgs a respeito do papel desempenhado por diretores não executivos (diretores não oriundos dos quadros da companhia) nas companhias listadas.

21 Sobre a importância das leis nesse fenômeno, LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANES, Flo-

drão no Reino Unido é fato notório entre as companhias públicas listadas (*public listed companies*) e vem sendo evidenciado desde o início do século XX.

Entre os anos 50 e 60, quando os mercados britânicos contavam com substancial participação de investidores individuais²², chegou-se ao ápice dessa divisão no Reino Unido, com um cenário em que as ações eram tão pulverizadas que seria bastante improvável que acionistas pudessem se organizar para orquestrarem alguma ação conjunta²³.

A partir do final da 2ª Guerra Mundial e mais intensamente a partir dos anos 60, a composição acionária começou a se modificar com a saída dos investidores individuais e o aumento da participação de investidores institucionais, notadamente fundos de pensão e seguradoras, que passaram a deter aproximadamente 40% das ações de companhias públicas listadas no Reino Unido em 1981²⁴.

A partir dos anos 90, evidenciou-se um decréscimo na participação dos investidores institucionais e um aumento na participação de investidores estrangeiros²⁵. No entanto, apesar desses movimentos que parecem indicar uma concentração das ações nas mãos de alguns investidores, a separação entre propriedade e controle continua sen-

rencia; SHLEIFER, Andrei. What Works in Securities Laws? *Tuck School of Business at Dartmouth Working Paper No. 03-22*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=425880>, acesso em 25/01/2010. Sobre as críticas a essa teoria conhecida com '*law matters*', CHEFFINS, Brian. *Corporate Ownership and Control — British Business Transformed*. New York: Oxford University Press, 2008, capítulo 2.

22 CHEFFINS, Brian. Op. cit., p. 87.

23 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 423/424.

24 Ibidem.

25 CHEFFINS, Brian. *Corporate Ownership and Control — British Business Transformed*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 88 e DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pp. 424/425.

do bastante marcante no Reino Unido e é muito pouco usual uma mesma instituição possuir mais de 5% (cinco por cento) das ações de uma companhia listada²⁶.

Como descrito por CHEFFINS²⁷, a participação acionária em uma típica *public traded company* britânica é bastante dispersa e a companhia é gerida por administradores profissionalmente treinados que coletivamente não possuem um percentual substancial das ações da companhia a ponto de poder ditar suas orientações por meio do poder de voto. Ademais, não é comum entre as companhias públicas listadas no Reino Unido a figura do acionista controlador que detém um percentual da companhia de tal monta que lhe permite exercer os benefícios do poder de controle²⁸.

Nesse contexto, os profissionais incumbidos de administrar a companhia ganham especial importância. Como ressaltado pelo *Combined Code*²⁹, principal código britânico de governança corporativa³⁰, elaborado pelo *Financial Reporting Council* — FRC³¹, toda

26 DAVIES, Paul L. Op. cit., p. 424.

27 Op. cit., p.1.

28 Ibidem.

29 A partir de 29/06/2010, o *Combined Code* será substituído pelo *The UK Corporate Governance Code* — UKCGC, publicado em 28/05/2010 pelo FRC. O novo código consiste na revisão do código anterior à luz das discussões pós-crise financeira. Fora mudanças na estrutura e forma, as principais alterações de substância dizem respeito às recomendações sobre (i) gerenciamento de risco, (ii) relação entre performance e remuneração de executivos, (iii) responsabilidade dos diretores e re-eleição, (iv) comunicação e independência entre os diretores, e (v) avaliação da performance dos diretores. Considerando que a semelhança entre as recomendações de ambas as versões, manteremos no presente trabalho às referências ao *Combined Code*, indicando o correspondente no UKCGC e as eventuais alterações.

30 A aplicação das recomendações tanto o *Combined Code* quanto seu sucessor, o UKCGC, é feita de maneira diferenciada entre as diversas companhias. Para as companhias públicas não listadas e para as companhias privadas, elas servem apenas com orientações que podem ou não ser seguidas. Já para as companhias listadas, as *Listing Rules*, regras editadas pela *Financial Services Authority* — FSA para que determinada companhia seja aceita na *Official List* mantida pela própria FSA, determinam que tais companhias devem implementar os princípios contidos

companhia deve ser chefiada por um órgão que seja responsável pelo seu sucesso³².

Trata-se do *board of directors*, órgão unitário responsável pela condução dos negócios da companhia, tanto no que se refere a questões de caráter administrativo quanto no que se refere à elaboração das estratégias a serem seguidas pela companhia e ao monitoramento da consecução desses objetivos³³.

Comparando esse modelo com o modelo adotado para as sociedades anônimas de capital aberto no Brasil³⁴, é possível dizer que o *board of directors* abarca as funções do conselho de administração

no *Combined Code* (e a partir de 29/06/09, do UKCGC). No entanto, esse caráter mandatório é flexibilizado pela regra segundo a qual eventual inobservância do *Combined Code* pode ocorrer contanto que seja justificada. De acordo com esse modelo conhecido como '*comply or explain*', a violação das *Listing Rules* só ocorre quando a companhia deixa de justificar porque não seguiu as recomendações do *Combined Code*.

De acordo com o próprio *Combined Code*, ele não é um sistema rígido. Ao contrário, ele é um guia para os elementos que devem ser encontrado nas boas práticas dos órgãos da companhia, elaborada a partir de consultas e ampla experiência adquirida ao longo de anos. Embora seja esperado que as companhias cumpram total ou substancialmente com suas recomendações, é sabido que eventual não cumprimento pode ser justificado em circunstâncias que permitam que uma boa governança seja obtida por outros meios. (*Combined Code*, Preâmbulo e UKCGC, Prêmbulo sobre o sistema de *comply or explain*).

31 O FRC é um órgão regulador independente responsável por promover governança corporativa de qualidade e a comunicação no mercado como forma de incentivar investimentos. Informações sobre o FRC, sobre o *Combined Code* e o UKCGC disponíveis no sítio do FRC em <http://www.frc.org.uk>.

32 *Combined Code*, A.1 Main Principle. UKCGC, A.1 Main Principle.

33 A definição das funções do *Board of Directors* pode ser encontrada no A.1 Supporting Principles do *Combined Code* (UKCGC, Supporting Principles A.1): "*The board's role is to provide entrepreneurial leadership of the company within a framework of prudent and effective controls which enables risk to be assessed and managed. The board should set the company's strategic aims, ensure that the necessary financial and human resources are in place for the company to meet its objectives and review management performance. The board should set the company's values and standards and ensure that its obligations to its shareholders and others are understood and met. All directors must take decisions objectively in the interests of the company.*"

34 Lei das Sociedades Anônimas, art. 138, § 2º.

e da diretoria em um só órgão, sendo todos os seus membros denominados diretores³⁵.

Historicamente no Reino Unido, os poderes do *board* são estabelecidos nos documentos de constituição da companhia, em especial nos *articles of association*, paralelo britânico do estatuto social, onde resta definida a maneira como a companhia deverá ser administrada³⁶.

Nesse sentido, o artigo 3º do modelo de *articles of association* elaborado pela *Secretary of State*³⁷ expressamente estabelece que, observadas as demais disposições ali contidas, os diretores são responsáveis pela gestão dos negócios da companhia, podendo exercer para tal fim todos os poderes da companhia³⁸.

Além desses amplos poderes que normalmente são conferidos aos diretores, após a decisão da *Chancery Division* em *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate v. Cunningham*³⁹, entende-se que,

35 Isso não significa que não exista no Reino Unido preocupação com a independência dos membros do *board*. Ao contrário, conforme preceitua o *Combined Code*, A.3 Main Principle (UKCGC, A.4 Main Principle e B.1 Main Principle), o *board* deverá ser composto tanto por diretores executivos oriundos dos quadros gerenciais da companhia, como por diretores não-executivos e, em particular por diretores independentes, de forma que nenhum indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos domine o processo decisório. A diferença é que, no sistema britânico, todos os diretores, executivos e independentes, estão subordinados a um mesmo órgão e sujeitos aos mesmos deveres para com a companhia, conforme definido em *Dorchester Finance Co. Ltd. v. Stebbing* (1977) [1989] BCLC 498.

36 Ressalte-se, no entanto, que a nosso conceito de estatuto social é mais amplo que os *articles of association*, uma vez que questões como composição acionária, sede e capital social são tratadas no *memorandum of association* e na *application for registration*, documentos apartados regulados pelo CA, ss. 8-13.

37 Conforme autorizado pelo CA, s. 19.

38 Disponível em <http://www.companieshouse.gov.uk/about/modelArticles/modelArticles.shtml>, acesso em 02/05/10. A redação da cláusula sobre poderes dos diretores é a mesma tanto no modelo para companhias pública quanto no modelo para companhias privadas. Ressalte-se, outrossim, que o art. 4º dos *model articles* autorizam que os poderes da companhia sejam delegados pelos diretores a qualquer pessoa ou comitê.

39 [1906] 2 Ch. 34.

salvo quando sua autorização for expressamente requerida na legislação societária ou nos *articles of association*, os acionistas não podem por decisão majoritária interferir nas decisões dos diretores sobre a gestão da companhia. Tal interferência deve ser entendida como uma alteração dos *articles of association*, a qual só é permitida por resolução tomada por maioria qualificada de 75% dos membros da companhia⁴⁰.

Quando se adicionam esses amplos poderes à separação entre propriedade e controle, tem-se um cenário bastante propício para que os custos de agência floresçam, com os diretores exercendo os poderes da companhia em benefício dos seus interesses pessoais⁴¹.

Para evitar ou ao menos reduzir esses custos, diversos são os instrumentos que vêm sendo desenvolvidos ao longo do tempo no Reino Unido. Das doutrinas relacionadas aos deveres dos diretores em relação à companhia⁴² e às discussões sobre remuneração de diretores executivos⁴³, evidencia-se uma constante preocupação com os custos de agência e com possíveis formas de responsabilizar tais diretores por atuações contrárias aos interesses da companhia e de reduzir quaisquer incentivos que podem levar a essas ações.

40 CA, s. 21. Esse tipo de resolução é classificada como *special resolution*, conforme definido no CA, s. 283. O art. 4º dos *model articles* também dispõe no mesmo sentido, exigindo maioria qualificada.

41 BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse. Executive Compensation as an Agency Problem. *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper No. 3961*, julho/2003, p.5. Disponível em www.cepr.org/pubs/dps/DP3961.asp.

42 Inicialmente desenvolvidas no âmbito da *common law* através de precedentes judiciais, as responsabilidades dos diretores encontram-se atualmente codificada no CA, SS. 170-177 e incluem os seguintes deveres: (i) agir dentro dos poderes que lhes foram conferidos; (ii) promover o sucesso da companhia; (iii) tomar decisões com independência; (iv) agir com cuidado, habilidade e diligência; (v) evitar conflito de interesses; (vi) não aceitar benefício de terceiros; e (vii) declarar se existe algum interesse seu envolvido em determinada transação da companhia.

43 FERRARINI, Guido; MOLONEY, Niamh; UNGUREANU, Maria Cristina. Understanding Directors' Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis. *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper Nº 126/2009, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1418463>. Acesso em 22/04/2010.

Também vale mencionar os mecanismos de prevenção ao *insider dealing*⁴⁴ e as modalidades de participação direta dos acionistas por meio da aprovação obrigatória para determinadas transações⁴⁵, da possibilidade de apresentar propostas de resoluções a serem discutidas em assembléia geral⁴⁶ e a autorização para solicitar a convocação⁴⁷ ou mesmo de convocar assembléia geral⁴⁸.

Todavia o mecanismo em que acionistas e, no caso de companhias públicas, demais participantes do mercado britânico parecem mais confiar é a divulgação pelos diretores de informações sobre a companhia.

Sob a ótica dos acionistas, apenas com divulgação de informações pelos diretores aqueles podem avaliar a conduta desses últimos, identificar eventuais abusos e/ou má performance e decidir sobre o melhor caminho a seguir, podendo, inclusive, destituir os diretores que considerem inadequados ou ineficientes⁴⁹.

Como bem ilustrado por DAVIES⁵⁰, o fornecimento de informações aos acionistas reflete a máxima de que ‘é melhor prevenir do que remediar’, permitindo que os acionistas possam se proteger e evitar que a companhia chegue a situações que podem ser irreversíveis.

44 FSMA, s. 118(2) e *Criminal Justice Act 1993* — CJA, ss.52 e seguintes.

45 Exemplificativamente, transações de maior vulto envolvendo a companhia e seus diretores e/ou pessoas a eles relacionadas (CA, s. 190), compra de ações da própria companhia (CA, s. 694 e CA, s. 701), emissão de novas ações ou instrumentos conversíveis em ações (CA, s. 549) e aprovação da remuneração dos diretores de companhias públicas listadas (CA, s. 439).

46 CA, ss. 292-293.

47 CA, s. 303. Citado dispositivo legal membros representando 5% do capital social realizado.

48 CA, s. 305, aplicável quando a solicitação feita conforme o CA, s. 303 não é atendida.

49 De acordo com o CA, s. 168, a destituição de diretores pode ser decidida por maioria simples.

50 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pp. 711/712.

No entanto, no caso de companhias que negociam seus valores mobiliários no mercado, a importância da divulgação de informações ultrapassa os acionistas e atinge outros participantes do mercado e provavelmente até o próprio funcionamento do mercado. É o que passaremos a analisar.

3. A importância da divulgação de informações para o mercado e a questão da divulgação obrigatória

Até o momento, ainda não existem estudos definitivos sobre a exata medida em que a divulgação de informações contribui para a eficiência do mercado de capitais em contrapartida ao trabalho e aos custos relacionados com o seu processo de elaboração e divulgação conforme as regras estabelecidas⁵¹.

Ao contrário, compreender o funcionamento dos mercados tem se mostrado tarefa bastante difícil, envolvendo inúmeras interações que dificilmente conseguirão ser consideradas em sua integralidade em algum modelo que pretenda refletir suas condições reais — e não apenas as condições ideais⁵².

Entretanto, estudos indicam que o fato de informações sobre as companhias serem ou não divulgadas é, sim, refletido nos preços pelos quais os valores mobiliários dessa companhia são negociados, sendo a velocidade com que esse reflexo ocorre indicativo de eficiência⁵³.

51 COFFEE JR., John C. Law and the Market: The Impact of Enforcement. *University of Pennsylvania Law Review*. Pennsylvania, Vol. 156, dezembro/2007, pp. 234, 290/291.

52 GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier. The Mechanisms of Market Efficiency Twenty Years Later: The Hindsight Bias. 28 *Journal of Corporation Law* 71, 2003, p. 742. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jcorl28&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/jcorl#725>, acesso em 26/01/2010.

53 Ibidem, pp. 720/721.

Obviamente não é apenas a divulgação de informações que determina o nível de eficiência do mercado de capitais de determinado país. Outros elementos como solidez e seriedade do órgão regulador e do poder Judiciário⁵⁴, rigidez na aplicação de sanções⁵⁵, a atuação competente de outros envolvidos como advogados e contadores⁵⁶ e a própria situação da economia também são levados em consideração. Mas isso não faz com que a divulgação de informações se torne irrelevante ou desnecessária para o bom funcionamento do mercado.

Segundo BLACK⁵⁷, se informações não são divulgadas no mercado, o conhecimento acerca da situação da companhia detido pelos seus diretores e demais *insiders* é assimétrico em relação ao conhecimento dos demais investidores, em especial no que se refere a informações confiáveis. Afinal, no afã de atraírem mais investidores, aqueles que estão diretamente envolvidos com a companhia podem maximizar de maneira injustificada a performance e as perspectivas da companhia.

Assim, reconhecendo a possibilidade desse tipo de comportamento e, portanto, desconfiando da credibilidade e da completude das informações fornecidas, os investidores tendem a incluir esses fatores na análise do valor das ações e precificá-las com desconto⁵⁸.

Por outro lado, na medida em que as informações divulgadas refletem a realidade da companhia, quando elas chegam ao mercado, é bastante provável que afetem o preço das ações da companhia em questão. Em linhas gerais, boas notícias tendem a elevar o preço das

54 BLACK, Bernard S. The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets. *48 UCLA Law Review* 781, 2001, pp. 790/791.

55 COFFEE JR., John C. Op. cit., p. 244.

56 BLACK, Bernard S. Op. cit., 793/796.

57 BLACK, Bernard S. The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets. *48 UCLA Law Review* 781, 2001, p. 786.

58 Ibidem.

ações enquanto que más notícias costumam levar à queda nos preços⁵⁹.

Nesse cenário, a definição dos preços é considerada reflexo das informações fornecidas e o bom funcionamento do mercado de capitais torna-se, portanto, em grande medida dependente das informações que lhe são fornecidas.

Dada essa grande relevância atribuída às informações divulgadas no mercado, desenvolver mecanismos que permitam que tais informações sejam obtidas e divulgadas a um menor custo torna-se essencial. Isso porque, quanto menor o custo para obter-se determinada informação, mais amplamente ela será distribuída e mais rapidamente os preços se ajustarão para refletir a realidade a que tal informação se refere.

A alternativa mais óbvia para isso seria confiar nos incentivos que as companhias e seus administradores possuem para divulgar voluntariamente as informações relevantes sobre a situação em que tais companhias se encontram. Com efeito, se os preços negociados no mercado dependem das informações divulgadas, é de se esperar que seja de interesse da companhia divulgar informações que, indicando o bom andamento dos negócios, sejam refletidas positivamente e elevem os preços das ações.

No entanto, esse raciocínio não se aplica com essa mesma facilidade para informações que indiquem que a situação da companhia não está caminhando bem. Ao contrário, da mesma forma que é possível esperar a pronta divulgação de boas notícias, é possível supor que más notícias tendam a ser mascaradas e não apresentadas pelo mercado voluntariamente, uma vez que sua divulgação pode acarretar a desvalorização das ações.

A divulgação voluntária também encontra limites nos incentivos ao *insider dealing*, uma vez que os diretores podem abusar da

59 Essa tendência pode ser verificada tensão que normalmente antecede a divulgação de demonstrações financeiras e na usual variação do preço das ações após tal divulgação.

não obrigatoriedade para realizar transações em proveito próprio antes que a informação chegue ao mercado e permitir que demais investidores usufruam do mesmo benefício⁶⁰.

Outro desincentivo à divulgação voluntária é o caráter não excludente da informação divulgada. Com efeito, uma vez ocorrida a divulgação da informação, ela pode ser utilizada por qualquer pessoa que a ela tenha acesso, ainda que essa pessoa em nada tenha contribuído para tal divulgação. Tal fenômeno pode levar a certa inércia por parte dos investidores e demais *players* para tentar obter as informações sobre as companhias em que pretendem investir. Em vez de despenderem tempo e recursos investigando e pesquisando, pode-se simplesmente esperar que outro o faça⁶¹.

Outrossim, como sempre é possível se aproveitar da informação obtida por outrem, a remuneração conferida aos profissionais especializados nesse tipo de pesquisa acaba sendo pequena, o que acentua ainda mais o desincentivo à investigação e pesquisa sobre as companhias atuantes no mercado e leva a uma falta de informações no mercado⁶².

Entretanto, como a obtenção tempestiva de informações sobre as companhias em que se pretende investir pode ser muitas vezes essencial para uma tomada de decisão acerca de determinada transação, existe um mercado para divulgação de informações não obstante esses problemas decorrentes da natureza não-exclusiva da informação divulgada.

Ocorre que, se a divulgação não é mandatória, é possível que dois investidores ou profissionais do mercado estejam num mesmo

60 COFFEE JR., John C. Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System. *Virginia Law Review*, Vol. 70, No. 4, 1984, pp. 722, 738/740. Disponível em www.jstor.org/stable/1073083, acesso em 23/01/2010.

61 Ibidem, p. 725.

62 Ibidem, pp. 725/726.

momento procurando obter informação de uma mesma empresa, o que, obviamente, gera uma duplicação dos custos envolvidos para a obtenção de um mesmo dado. Se a não exclusividade leva à uma carência de informações, a demanda por elas pode acarretar informações redundantes e excessivas⁶³.

Tendo em vista essas limitações à divulgação voluntária, a alternativa encontrada foi obrigar as companhias a divulgar informações ao mercado, conforme tais informações são exigidas pela legislação e/ou regulamentação aplicável.

Por outro lado, a divulgação mandatória também recebe críticas. Segundo seus críticos, suas regras podem levar a um excesso de regulação que acarretaria custos adicionais para as companhias e prejudicaria a atratividade dos mercados aos quais tais regras se aplicam.

No entanto, a análise dos elementos que levam determinado mercado a ser considerado atrativo é mais complexa, uma vez que elementos como a rigidez e periodicidade com que o órgão regulador aplica sanções e a disponibilidade de meios judiciais que favoreçam a defesa dos direitos dos investidores também desempenham papel significativo.

A existência de investidores com interesses diferentes, ao seu turno, faz com que seja também necessária uma análise do tipo de investidor que cada mercado pretende atrair. Em geral, regras mais rigorosas tendem a atrair companhias que pretendem utilizar a vinculação a essas normas como sinalizador de que seus negócios são robustos o suficiente para justificar os custos relacionados ao cumprimento de regulação mais exigente.

Por outro lado, mercados com regras mais flexíveis podem ser atrativos para companhias que, apesar de lucrativas, não estejam in-

63 Ou na expressão em inglês utilizada por COFFEE, "too little or too much research". (COFFEE JR., John C. Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System. *Virginia Law Review*, Vol. 70, No. 4, 1984, pp. 733/734. Disponível em www.justor.org/stable/1073083, acesso em 23/01/2010.

interessadas em perder os benefícios relacionados com o poder de controle, já que passam a sofrer maior escrutínio se regras mais rigorosas forem aplicadas⁶⁴.

Nessa linha, embora as regras sobre divulgação de informações sejam de grande importância, da mesma forma que é muito simplista atribuir a eficiência do mercado de capitais a tal divulgação, também não é razoável lhe atribuir suas falhas.

Tendo em vista esse contexto, embora a divulgação mandatória de informações (*mandatory disclosure*) possa ser criticada em razão dos custos e inconvenientes que a sua elaboração e apresentação traz para as companhias, esse mecanismo cumpre com certo grau de eficiência o objetivo de garantir que o mercado seja suprido por informações de boa qualidade e quantidade a um custo reduzido.

Dessa forma, sem incorrerem em custos adicionais excessivos, os investidores e demais profissionais atuantes no mercado têm acesso às informações necessárias às suas decisões de investimento e tais informações podem ser mais rapidamente refletidas nos preços das ações.

Por essas razões, a divulgação mandatória de informações é hoje vista como um mecanismo capaz de aumentar a eficiência do mercado de capitais que deve ser desenvolvido e estimulado, não obstante as dificuldades em se definir com precisão e razoabilidade quais informações cuja divulgação é realmente relevante e quais acabam apenas gerando ônus para as companhias sem maiores efeitos no mercado⁶⁵.

64 Sobre esta análise acerca da divulgação mandatória de informações, conferir: COFFEE JR., John C. Law and the Market: The Impact of Enforcement. *University of Pennsylvania Law Review*. Pennsylvania, Vol. 156, dezembro/2007 e Racing Towards the Top: The Impact of Cross-listings and Stock Market Competition on International Corporate Governance. *Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies Working Paper No. 205*, maio/2002. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=315840, acesso em 26/01/2010.

65 Nesse sentido, confira-se o considerando (1) da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização dos requisitos de transparência no que se refere

4. O Regime Jurídico da divulgação de informações no Reino Unido e a influência do Direito Comunitário

Como Estado Membro da União Europeia, o Reino Unido está submetido às normas de Direito Comunitário que passaram a regular, em maior ou menor grau, diversos aspectos políticos, jurídicos, econômicos e sociais envolvendo os Estados Membros.

Sem entrar nas minúcias sobre as divisões de poderes e atribuições e sobre os diferentes níveis legislativos existentes na União Europeia⁶⁶, fato é que a regulamentação dos mercados de capitais dos Estados Membros e o desenvolvimento de um mercado de capitais unificado na Europa tem ocupado lugar de destaque na agenda de Bruxelas.

Em 1999, a Comissão iniciou o já mencionado Plano de Ação para os Serviços Financeiros (PASF)⁶⁷ e dentro do âmbito do PASF foram elaboradas Diretivas e Regulamentos que muito influenciaram no desenho do regime jurídico que rege a divulgação de informações no Reino Unido.

Tais Diretivas e Regulamentos têm como principal objetivo a harmonização entre os Estados Membros das normas acerca do assunto neles tratados e, por conseguinte, afetam o ordenamento jurídico desses Estados na medida em que exigem a elaboração de normas

às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado: *“A existência de mercados de valores mobiliários eficientes, transparentes e integrados contribui para um mercado único genuíno na Comunidade e promove o crescimento e a criação de emprego através de uma melhor afetação dos capitais e de uma redução dos custos. A publicação de informações exata, completas e oportunas sobre os emitentes de valores mobiliários reforça a confiança dos investidores e permite-lhes formarem um juízo fundamentado sobre o seu desempenho empresarial e o seu património, promovendo assim tanto a proteção dos investidores como a eficiência do mercado.”*

66 Sobre a estrutura política, jurídica, legislativa e econômica da União Europeia, conferir LOBO, Maria Teresa Cárcamo. *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2004.

67 Cf. seção 1.

nacionais para implementação de seus conteúdos (no caso das Diretivas) ou a sua aplicação direta (no caso dos Regulamentos, os quais consistem em normas de máxima harmonização, não podendo ser alterado pelo Estado Membro⁶⁸).

Nesse sentido, merecem destaque (i) a Diretiva e o Regulamento sobre Prospectos, (ii) a Diretiva sobre Requisitos de Transparência, (iii) a Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado, (iv) o Regulamento sobre Normas Internacionais de Contabilidade, (v) a Diretiva sobre a Admissão de Valores Mobiliários à Cotação Oficial de uma Bolsa de Valores e à Informação a Publicar sobre esses Valores e (vi) a Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros, na qual se encontra a definição do termo ‘mercado regulamentado’ referido nas demais Diretivas e Regulamento.

Começando pela Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros⁶⁹, já que do seu conteúdo depende a correta interpretação das demais normas, nela estão estabelecidos os requisitos que devem ser observados para que determinado mercado possa ser considerado ‘mercado regulamentado’ para fins de aplicação das citadas normas de Direito Comunitário.

De acordo com o artigo 4º(1) (14) da Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros, mercado regulamentado

é um sistema multilateral, operado e/ou gerido por um operador de mercado, que permite o encontro ou facilita o encontro de múltiplos interesses de compra e venda de instrumentos financeiros manifestados por terceiros — dentro desse sistema e de acordo com as suas regras não discricionárias — por forma a que tal resulte num contrato relativo a instrumentos financeiros admitidos à negociação de acordo

68 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 432/433.

69 Em inglês, *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID). Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

com as suas regras e/ou sistemas e que esteja autorizado e funcione de forma regular e em conformidade com o disposto no Título III [da citada Diretiva].

O Título III a que a definição se refere traz regras relacionadas⁷⁰: (i) à autorização e legislação aplicável; (ii) aos requisitos para a gestão do mercado regulamentado; (iii) aos requisitos relativos às pessoas que exercem uma influência significativa sobre a gestão do mercado; (iv) aos requisitos quanto à organização; (v) à admissão, suspensão e retirada de instrumentos financeiros à negociação; (vi) ao acesso ao mercado; (vii) ao controle do cumprimento das regras dos mercados regulamentados e de outras obrigações legais; (viii) aos requisitos de transparência pré e pós-negociação; e (ix) às disposições referentes aos mecanismos de contraparte central, compensação e liquidação.

Atualmente, os mercados britânicos que cumprem os requisitos previstos na Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros e que, portanto, podem ser classificados como mercados regulamentados são⁷¹: *EDX* (administrado por *EDX London Limited*); *PLUS-Markets Group—PLUS-listed Market* (administrado por *PLUS Markets plc*); *The London International Financial Futures and Options Exchanges (LIF-FE)* (administrado por *LIFFE Administration and Management*); *The London Metal Exchange* (administrado por *The London Metal Exchange Limited*); *Intercontinental Exchange—ICE Futures Europe* (administrado por *ICE Futures Europe*) e *London Stock Exchange—Mercado regulamentado* (administrado por *London Stock Exchange plc*).

A Diretiva e o Regulamento sobre Prospectos⁷² trazem regras aplicáveis à elaboração, aprovação e difusão do prospecto que deve

70 Arts. 36 a 46 da Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros.

71 Lista de todos os mercados regulamentados na Europa disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:158:0003:0008:PT:PDF>, acesso em 03/06/2010.

72 Em inglês, *Prospectus Directive* e *Prospectus Regulation*. Diretiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Regulamento (CE) N.º 809/2004 da Comissão.

ser publicado previamente a ofertas públicas de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado situado ou que funcione num Estado Membro⁷³.

A Diretiva sobre Requisitos de Transparência⁷⁴ refere-se a obrigações relacionadas com a divulgação periódica e/ou episódica de informações sobre os emitentes cujos valores mobiliários se encontram já admitidos à negociação num mercado regulamentado, que se situam ou operam num Estado Membro⁷⁵.

A Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado⁷⁶, também aplicável apenas a mercados regulamentados⁷⁷, trata da definição de informação privilegiada e da proibição à utilização da mesma para adquirir ou alienar, tentar adquirir ou tentar alienar, por sua conta ou por conta de terceiro, direta ou indiretamente, os instrumentos financeiros a que essa informação diga respeito⁷⁸. Essa Diretiva também trata da proibição à divulgação de informação privilegiada fora do exercício das funções ou atividades profissionais do detentor da informação privilegiada⁷⁹ e às práticas que consistam em manipulação de mercado⁸⁰.

Outro aspecto relevante da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado é a obrigação imposta aos Estados-Membros de assegurar que os emitentes de instrumentos

73 Art. 1º da Diretiva sobre Prospectos.

74 Em inglês, *Transparency Obligations Directives*. Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

75 Art. 1º da Diretiva sobre Requisitos de Transparência.

76 Em inglês, *Market Abuse Directive*. Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

77 Art. 1º (3) da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado

78 Art. 1º da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

79 Art. 2º (a) da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

80 Art. 5º da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

financeiros tornem públicas o mais rapidamente possível as informações privilegiadas que digam diretamente respeito a esses emittentes⁸¹.

O objetivo do Regulamento sobre Normas Internacionais de Contabilidade⁸² é harmonizar as normas contábeis aplicáveis entre os Estados Membros, obrigando a utilização de um mesmo padrão para as demonstrações financeiras de grupos de sociedade e permitindo que esse padrão seja utilizado nas demonstrações financeiras individuais, não obstante a existência de outros padrões contábeis adotados internamente pelos Estados Membros.⁸³

Por fim, a Diretiva sobre a Admissão de Valores Mobiliários à Cotação Oficial de uma Bolsa de Valores e à Informação a Publicar sobre esses Valores⁸⁴ trata de exigências adicionais feitas a companhias que pretendem ser admitidas nas listas oficiais dos Estados Membros. Ou seja, são regras que vão além das regras aplicadas aos demais mercados regulamentados⁸⁵.

4.1. Transposição para o ordenamento jurídico nacional e demais regras internas

Seguindo as normas de Direito Comunitário acerca da transposição das normas editadas pelos órgãos da União Europeia dentro

81 Art. 6º (1) da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

82 Em inglês, *IAS Regulation*. Regulamento (CE) n. o 1606/2002.

83 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 716.

84 Em inglês, *Directive on admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities* (CARD). Diretiva 2001/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

85 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 424.

dos Estados Membros, o *Financial Services Market Act 2000* — FSMA foi alterado após a edição das Diretivas e Regulamentos anteriormente mencionados no processo de transposição de tais normas para o ordenamento jurídico britânico. Em seguida, a *Financial Services Authority* — FSA, autorizada pelo *Financial Services Markets Act 2000* — FSMA⁸⁶ editou uma série de regras que em grande medida refletem os requisitos das Diretivas e dos Regulamentos acima mencionados⁸⁷.

As principais regras editadas pela FSA são, portanto, as regras sobre elaboração, aprovação e publicação de prospectos (*Prospectus Rules*)⁸⁸, sobre divulgação de informações, transparência e proibição ao *insider dealing* (*Disclosure and Transparency Rules*)⁸⁹ e sobre admissão na lista oficial mantida pela FSA (*Listing Rules*)⁹⁰.

Outrossim, determinados requisitos exigidos pelas Diretivas e Regulamentos foram implementados no próprio CA, que, além da regulamentação da divulgação de informações em companhias privadas e públicas, passou a trazer previsões para companhias públicas listadas que refletem as exigências do Direito Comunitário.

86 FSMA, s. 73A.

87 DAVIES, Paul L. Op. cit., p. 859.

88 Uma curiosidade em relação à elaboração, aprovação e divulgação de prospectos para ofertas públicas é que, embora estejam incluídos nas *Prospectus Rules* exerts do Regulamento sobre Prospectos, é o próprio Regulamento que é considerado a norma aplicável.

Como o regime criado pela Diretiva e pelo Regulamento sobre Prospectos é um sistema de máxima harmonização entre as normas da União Europeia, a FSA não pode exigir outras informações que não aquelas contidas no Regulamento e nos seus anexos, salvo, quando as informações adicionais, em determinado caso concreto, sejam consideradas necessárias pela FSA para a proteção dos investidores. (FERRAN, Eilís. Op. cit., p. 433.)

89 A prevenção ao *insider dealing* também é tratada no *Criminal Justice Act 1993* — CJA, ss.52 e seguintes.

90 As *Listing Rules*, no entanto, vão além dos requisitos exigidos pela Diretiva sobre a Admissão de Valores Mobiliários à Cotação Oficial de uma Bolsa de Valores, refletindo a decisão do Reino Unido de regular de forma ainda mais rígida às companhias admitidas na lista oficial. (FERRAN, Eilís. Op. cit., p. 425.)

Ademais, também deverão ser observadas as regras impostas por cada um dos mercados em que a companhia queira negociar seus valores mobiliários⁹¹.

Assim, para se entender o regime jurídico aplicável à divulgação de informações no Reino Unido, é necessário levar em conta as regras contidas: (i) nas normas de Direito Comunitário; (ii) nos atos do Parlamento que tratam da matéria, notadamente o CA e o FSMA; (iii) nas *Rules* editadas pela FSA e (iv) nos regulamentos dos mercados onde os valores mobiliários sejam negociados⁹². Entender a operação desse conjunto de normas em relação a cada tipo de companhia é, portanto, o próximo passo.

4.2. Aplicação das regras sobre divulgação de informações às companhias

Começando pelo caso mais simples das companhias privadas e das companhias públicas que não tenham seus valores mobiliários negociados em mercados regulamentados⁹³, a elas se aplicam somente as regras gerais do CA sobre divulgação de informações.

91 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 902.

92 Dada a diversidade de mercados no Reino Unido, eventuais considerações mais detalhadas sobre tais regulamentos limitar-se-ão ao *Main Market* e ao *Alternative Investment Market* — AIM, ambos administrados pela *London Stock Exchange*.

93 Conforme definição contida na Diretiva sobre Mercados de Instrumentos Financeiros. Cf. nota 70. Essa definição foi devidamente transposta para as regras da FSA, nas quais mercados regulamentados (*regulated markets*) são “*a multilateral system operated and/or managed by a market operator, which brings together or facilitates the bringing together of multiple regulated market third-party buying and selling interests in financial instruments — in the system and in accordance with its non-discretionary rules — in a way that results in a contract, in respect of the financial instruments admitted to trading under its rules and/or systems, and which is authorised and functions regularly and in accordance with the provisions of Title III of MiFID.*” (*FSA Handbook — Glossary*. Disponível em <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/Glossary>, acesso em 10/02/2010.)

Às companhias públicas que têm ou pretendam ter valores mobiliários negociados em mercados regulamentados localizados no Reino Unido, além do CA, são aplicáveis as *Disclosure and Transparency Rules* editadas pela FSA como forma de implementar disposições da Diretiva sobre Requisitos de Transparência e da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

A regulação mais rigorosa é aplicada às companhias públicas listadas ou que pretendam se candidatar para serem admitidas na *Official List* mantida pela FSA. A divulgação de informações por essas companhias deve respeitar o CA, as *Disclosure and Transparency Rules* e as *Listing Rules*, essas últimas também editadas pela FSA.

A aplicação das regras sobre prospectos tem a peculiaridade de ser desencadeada pela solicitação de admissão de valores mobiliários à negociação em um mercado regulamentado ou pela existência de uma oferta pública não necessariamente realizada em um mercado regulamentado⁹⁴.

Assim, mesmo que certa companhia pretenda ter seus valores mobiliários admitidos à negociação em algum mercado que, até por não estar sujeito às Diretivas e Regulamentos da União Europeia, usualmente não impõe regras tão rígidas quanto as aplicadas aos mercados regulamentados, se tal solicitação de admissão vier acompanhada de um oferta pública⁹⁵, aplicam-se as regras sobre elaboração, aprovação e publicação de prospectos⁹⁶.

94 FSMA, S. 85 e *Prospectus Rules*, 1.1.1, ressaltando-se que, conforme anteriormente esclarecido, os principais instrumentos normativos aplicáveis aos prospectos são a Diretiva sobre Prospectos e o Regulamento sobre Prospecto, uma vez que esse é uma sistema de máxima harmonização entre os Estados Membros.

95 De acordo com o art. 3º (1)(d) da Diretiva sobre Prospectos, oferta pública (ou oferta de valores mobiliários ao público) significa “*uma comunicação ao público, independentemente da forma e dos meios por ela assumidos, que apresente informações suficientes sobre as condições da oferta e os valores mobiliários em questão, a fim de permitir a um investidor decidir sobre a aquisição ou subscrição desses valores mobiliários. Esta definição é igualmente aplicável à colocação de valores mobiliários através de intermediários financeiros.*”

Em relação à prevenção de *insider trading*, a proteção dos acionistas de companhias privadas contra esse tipo de conduta por parte dos diretores está consubstanciada essencialmente nos remédios disponibilizados pela *common law*, notadamente as sanções aplicáveis à violação do dever de lealdade que os diretores possuem para com a companhia⁹⁷.

A regulação do *insider dealing* e também da manipulação de mercado em companhias públicas cujos valores mobiliários não são admitidos à negociação em mercado regulamentado é feita pelo FSMA, Part VIII, que engloba ambas práticas sob a denominação de abuso de mercado (*'market abuse'*). Como sua aplicação não está limitada a mercados regulamentados, seu escopo é maior que o da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado, a qual tem sua aplicação limitada a mercados regulamentados⁹⁸.

Já às companhias públicas que atuam em mercados regulamentados, além das disposições aplicáveis às companhias públicas que não atuam em tais mercados, aplicam-se as *Disclosure and Transparency Rules* editadas pela FSA, bem como as sanções previstas no *Criminal Justice Act 1993* — CJA.

Por fim, no patamar mais elevado também quanto à regulação do *insider dealing* e das práticas de manipulação de mercado, as companhias públicas listadas devem observar também as disposições contidas nas *Listing Rules* publicadas pela FSA.

Segundo o FSMA, s. 86, não são classificadas como ofertas públicas determinadas ofertas limitadas pela qualificação dos investidores, pelo número de investidores a quem a oferta se dirige e/ou pelos valores envolvidos na oferta. (FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Pres, 2008, pp. 431/432.)

96 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 872.

97 *Ibidem*, pp. 1088/1089.

98 Art. 1^o (3) da Diretiva sobre Abuso de Informação Privilegiada e Manipulação de Mercado.

5. O que deve ser divulgado — Conteúdo das informações cuja divulgação é exigida

Concluída a análise da estrutura em que se baseia o regime jurídico da divulgação de informações no Reino Unido, chega-se, finalmente, à descrição das principais informações exigidas por cada um dos instrumentos normativos abordados na seção anterior.

Dada a extensão, complexidade e detalhamento existente em cada um desses instrumentos, essa seção não tem a pretensão de exaurir todas as regras e suas respectivas exceções. O principal objetivo é apresentar uma visão geral sobre quais informações a divulgação é considerada relevante no Reino Unido e sobre como essa divulgação vai se tornando mais abrangente conforme o tipo de companhia e as características do mercado envolvido.

Assim sendo, procuraremos focar na divulgação periódica de informações e, nessa linha, começaremos pelas regras do CA, seguindo para as adições decorrentes das *Disclosure and Transparency Rules*, inclusive no que se refere à divulgação de informações relevantes que podem incentivar a prática de *insider dealing* e terminando com os requisitos mais rigorosos das *Listing Rules*.

5.1. Divulgação de informações no *Companies Act 2006*

5.1.1. Demonstrações financeiras

Entre as diversas informações que uma companhia deve divulgar para seus acionistas e/ou para o mercado, as informações financeiras e contábeis são possivelmente as mais relevantes⁹⁹. Afinal, elas auxiliam em grande medida a análise da situação da companhia tanto pelos seus membros como por possíveis investidores.

99 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 712.

A apresentação obrigatória de demonstrações financeiras existe na Inglaterra desde o século XIX e, inicialmente, os principais interessados nessa informação eram os acionistas e credores das companhias. Modernamente, com o desenvolvimento do mercado de capitais, as demonstrações financeiras de companhias que negociam seus valores mobiliários nos diversos mercados existentes passaram a interessar também aos investidores em sua tomada de decisão sobre comprar, vender ou manter suas ações ou sobre conceder empréstimos para fomentar os negócios de tais companhias.¹⁰⁰

Nesse sentido, o CA, s. 393 estabelece o princípio de que as demonstrações financeiras das companhias, sejam elas públicas ou privadas, deverão fornecer uma visão verdadeira e justa sobre o ativo e o passivo da companhia, bem como sobre sua posição financeira, seu lucro e suas perdas¹⁰¹.

De acordo com o CA, ss. 394-395, as demonstrações financeiras individuais das companhias deverão ser apresentadas anualmente e poderão ser elaboradas tanto de acordo com os requisitos estabelecidos no próprio CA e complementados pelos princípios contábeis geralmente aceitos no Reino Unido (“*UK Generally Accepted Accounting Terms*”)¹⁰²

Essencialmente, o CA, s. 396, exige a apresentação do balanço da companhia e da conta de lucros e perdas, sendo certo que ambos deverão ser elaborados de acordo com os modelos estabelecidos em regulamentações contábeis conhecidas como *Accounts Regulations*) como de acordo com as regras internacionais de contabilidade (“*International Accounting Standards — IAS*”)¹⁰³.

100Ibidem, p. 713.

101Na redação original em inglês, as contas da companhia deverão fornecer “*a true and fair view of the assets, liabilities, financial position and profit or loss.*”

102CA, s. 396.

103Pela disposição contida no CA, s. 397, caso as contas sejam elaboradas de acordo com o IAS, essa escolha deverá ser expressamente mencionada nas notas explicativas. Outrossim, res-

Como reconhecido não só entre contadores, mas também por demais envolvidos na análise das demonstrações financeiras das companhias, a escolha das regras contábeis é um ponto de vital importância, uma vez que diferentes regras podem levar a cenários bastante diversos para uma mesma companhia.

Assim sendo, é razoável a preocupação em se manter a uniformidade, ou pelo menos certo nível de convergência, entre as regras adotadas pelas diversas companhias atuantes na economia de um país. Nesse sentido, visando a garantir, ainda que apenas parcialmente, essa convergência e compatibilidade com o regime contábil imposto pelas regras de Direito Comunitário, o *Accounting Standard Board* (“ASB”), órgão responsável pela elaboração e atualização do UK GAAP, tem trabalhado no sentido de convergir essas regras contábeis com as regras do IAS, administradas pelo *International Accounting Standard Board* (“IASB”)¹⁰⁴.

O CA também determina que as demonstrações financeiras sejam acompanhadas de notas explicativas cujo conteúdo pode estar expressamente definido no próprio CA ou nas regulamentações contábeis (*Accounting Regulations*) elaboradas de acordo com a autorização prevista no próprio CA. No primeiro grupo, estão as notas explicativas sobre transações fora do balanço (*off-balance sheet arrangements*)¹⁰⁵, número de empregados e custos relacionados à folha de pagamento¹⁰⁶. No segundo grupo, estão as notas explicativas sobre obrigações assumidas pela companhia¹⁰⁷ e sobre remuneração de diretores¹⁰⁸.

salte-se que a partir da IAS Regulation, a aplicação desse padrão contábil é mandatória para demonstrações financeiras consolidadas de companhias públicas cujos títulos são negociados em mercados regulamentados. (DAVIES, Paul L. Op. cit., p. 724/725).

104 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 78.

105 CA, s. 410A.

106 CA, s. 411.

5.1.2. Relatório dos Diretores

De acordo com o CA, s. 415, os diretores de uma companhia deverão elaborar anualmente um relatório (*Directors Report*) contendo, essencialmente, os nomes das pessoas que atuaram como diretores no ano em questão e a descrição das atividades realizadas pela companhia¹⁰⁹.

Referido relatório deverá ser acompanhado de uma *business review* cujo propósito é informar os acionistas acerca da maneira como os diretores estão exercendo seu dever de promover o sucesso da companhia¹¹⁰.

A *business review* deverá conter uma análise justa dos negócios da companhia e dos principais riscos e incertezas por elas enfrentados¹¹¹. Também deverão ser abordados de forma equilibrada e compreensiva o desenvolvimento, a performance, a posição da companhia durante o ano¹¹² e os indicadores financeiros necessários para a melhor compreensão dos resultados apresentados¹¹³.

A *business review* de companhias públicas listadas deverá conter informações adicionais sobre fatores que podem afetar as perspectivas futuras da companhia, questões ambientais, empregados e responsabilidade social, bem como sobre as políticas que a companhia deverá implementar em relação a essas questões¹¹⁴.

107 CA, s. 409.

108 CA, s. 412.

109 CA, s. 416.

110 CA, s. 417(2).

111 CA, s. 417(3).

112 CA, s. 417(4).

113 CA, s. 417(6).

114 CA, s. 417(5).

5.1.3. Relatório sobre a Remuneração dos Diretores

Das companhias públicas listadas o CA também exige a preparação de um relatório com informações sobre a remuneração paga pela companhia a seus diretores¹¹⁵, sejam eles diretores executivos ou diretores não-executivos, tendo em vista que a CA não faz distinção entre essas duas categorias.

O detalhamento do conteúdo desse relatório foi deixado pelo CA, s. 421, para posterior regulamentação pela *Secretary of State* que, em 2008, editou a *The Large and Medium-sized Companies and Groups (Accounts and Reports) Regulations 2008* ('*Regulation*') para regular a matéria.

De acordo com a citada regulamentação, deverão ser divulgadas informações sobre a composição do comitê de remuneração, quando este existir, bem como o nome de eventual consultor ou firma de consultoria contratada para prestar serviços a esse comitê¹¹⁶.

Deverão ser apresentadas as políticas de remuneração adotadas pela companhia, bem como o resumo das eventuais condições estabelecidas para cada diretor para o exercício de *share options* e em programas de incentivo de longo prazo, bem como os motivos para terem sido essas as condições escolhidas e os critérios utilizados para avaliar seu cumprimento. Alterações nas práticas de remuneração também devem ser informadas no relatório¹¹⁷.

O relatório deverá conter ainda informações sobre a duração e as cláusulas sobre a extinção dos contratos de prestação de serviços firmados entre a companhia e cada diretor¹¹⁸ e a descrição de todos os elementos que compõem a remuneração de cada diretor e a expli-

115 CA, s. 420.

116 Regulation, Sch. 8, Part 2, 2(1).

117 Regulation, Sch. 8, Part 2, 3(2) e Regulation, Sch. 8, Part 2, 6.

118 Regulation, Sch. 8, Part 2, 3(4).

cação sobre a importância de cada um desses elementos, estejam eles relacionados ou não com a performance da companhia¹¹⁹.

O modo segundo o qual a companhia considera as condições dos seus empregados na elaboração da política de remuneração dos diretores também deve ser descrito no relatório¹²⁰.

Ainda, para garantir que a correlação entre remuneração e performance seja avaliada de forma adequada, deverá ser incluída no relatório uma análise gráfica dos retornos totais aos acionistas para cada classe de ações da companhia por um período de cinco anos em comparação com os retornos totais aos acionistas aferidos segundo algum índice oficial¹²¹.

5.1.4. Publicação das Demonstrações Financeiras, do Relatório dos Diretores e do Relatório sobre a Remuneração dos Diretores

Embora o CA imponha às companhias privadas e às companhias públicas somente exigências quanto à apresentação destas informações aos seus acionistas¹²², para as companhias públicas listadas é feita a exigência adicional de que tanto as Demonstrações Financeiras quanto o Relatório dos Diretores e o Relatório sobre a Remuneração dos Diretores sejam disponibilizados no *website* da companhia¹²³.

Essa exigência que em muito se assemelha com as inovações introduzidas pela Instrução CVM nº 480 segue a Recomendação da

119 Regulation, Sch. 8, Part 2, 3(3).

120 Regulation, Sch. 8, Part 2, 4.

121 DAVIES, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. 8^a Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 387.

122 CA, s. 423.

123 CA, s. 430.

Comissão Europeia de 14/12/2004, segundo a qual companhia admitida na lista oficial dos Estados Membros deve, juntamente com a divulgação das demonstrações financeiras anuais, divulgar sua política de remuneração de diretores e disponibilizar essa informação no seu *website*¹²⁴.

Nos ‘considerandos’ da referida Recomendação, a Comissão destacou que a divulgação de informações tempestivas e acuradas pelas companhias favorece a confiança dos investidores e constitui uma importante ferramenta na promoção da governança corporativa na Comunidade Europeia. Nesse sentido, é importante que as relações entre as companhias listadas e os investidores sejam transparentes, de forma que estes possam expressar suas opiniões.

5.2. Divulgação de informações nas *Disclosure and Transparency Rules*

Relembrando que sua aplicação é restrita a companhias públicas que tem seus valores mobiliários negociados em mercados regulamentados¹²⁵ as *Disclosure and Transparency Rules* editadas pela *Financial Services Authority* — FSA tratam tanto da divulgação periódica de informações como da divulgação e controle de *insider information*, estando os principais requerimentos em relação a cada tópico insertos, respectivamente, na DTR 4 e na DTR 2.

A primeira inovação em relação às regras do CA é a obrigação de divulgar *inside information* de maneira tempestiva e publicar tal informação no *website*¹²⁶.

124 Advogando pela adoção de medidas semelhantes nos EUA, GORDON, Jeffrey N. Executive Compensation: If There’s a Problem, What’s the Remedy? The Case for ‘Compensation Disclosure and Analysis’. *ECGI Law Working Paper 35/2005*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=686464>, acesso em 05/05/2010.

125 De forma que a expressão ‘companhia’, quando utilizada nessa sessão se refere a esse tipo específico.

126 DTR 2.2.1 e DTR 2.3.2.

A outra importante inovação é a obrigatoriedade de apresentação de relatórios financeiros semestrais¹²⁷ e relatórios gerenciais intermediários¹²⁸, os quais podem ser substituídos por relatórios financeiros trimestrais¹²⁹.

Sobre a qualidade das informações divulgadas, a DTR 1.3.4 determina que tais informações não podem ser equivocadas ou induzir o investidor em erro e devem ser completas, sem carecer de seus elementos indispensáveis.

Outra questão importante abordada nas *Disclosure and Transparency Rules* são a obrigação imposta aos diretores e principais executivos¹³⁰ da companhia de informar à companhia sobre suas transações com ações dessa companhia¹³¹ e a obrigação de a companhia de repassar essa informação aos órgãos autorizados pela FSA a realizarem a divulgação da mesma¹³².

As *Disclosure and Transparency Rules* exigem, ainda, a divulgação de participações acionárias significativas e de modificações nessas participações. Com efeito, de acordo com a DTR 5.1.2, os acionistas devem comunicar à companhia sempre que seus direitos de voto atinjam, em razão da aquisição ou disposição de valores mobiliários patamares superiores ou inferiores a 3%, 4%, 5%, 6%, 7%, 8%, 9%, 10% e posteriores variações percentuais para companhias com sede no Reino Unido e 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% e 75% para companhias sediadas fora do Reino Unido.

127 DTR 4.2.2. No original em inglês, *half-yearly financial reports*.

128 DTR 4.3.2. No original em inglês, *interim management statements*.

129 DTR, 4.3.6. No original em inglês, *quarterly financial reports*.

130 A expressão utilizada no original em inglês é *'person discharging managing responsibilities'*, definida no glossário da FSA como diretor ou executivo senior da companhia que, mesmo não sendo diretor, tem acesso à *inside information* da companhia e tem poderes para tomar decisões gerenciais que afetem o desempenho e as perspectivas de negócio da companhia.

131 DTR 3.1.2.

132 DTR 3.1.4. Os órgãos autorizados a receber tais informações são os *Regulation Information Service* — RIS, definidos no glossário da FSA.

Ademais, as *Disclosure and Transparency Rules* conferem amplos poderes à FSA para solicitar a apresentação e/ou publicação de qualquer informação considerada apropriada a garantir a proteção dos investidores e o bom funcionamento do mercado¹³³.

5.3. Divulgação de informações e outras exigências contidas nas *Listing Rules*

Dada a relevância das companhias públicas listadas para a economia do Reino Unido¹³⁴, o governo britânico optou por submetê-las a regras mais rigorosas e ainda mais abrangentes que a própria Diretiva sobre a Admissão de Valores Mobiliários à Cotação Oficial de uma Bolsa de Valores e à Informação a Publicar sobre esses Valores.

Essas regras, elaboradas pela FSA e denominadas *Listing Rules*¹³⁵, procuram refletir não só preocupação com os interesses dos seus acionistas, mas principalmente com a proteção dos investidores e o bom funcionamento e a liquidez do mercado¹³⁶.

Seguindo esse raciocínio, a primeira diferença entre as *Disclosure and Transparency Rules* e as *Listing Rules* é que essas últimas obrigam as companhias a elas submetidas a respeitarem uma série de princípios voltados para a promoção da confiança dos investidores e para a garantia do funcionamento ordenado do mercado.

133DTR 1.3.1 e DTR 1.3.3.

134Cf. nota 20.

135A FSA alterou recentemente as *Listing Rules*, em especial no que se refere aos à nomenclatura dos dois níveis de listagem a que uma companhia pode ser admitida (que passaram a se chamar *Premium Listing* e *Standard Listing* em vez de *Primary Listing* e *Secondary Listing*) e à sua aplicação a investidores financeiros. No entanto, no que se aos princípios nela contidos e nas regras sobre divulgação de informações e governança corporativa não houve variações significativas. Informações sobre as mudanças introduzidas às *Listing Rules* disponíveis no sítio da FSA na internet (<http://www.fsa.gov.uk>).

136FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 425.

Esses princípios estão contidos no Capítulo 7 das *Listing Rules* e preceituam, *inter alia*¹³⁷, que a companhia deve agir de forma íntegra em relação aos seus atuais e potenciais acionistas¹³⁸, comunicando-lhes informações de modo a impedir a criação ou a continuação de falsos mercados¹³⁹.

A par dos princípios, as *Listing Rules* impõem também¹⁴⁰ a obrigação de divulgar em que medidas os princípios estabelecidos pelo *Combined Code*¹⁴¹ foram observados ou explicar as razões de eventual não observância¹⁴².

As *Listing Rules* também fazem menção ao relatório acerca da remuneração dos administradores¹⁴³. No entanto, vale ressaltar que, embora as *Listing Rules* mencionem apenas a apresentação do relatório para os acionistas, por força do CA, s. 430¹⁴⁴, as companhias pú-

137 Os seis princípios mencionados na DTR 7.2.1 são:

“Principle 1 — A listed company must take reasonable steps to enable its directors to understand their responsibilities and obligations as directors.

Principle 2 — A listed company must take reasonable steps to establish and maintain adequate procedures, systems and controls to enable it to comply with its obligations.

Principle 3 — A listed company must act with integrity towards holders and potential holders of its listed equity shares.

Principle 4 — A listed company must communicate information to holders and potential holders of its listed equity shares in such a way as to avoid the creation or continuation of a false market in such listed equity shares.

Principle 5 — A listed company must ensure that it treats all holders of the same class of its listed equity shares that are in the same position equally in respect of the rights attaching to such listed equity shares.

Principle 6 — A listed company must deal with the FSA in an open and co-operative manner.”

138 LR, 7.2.1, Principle 3.

139 LR, 7.2.1, Principle 4.

140 FERRAN, Eilís. *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 427.

141 A ser substituído a partir de 29/06/2010 pelo *United Kingdom Corporate Governance Code* — UKCGC, conforme esclarecido na nota 29.

142 LR, 9.8.6(6).

143 LR, 9.8.8.

blicas listadas também devem publicar essa informação em seu sítio na internet.

6. Conclusão

Entender o funcionamento do mercado de capitais e atribuir as causas de seu sucesso ou fracasso a apenas um dos elementos que o compõem ou a apenas algumas das regras que o disciplinam é solução deveras simplista. Afinal, muitos são os interesses envolvidos e várias são as possíveis interações entre eles.

Nesse contexto, regras sobre divulgação de informações não são nem a panacéia para todos os problemas e riscos do mercado nem necessariamente o maior de todos os inconvenientes impostos às companhias que têm seus valores mobiliários negociados publicamente. Na verdade, tais regras devem se inserir em algum lugar no meio do caminho entre esses dois extremos. A questão que então se coloca é até onde levá-las? Em que ponto do caminho elas devem parar?

A resposta, apesar de não ser simples, certamente depende das circunstâncias encontradas em cada país e advogar pela simples importação das soluções adotadas em outros ordenamentos não é prudente ou razoável.

Por outro lado, ao ignorar as lições aprendidas em outros lugares podemos incorrer em erros que poderiam ser evitados ou podemos deixar de entender os meios que levaram a uma regulação capaz de auxiliar no desenvolvimento de um mercado de capitais eficiente.

Não há dúvidas que o mercado brasileiro caracterizado por seu desenvolvimento recente, pela presença de acionistas controla-

144 Cf. seção 5.1.3.

dores e pela sua localização em um país emergente, é muito pouco semelhante ao mercado britânico, em atividade há mais de um século, caracterizado pela divisão entre propriedade e controle, inserido em uma comunidade regida por regras próprias voltadas para o desenvolvimento de um mercado comum e localizado em uma economia desenvolvida e que não apresenta tantos problemas sociais quanto os evidenciados em países em desenvolvimento.

Apesar dessas diferenças, analisar as regras que disciplinam a divulgação de informações no Reino Unido, como um bom exercício de Direito Comparado, pode permitir enxergar determinadas situações por um novo ângulo.

No caso da divulgação de informações, essa nova perspectiva pode ser a lição de que é importante definir com clareza quais os interesses que, numa ponderação exercitada com razoabilidade, devem prevalecer na regulação a ser adotada, mas que nem sempre uma só solução pode ser utilizada para todos os casos.

Nesse sentido, os diferentes níveis de regulação que disciplinam as diferentes companhias e os diferentes mercados no Reino Unido podem indicar que é pensar em uma regulação mais customizada, que atenda aos objetivos do mercado de capitais — ou mesmo dos mercados — que se pretende desenvolver, às peculiaridades das companhias participantes e às demandas dos diversos investidores.

Conforme caminhamos para uma economia que conta com um mercado de capitais forte, com considerável volume de negócios e ávido por atrair investidores de diversas categorias, certamente precisaremos tomar decisões nesse sentido. Afinal, quanto maior e mais complexo o mercado, mais completa e abrangente deve ser a sua regulamentação.

DE LA «COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS»

DA “COMUNHÃO DE INTERESSES”

Julien Therón

Résumé: La «communauté d'intérêts» utilisée dans un grand nombre de domaines (cautionnement, solidarité passive, procédure civile, droit social), est loin d'être un concept flou aux incidences incertaines. Ne pouvant être assimilée à l'intérêt commun, elle est un mode original d'appréhension du groupe dans ses rapports avec les tiers, là où la loi ne le prend normalement pas en considération. Le droit positif y recourt à des fins très précises. Au sein de groupes dans lesquels la pluralité de personnes masque l'exercice du pouvoir par une seule, elle est un instrument permettant de rendre ponctuellement perméable certaines personnes morales, pour tirer des conséquences de la réalité du pouvoir exercé par leur intermédiaire. Utilisée au sens générique, contrairement à ce qui est suspecté en procédure civile ou encore en matière de solidarité passive, elle ne peut être révélatrice de l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers.

Mots clés: Communauté d'intérêts. Intérêt commun. Groupe de personnes. Autonomie juridique. Patrimoine indépendante. Pouvoir de direction.

Resumo: A comunhão de interesses, utilizada em diversas áreas (caução, responsabilidade solidária, processo civil, direito do trabalho etc.), está longe de ser um conceito vago, com implicações

incertas. Não podendo ser equiparada ao interesse comum, trata-se de um modo original de apreensão do grupo em suas relações com terceiros, quando a lei normalmente não o leva em consideração. O direito positivo recorre à comunhão de interesses para determinados fins muito específicos. Nos grupos em que a pluralidade de pessoas oculta o exercício do poder por uma única pessoa, a comunhão de interesses se revela uma ferramenta bastante útil para algumas sociedades, por tirar conclusões a partir da realidade do poder exercido por seu intermediário. Utilizado em sentido genérico, ao contrário do adotado por vezes no processo civil ou ainda no âmbito da responsabilidade solidária, a comunhão de interesses não pode ser um indicativo da existência de uma representação comum dos seus membros perante terceiros.

Palavras-chave: Comunhão de interesses. Interesse comum. Grupo de pessoas. Autonomia jurídica. Patrimônio independente. Poder de direção.

Sommaire: I. La «communauté d'intérêts», irréductible à l'intérêt commun. A. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation attrayante. B. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation rejetée. 1. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions génératrices de solutions distinctes. 2. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions invoquées dans un but distinct. II. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes liées par des intérêts communs. A. L'originalité de la notion de «communauté d'intérêts». 1. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes appréhendée par le Droit. 2. La «communauté d'intérêts», situation de fait appréhendée par le Droit. B. La légitimité du recours à la «communauté d'intérêts». 1. La «communauté d'intérêts» révélatrice de la réalité du pouvoir. 2. La «communauté d'intérêts» révélatrice de l'existence d'un mandat.

1. La notion de «communauté d'intérêts» n'est pas aussi familière à l'esprit du juriste que peut l'être l'intérêt commun¹. Elle est cependant connue pour être utilisée par la jurisprudence, afin de valider de manière dérogatoire les cautionnements consentis par des sociétés en

dehors de leur objet social. Récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rappelé que «le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée»². Habités à cette solution³, les commentateurs assimilent généralement la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun de la société se portant caution et de la personne cautionnée.

2. *A priori*, synonyme d'intérêt commun, employée dans un domaine relativement restreint, «la communauté d'intérêts» ne mériterait pas d'étude qui lui soit propre⁴. Pourtant à la lecture du droit positif, la réalité se révèle toute autre. La «communauté d'intérêts» déborde largement le seul cadre des cautions consenties par les sociétés, et intéresse une grande part des branches du droit privé. Elle se manifeste dans des domaines aussi variés que la solidarité passive, la pro-

1 Cf. T. Hassler, «L'intérêt commun», RTD com. 1984, p. 581.

2 Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, n° 04-17893, D. 2007, p. 2881, Dr. Sociétés 2008, comm. 26, obs. R. Mortier; Revue Lamy Droit Civil mars 2008 n° 47, p. 25, note M. Storck, JCP G 2008, I, 152, n° 3, obs. P. Simler et P. Delbecque, RTD com. 2008, p. 141, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

3 Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, Bull. civ. I, n° 75, JCP G 1988, IV, n° 190, D. 1988, somm., p. 273, obs. L. Aynès, RTD com. 1988, p. 459, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, Rev. Sociétés 1988, p. 415, note Y. Guyon; CA Paris 2^{ème} ch. B. 3 janvier 1991, RTD com. 1991, p. 405, obs. M. Jeantin; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, Bull. civ. I, n° 34, D. 2000, p. 147, note J. Faddoul, D. 2000, somm. p. 479, obs. J.-C. Hallouin, D. 2001, somm. p. 692, obs. L. Aynès, Dr. Sociétés 2000, comm. 50, note T. Bonneau, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 502, note A. Couret, Rev. Sociétés 2000, p. 301, note Y. Guyon, également M. Boizard, «Validité d'un cautionnement accordé par une société civile immobilière en garantie des engagements souscrits par des sociétés tiers»; Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2000, JCP N 2000, p. 1404, note J.-P. Garçon; Cass. com. 6 juin 2001, inédit n° 98-19040, Dr. Sociétés, comm. 150, note F.-X. Lucas; Cass. com. 17 juillet 2001, inédit, n° 98-18438; Cass. com. 3 décembre 2003, inédit n° 02-11163, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 358, note J.-F. Barbiéri; Cass. com. 8 novembre 2005, inédit n° 01-15503, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 339; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, inédit n° 03-20064. Voir également Cass. com. 26 juin 2007, inédit n° 06-10766, Dr. Sociétés 2007, comm. 192, obs. R. Mortier, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 23 note F.-X. Lucas; Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, inédit n° 06-16077.

4 Voir cependant Q. Urban, La «communauté d'intérêts», un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés», RTD com. 2000, p.1.

cédure civile, le droit social, le droit fiscal, les scissions de sociétés, la dissolution de mouvements sectaires, pour ne citer qu'eux

La «communauté d'intérêts» suscite d'autant plus la curiosité, qu'elle est systématiquement utilisée pour déroger au droit commun. Tour à tour, elle permet de valider un acte en droit des sociétés⁵, implique une présomption de consentement en matière de solidarité commerciale⁶, est avancée pour justifier certains cas légaux⁷ ou encore effets secondaires⁸ de la solidarité passive. Faisant apparaître les liens qu'un tiers au procès entretient avec une partie à un jugement, elle est susceptible d'engendrer un mécanisme de représentation, lui interdisant de faire tierce opposition⁹. En matière sociale, parce qu'elles sont liées par une «communauté d'intérêts», la jurisprudence qualifie parfois plusieurs personnes morales de co-employeurs d'un salarié, alors même que ce dernier n'a conclu de contrat de travail qu'a-

5 Jurisprudence précitée en matière de cautionnement.

6 Par dérogation au principe selon lequel la solidarité entre débiteur ne se présume pas (art. 1202 C. civ.), s'appuyant sur un usage ancien la jurisprudence présume la solidarité entre débiteurs en matière commerciale (Cass. req., 20 octobre 1920, S. 1922, 1, 201, note J. Hamel; Cass. civ. 7 janvier 1946, D. 1946, 132). Cette présomption est classiquement justifiée par l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre débiteurs. Voir Cass. com. 21 décembre 1982, inédit; M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Obligations, Contrats, Sûretés réelles, 4^{ème} éd. 1952, n° 1853; F. Derrida, «De la solidarité commerciale», *RTD com.* 1953, p. 329; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd. Litec 2007, n° 443.

7 A titre d'illustration, la «communauté d'intérêts» existant entre débiteurs est avancée pour justifier la solidarité existant entre époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants (art. 220 C. civ.). Voir par exemple : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *Les obligations*, T. 3, Le rapport d'obligation, 4^{ème} éd. Dalloz 2006, n° 314; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd. Dalloz 2005, n° 1250.

8 Voir J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, n° 321 : «Il existe une certaine communauté d'intérêts entre codébiteurs solidaires dont le sort est en partie lié. De là est venue l'idée que chacun a qualité pour représenter les autres. Certains actes accomplis par l'un ou contre l'un produisent des effets à l'égard de tous».

9 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667, *JurisData* n° 2008-042984; Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 1998 n° 97-16013, *Bull. civ. I* 1998 n° 354, *RTD civ.* 1999, p. 205, obs. R. Perrot. Contra : Cass. 2^{ème} civ. 11 mai 2000, inédit n° 97-20901; Cass. 2^{ème} civ. 7 juin 2006, inédit n° 04-16859; Cass. 2^{ème} civ. 7 juin 2007, n° 06-13671.

vec une seule d'entre elles¹⁰. Utilisée comme critère pour mettre en évidence les liens unissant plusieurs entités juridiquement indépendantes¹¹, la «communauté d'intérêts» permet également de démontrer l'existence d'unités économiques et sociales¹². Dans un tout autre domaine, elle conduit à considérer comme liée par un contrat, une société qui a pourtant perdu sa qualité de partie au terme d'une scission¹³. Par ailleurs, un tribunal peut ordonner la dissolution simultanée de toutes les sociétés et associations liées par une «communauté d'intérêts» au groupement sectaire lui étant soumis¹⁴. Ou encore, un créancier peut-il saisir un navire n'appartenant pas à son débiteur, au motif que son propriétaire est lié à ce dernier par une «communauté d'intérêts»¹⁵. Enfin, elle permet de caractériser certains abus de droit en matière fiscale¹⁶.

10 Le salarié est alors reconnu lié au titre du même contrat de travail à plusieurs employeurs. Par conséquent, ils sont tous deux tenus d'exécuter les obligations professionnelles issues du contrat de travail à l'égard du salarié. Si l'employeur de droit n'y procède pas le co-employeur pourra être condamné solidairement à y procéder (voir par exemple Cass. soc. 25 janvier 2006, inédit n° 04-45341). Dans le même sens lorsqu'un salarié est employé successivement par deux sociétés, et est licencié par la seconde, il est admis —en raison de la «communauté d'intérêts» liant ses employeurs successifs— à se prévaloir de son ancienneté acquise au service de la première (Cass. soc. 1^{er} juillet 1965, Bull. soc. 1965 n° 530).

11 Voir par exemple : Cass. soc. 19 décembre 1972, Bull. soc. 1972 n° 710, D. 1973, 381, note Despax.; B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, 5^{ème} éd. Dalloz 2007, n° 90.

12 La démonstration d'une unité économique liant plusieurs entités autonomes permettra alors d'additionner les effectifs des différentes personnes morales la composant afin de mettre en place, à supposer les seuils requis franchis, des représentants du personnel communs. Ce, au lieu de vérifier, entité par entité, si ces seuils sont atteints.

13 Voir par exemple Cass. com. 5 février 1991, D. 1992, p. 27, note Y. Chartier; Cass. com. 5 mars 1991, D. 1991, p. 441, obs. J. Honorat; Rev. Sociétés 1991, p. 545. Voir également M.-L. Coquelet «Fusion de sociétés, apports partiels d'actifs», J.-Cl. Sociétés, fasc. 164-10, n° 96.

14 Article 1 de la loi du 12 juin 2001 «tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires. portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales».

15 Voir par exemple Cass. com. 21 février 1995, inédit n° 92-17917; Cass. com. 12 février 1991 inédit 89-16771; CA Rouen, 3 novembre 1998, Droit Maritime Français 1999, p. 123, note Y. Tassel.

16 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 01-12925.

3. Méconnue, bien que fréquemment utilisée, portant dérogation au droit commun, la «communauté d'intérêts» mérite qu'une étude lui soit consacrée, car s'il existe nécessairement un lien entre la «communauté d'intérêts» et l'intérêt commun, la synonymie n'est pas inéluctable. Si la «communauté d'intérêts» résidait réellement dans une manifestation de l'intérêt commun, il faudrait alors admettre que le système juridique français pourtant fondé sur des concepts individualistes, protège l'intérêt commun en dehors du strict cadre des sociétés, de l'indivision ou encore du mandat d'intérêt commun. Il apparaît alors difficile de se résoudre à l'assimilation des deux notions, d'autant que le cas échéant, seraient attachées à la «communauté d'intérêts» des conséquences différentes de celles qui sont généralement prêtées à l'intérêt commun. Jamais les dérogations au droit commun imputées à la «communauté d'intérêts» ne semblent en effet déduites des hypothèses au sein desquelles l'intérêt commun est invoqué.

Pour justifier de ces divergences, une partie de la doctrine affirme qu'elle est «*un miroir de la notion d'intérêt commun. Mais la fidélité du calque n'est pas parfaite. Subrepticement, imperceptiblement, l'image déforme le sujet. Le terme de communauté d'intérêts a une souplesse que n'a pas son alter ego, l'intérêt commun*»¹⁷. En somme, sans pour autant détacher la notion de «communauté d'intérêts» de celle d'intérêt commun, elle souligne son caractère flou, difficilement réductible à une définition rigoureuse. Les obstacles à l'assimilation des deux notions s'estompent mais ne disparaissent pas. Les raisons pour lesquelles les conséquences de la «communauté d'intérêts» sont radicalement différentes de celles de l'intérêt commun restent inexplicables. Surtout, il est difficile de considérer que le droit positif attache des conséquences à une notion qui ne peut être strictement définie, identifiée. Ce serait même admettre une part d'arbitraire, les juges étant libres ou non de l'identifier selon le régime qu'ils entendent appliquer.

17 T. Hassler, op. cit., p. 597.

Au-delà, s'il est vrai que le foisonnement des matières, et des conséquences y étant attachées, rendent difficile son appréhension, faute de définition précise de la «communauté d'intérêts», il est difficile de justifier le régime qui lui est imputé par le droit positif, ou encore de prévoir celui qui devrait l'être. A titre d'exemple, il a été souligné¹⁸, en matière de procédure civile ou encore d'effets secondaires de la solidarité entre débiteurs, que la «communauté d'intérêts» existant entre plusieurs personnes était parfois considérée comme engendrant un mécanisme de représentation mutuelle de ses membres. Une partie de la doctrine conteste cependant un tel effet¹⁹, et la jurisprudence paraît avoir du mal à fixer une position²⁰.

4. La «communauté d'intérêts» doit alors être caractérisée de manière plus précise afin de circonscrire les effets qui peuvent lui être imputés. Si son assimilation à l'intérêt commun ne permet d'expliquer que de manière imparfaite les conséquences qui lui sont attachées, il est cependant difficile *a priori* de l'en distinguer. Pourtant, parce que les solutions impliquées par l'une et l'autre notion sont distinctes tant par leur nature que par leur finalité, il convient de distinguer les deux concepts.

Une fois isolée de l'intérêt commun, encore faut-il identifier la nature de la «communauté d'intérêts». Dans cette perspective, il est tentant d'emprunter le premier sens de l'expression «communauté», de l'entendre comme le «groupe social dont les membres vivent ensemble, ou ont des biens, des intérêts communs»²¹. C'est d'abord un groupe, un ensemble de personnes. La «communauté d'intérêts» peut

18 Supra n° 2.

19 Par exemple selon J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux (op. cit.) : «le recours à la représentation n'est pas indispensable, ses applications, notamment dans le domaine de la procédure civile aboutissent à des résultats parfois injustes et à des solutions incertaines».

20 Si certains arrêts de la Cour de cassation excluent que la «communauté d'intérêts» puisse engendrer un mécanisme de représentation (Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 400), d'autres semblent l'admettre (Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667).

21 Dictionnaire Le Robert, v. «communauté».

alors se définir comme le groupe de personnes dont les membres sont liés en raison d'un ou plusieurs intérêts communs. Cette définition est d'autant plus séduisante, qu'au-delà de ses diverses manifestations, elle paraît donner une certaine unité à la notion de «communauté d'intérêts». Lorsque l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée par le droit positif, il semble en effet qu'il s'agisse systématiquement de démontrer l'existence d'un groupe là où la loi ne le prend normalement pas en considération, pour en tirer des conséquences. Les effets pouvant être imputés à une telle notion semblent alors pouvoir être circonscrits avec précision.

En somme, une fois soulignée l'impossible assimilation de la notion de «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun (I), il importe de démontrer que cette expression est utilisée par le droit positif pour souligner l'existence d'un groupe lié par des intérêts communs (II).

I. La «communauté d'intérêts», irréductible à l'intérêt commun.

6. Indubitablement, la «communauté d'intérêts» entretient des liens étroits avec la notion d'intérêt commun. Lorsqu'elle existe, c'est en raison d'affinités entretenues par ses membres. D'ailleurs de manière intrinsèque, la «communauté d'intérêts» se définit comme l'ensemble des intérêts que les membres du groupe mettent en commun. La tentation est alors forte d'assimiler les deux notions (A). Pourtant, aussi séduisante que puisse paraître cette assimilation, lorsque le droit positif utilise l'une ou l'autre notion, il leur prête des conséquences distinctes. Surtout, si l'intérêt commun est excipé afin de défendre l'intérêt de ses membres, les solutions impliquées par la «communauté d'intérêts» sont manifestement étrangères à cette finalité. L'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun doit alors être rejetée (B).

A. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation attrayante.

7. Les motifs d'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun ne manquent pas. Fondamentalement, il y a là une approche conforme à l'appréhension du groupe par le droit, plus intéressé par l'intérêt des membres du groupe que par le groupe lui-même (1). En outre, l'observation du droit positif montre l'existence de liens étroits entre les deux notions. Systématiquement, lorsqu'est démontrée l'existence d'une «communauté d'intérêts», il faut admettre l'existence d'un groupe de personnes liées par la poursuite d'intérêts communs (2).

1. Une assimilation conforme à l'appréhension intrinsèque du groupe par le droit.

8. Sans doute en héritage des enseignements de Hobbes — ayant tiré toutes les conséquences juridiques du nominalisme— l'homme apparaît-il en droit comme seul, clôt sur lui-même²². A l'état de nature il faut le considérer dépourvu de toute espèce de lien avec ses semblables. Et s'il y a un recours nécessaire à l'ordre social, ce n'est qu'à une seule fin: pour garantir ses droits subjectifs, les rendre effectifs. Le droit objectif n'a plus qu'un terme: le droit subjectif. La «communauté d'intérêts» permettant dans certaines situations de déroger à l'application de règles de droit commun²³, l'assimiler à l'intérêt commun présenterait l'avantage de préserver la cohérence de ce système individualiste. L'intérêt commun se définit en effet comme «la convergence d'intérêts particuliers»²⁴. Aussi, les solutions suscitées par l'existence d'une «communauté d'intérêts» seraient justifiées par la protection de l'intérêt de chacun de ses membres.

9. Cette assimilation est d'autant plus aisée, que le groupe en tant que réalité sociale, c'est-à-dire comme ensemble de personnes n'est pas ou peu pris en considération par le système juridique. His-

22 Voir M. Villey, *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz 1978, n° 77 et s.

23 Supra n° 2.

24 T. Hassler, op. cit. p. 637.

toriquement, l'idée même de groupe est perçue comme une limite à la liberté et à l'égalité devant présider entre les hommes²⁵, s'opposant à l'esprit individualiste qui animait le Code civil. Cette tendance subjective rejaillit inévitablement sur la notion de communauté.

Dès l'origine, le Droit s'est focalisé sur les intérêts de ses membres, puisqu'il n'y voyait qu'un ensemble de biens. Les communautés taisibles en témoignent. Celles-ci consistaient en des groupes, généralement de parents, mais pas nécessairement, qui se formaient par la vie commune. Le but de ses membres, face à des conditions de vie extrêmement difficiles résidait dans la volonté de «*manoir (habiter) ensemble à un pain et à un pot*»²⁶. Le Droit n'a retenu de ces communautés que leur «contenu», c'est-à-dire les biens acquis pendant la vie en commun. Sans doute est-ce parce qu'ayant vocation à régler les conflits, les juristes n'ont été saisis à propos de la communauté que de problèmes de répartition des biens en cas de dissolution ou de départ d'un de ses membres.

Si le terme de communauté est aujourd'hui utilisé en matière de régimes matrimoniaux²⁷, il ne désigne pas un groupement, mais seulement la masse de biens commune aux époux dans le cadre d'un régime matrimonial particulier²⁸. Du phénomène social de groupement de personnes, le droit fait de l'expression «communauté» un terme servant à désigner les biens communs²⁹.

25 T. Hassler, op. cit., p. 582.

26 J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2002, n° 1001.

27 Selon certains auteurs, le terme de communauté en son sens matrimonial et moderne du terme est vraisemblablement issu de ces communautés taisibles : voir Olivier-Martin cité par J. P. Lévy et A. Castaldo, op. cit., n° 1081.

28 Depuis le XVI^{ème} s. (A. Lemaire, «Les origines de la communauté entre époux dans le droit coutumier français», RHD, 1928, p. 586).

29 La lecture de Pothier est à ce titre riche d'enseignements (*uvres de Pothier*, éd. publiée par M. Siffrein 1821, T.V, p. 112), puisqu'il dénomme «communauté» tout ce qui est mis en commun par plusieurs personnes. Que cette mise en commun soit contractuelle, la communauté résulte alors d'un contrat de société, légale ou testamentaire, il s'agit alors d'une «communauté entre héritiers».

Aussi, est-il tentant, d'assigner à l'expression de «communauté d'intérêts», la signification de communauté d'intérêts matériels, patrimoniale³⁰. En somme, lorsque plusieurs personnes ont un intérêt commun, toute l'activité que génère cet intérêt est à l'origine de dettes, de créances, d'acquisitions. Aucun patrimoine n'étant affecté à cet intérêt, dettes créances et biens en cause doivent être communs³¹. Prise en ce sens, la communauté d'intérêts ne soulèverait dès lors que des problèmes de liquidation. Cependant, une telle problématique est exclue de la majorité des hypothèses dans lesquelles la «communauté d'intérêts» est utilisée³². Cette acception doit par conséquent être rejetée.

Tous ces éléments conduisent à considérer que la communauté dans son acception juridique serait inexorablement réductible à ce qui est mis en commun, qu'il s'agisse de biens, ou d'intérêts. La communauté d'intérêts, en tant que groupe social ne constituerait qu'une donnée sociologique dont le droit privé, n'ayant vocation qu'à protéger l'individu, ne peut tirer en tant que tel de conséquence³³.

2. Une assimilation confortée par la concomitance des notions de «communauté d'intérêts» et d'intérêt commun.

30 Par exemple : F.-X. Testu, «Convention de croupier : étendue de la société en participation qui en est issue, charge du passif et obligation d'information», D. 1999, p. 516, spéc. n° 12.

31 Ainsi, dans sa décision du 9 novembre 1999 relative au PACS, le Conseil Constitutionnel a-t-il énoncé que «la vie commune ne se limite pas à une communauté d'intérêts matériels et pécuniaires». Il y a ici une problématique qui est similaire à celle existant en matière de société créée de fait. D'ailleurs, selon un arrêt du 9 juin 1971, Bull. civ. I, 1971, n° 192, la société créée de fait nécessite deux conditions : une communauté d'intérêts (interprétée comme des apports personnels pour servir l'intérêt commun) et un but commun.

32 Même lorsque l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée par la jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux. Voir par exemple Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993 (Bull. civ. 1^{ère} 1993, n° 172, D. 1994, p. 25, note G. Paisant), où l'existence d'une communauté d'intérêts «familiale» est utilisée pour en déduire la ratification tacite d'un acte par un époux qui n'y avait pas expressément consenti.

33 Sur la difficile appréhension du groupe par le Droit, voir E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, préf. A. Decocq, LGDJ 2002, n° 1.

10. Dès que l'existence d'une «communauté d'intérêts» est invoquée, il apparaît concomitamment qu'existent entre ses membres des intérêts convergents. L'assimilation des deux notions semble alors aller de soi.

La «communauté d'intérêts», n'est en effet invoquée que lorsqu'il existe plusieurs personnes poursuivant des buts identiques. Ainsi, en droit social, lorsque la «communauté d'intérêts» est utilisée comme critère d'identification de l'unité économique³⁴, il s'agit de mettre en évidence l'objectif commun poursuivi par des sociétés³⁵. Dans un tout autre domaine, la jurisprudence invoque — comme si les deux notions étaient équivalentes — tantôt l'idée d'intérêt commun³⁶, tantôt celle de «communauté d'intérêts» pour justifier la présomption de solidarité existant en matière commerciale³⁷.

11. L'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun est d'autant plus tentante qu'elle permet à la doctrine de justifier la jurisprudence validant une caution consentie par un dirigeant en dehors de l'objet social.

Normalement, dans les sociétés à risque illimité³⁸, en raison de l'ampleur des risques encourus par les associés, un tel acte n'est pas

34 Dans le cadre de la démonstration de l'existence d'une unité économique et sociale.

35 Dans le but de mettre en place des représentants du personnel communs au personnel de ces sociétés (supra n° 2). B. Teyssié, *op. cit.*

36 Cass. civ. 7 janvier 1946, D. 1946, p. 132 : «L'article 1202 du Code civil n'est pas applicable en matière commerciale, où, selon un usage antérieur au Code de commerce et maintenu depuis, la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun des parties en cause».

37 Cass. com. 21 décembre 1982, inédit. Voir également : J. Hamel, note ss. Cass. req. 20 octobre 1920, S. 1922, 1, 201; F. Derrida, «De la solidarité commerciale», *op. cit.*; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*

38 Dans les sociétés à risque limité, par mesure de protection des tiers, la société est normalement engagée par les actes du dirigeant passés en dehors de l'objet social, à moins de prouver que le tiers en cause connaissait les limites assignées à l'objet social. Or, il apparaît que dans cette dernière hypothèse, comme dans le cadre des sociétés à risque illimité, l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société caution et le tiers cautionné interdit de contester la validité de la caution. Voir Cass. com. 17 juillet 2001, inédit n° 98-18438.

valable. Pourtant, la jurisprudence consacre sa validité lorsque la société caution est liée avec le débiteur garanti par une «communauté d'intérêts»³⁹. Ce serait donc, selon la doctrine, parce que les juges estiment l'acte de caution passé dans l'intérêt commun, de la société caution et du débiteur cautionné, qu'elle est valable⁴⁰.

S'il est de prime abord paradoxal de présumer la conformité d'un acte à l'objet social en raison du respect de l'intérêt social⁴¹, il n'en demeure pas moins, que nombre d'espèces rendent cette justification vraisemblable. Fréquemment, l'opération cautionnée présente un tel intérêt pour la société caution, qu'elle semble indispensable à la réalisation de son objet social. Elle doit alors être considérée comme entrant indirectement dans l'objet social. Peu importe qu'elle ait été ou non directement visée dans les statuts. Il en est *a priori* ainsi lorsqu'une SCI se porte caution au profit de son locataire, alors qu'elle tire l'essentiel voire la totalité de ses revenus du bail⁴². Le crédit consenti à la débitrice principale, étant de nature à lui assurer le paiement des loyers⁴³, l'acte de caution est pour elle nécessaire⁴⁴.

39 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; CA Paris 2^{ème} ch. B. 3 janvier 1991, op. cit.; Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 6 juin 2001, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.; Cass. civ. 3^{ème} 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, op. cit.

40 Voir par exemple : L. Aynès, obs. ss; Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; J.-F. Barbièri, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», JCP E 1992, Cahiers droit de l'entreprise n° 2, p. 16 et s., spéc. p. 22. P. Bouteiller, «Cautionnement donné par une société», JCP N 2001, p. 258; B. Dondero «Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes», D. 2004, p. 405, spéc. n° 33; G. Piette, «Cautionnement et intérêt social», JCP G. 2004, I, 142; F. Lejeune, «Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social», Droit et Patrimoine, Juin 1996, p. 56, spéc. p. 58; M. Storck, op. cit.; R. Mortier, obs. ss. Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Ph. Schultz, «L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social», *Études offertes à P. Simler*; Dalloz 2006, p. 429.

41 Voir J.-F. Barbièri, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», op. cit.

42 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.

43 L. Aynès, note ss. Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2000, op. cit.; C. Champaud et D. Danet, op. cit.

44 Cet intérêt pour la société-caution étant d'autant plus grand que le prêt consenti est destiné à effectuer des travaux dans les lieux loués (Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.).

Tout ceci conforte l'idée que «communauté d'intérêts» et intérêt commun sont des notions devant être considérées comme équivalentes. Pourtant, une analyse précise de chaque situation, si elle fait ressortir l'existence d'objectifs, d'intérêts communs entre les membres de la communauté met également en avant que ce ne sont pas eux qui justifient les solutions tirées de la communauté d'intérêts. Les deux concepts ne sont par conséquent pas similaires.

B. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation rejetée

12. Lorsque le droit positif invoque une «communauté d'intérêts», il y attache des conséquences différentes de celles qu'il déduit des hypothèses au sein desquelles il se réfère à l'intérêt commun. Le fait que chacune des notions dirige des solutions qui lui sont propres fait naître un doute quant à leur synonymie (1). Surtout, la conviction de l'impossible assimilation des deux concepts l'emporte au regard de leur différence de finalité. L'intérêt commun a vocation à protéger l'intérêt de ses membres, tandis qu'il y a là un but étranger à la «communauté d'intérêts». Les solutions qu'elle emporte ne sont pas destinées à servir les intérêts de ses membres (2).

1. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions génératrices de solutions distinctes.

13. Lorsque l'intérêt commun est reconnu et protégé par le droit, il implique un régime particulier. La «convergences d'intérêts particuliers»⁴⁵ résulte du fait qu'il existe une situation juridique intéressant personnellement plusieurs individus. Aussi, il faut éviter qu'un seul n'y porte atteinte, dans la mesure où par incidence, il léserait l'intérêt des autres personnes parties à cette situation. Parce que l'intérêt de plusieurs l'emporte sur l'intérêt d'un seul⁴⁶, l'intérêt commun

45 T. Hassler, *op. cit.*

46 En cela, il a même été affirmé que l'intérêt commun se situait entre l'intérêt individuel et l'intérêt général (T. Hassler, *op. cit.*, spéc. p. 592).

implique une limitation de l'activité individuelle de ses membres. Ils sont obligés de prendre en considération l'intérêt commun dans la délibération de leurs actes. Ils ne peuvent dans un intérêt strictement individuel porter — ne serait-ce que de manière incidente — atteinte à l'intérêt commun. Autrement, il en découlerait une atteinte aux autres intérêts individuels le composant. Ainsi, parce qu'il n'est pas l'unique propriétaire, l'indivisaire ne peut seul prendre les décisions qu'il désire sur le bien en cause. Parce qu'il existe une convergence d'intérêts quant au bien indivis, les prérogatives des propriétaires sont limitées. Seules peuvent être prises des décisions conformes à l'intérêt commun. Pour s'en assurer, l'unanimité est nécessaire⁴⁷. Et, lorsqu'un indivisaire porte atteinte à l'intérêt commun par le refus qu'il oppose à une décision pourtant nécessaire à l'indivision, ses prérogatives sont encore diminuées, sa volonté étant déclarée inefficace⁴⁸. Dans un autre domaine, lorsqu'un intérêt commun⁴⁹ lie le mandant au mandataire, le mandat ne peut contrairement aux règles de droit commun être

47 La possibilité pour certains actes (815-3 C. civ.) d'être pris à la majorité des deux tiers, amène une partie de la doctrine à s'interroger sur le point de savoir s'il n'y a pas là, la marque que l'indivision relève d'un intérêt collectif, et non plus commun (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd. PUF 2008, n° 351).

48 815-5 C. civ. L'intérêt commun commandant également qu'en cas d'urgence il soit dérogé aux règles de majorité ou d'unanimité, donc à la volonté d'un indivisaire (815-6 C. civ.). A l'évidence si son seul intérêt était en cause, l'acte ne pourrait être passé sans attendre qu'il exprime une volonté en ce sens.

49 Cet intérêt se caractérise par le fait que mandant et mandataire ont tous deux intérêt à la réalisation de l'objet du mandat (A. Brunet, «Clientèle commune et contrat d'intérêt commun», *Études dédiées à A. Weill*, D. 1983 p. 85 et s., spéc. p. 88; T. Hassler, op. cit., p. 602; J. Ghestin, «Le mandat d'intérêt commun», *Mélanges offerts à J. Derruppé*, «Les activités et les biens de l'entreprise», Litec 1991, p. 105; C. Jassogne, «L'intérêt commun, notion à géométrie variable», *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Larcier 1996, p. 13. Certains auteurs (A. Brunet, op. cit.; J. Ghestin, op. cit.) affirmant par conséquent qu'il n'y a d'intérêt commun que lorsque mandant et mandataire ont des droits concurrents sur l'objet même du mandat (la clientèle). Tandis que d'autres (M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 1999, n° 359) —estimant qu'une telle doctrine ouvre la voie à la difficile détermination de la propriété de la clientèle— préfèrent affirmer qu'il suffit que les deux parties collaborent à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts se trouvent étroitement liés.

librement révoqué. Cela en raison de l'atteinte qui pourrait en découler pour les intérêts du mandataire. Tout comme l'unanimité est requise en matière d'indivision, le mandant doit en principe obtenir l'accord du mandataire pour que le contrat puisse être résilié⁵⁰. En matière de société, s'il peut être dérogé aux règles de la majorité par le biais de l'abus de majorité, c'est en raison de l'atteinte qui est portée par la décision aux intérêts particuliers des minoritaires⁵¹.

En somme parce que l'intérêt commun n'est qu'imbrication d'intérêts étroitement liés, toute action d'une de ses parties suppose la prise en compte de l'intérêt des autres le composant. Il n'est dans cette mesure utilisé par le droit positif que pour limiter l'activité de ses membres.

14. La «communauté d'intérêts» ne s'inscrit pas dans cette perspective. Elle n'est jamais invoquée pour rétablir un équilibre entre des parties poursuivant un intérêt commun. Aucune hypothèse ne révèle l'action d'une personne portant atteinte à l'intérêt commun qui la lie à d'autres, la solution issue de l'existence d'une «communauté d'intérêts» venant réparer cette atteinte.

Ainsi, dans le cas d'une société se portant caution en dehors de son objet social au bénéfice d'un tiers, il n'y a aucune atteinte à l'intérêt commun la liant au débiteur. Le droit objectif ne vient pas en conséquence réparer cette atteinte. Au contraire, arguant de l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société et le débiteur, la jurisprudence estime que la sûreté consentie est valable.

S'il s'agissait d'intérêt commun, il ne serait plus un instrument de limitation de l'activité des membres qu'il lie, mais au contraire un

50 La jurisprudence (Cass. civ. 13 mai 1885, S. 1887, 1. 220; Cass. com. 26 février 1958, D. 1958, p. 541, J. Vidal; Cass. com. 10 novembre 1959, Bull. civ. III, n° 384; Cass. 1^{ère} civ. 3 juillet 2001, D. 2001, p. 2826) estimant que le mandat en cause ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore en application des clauses et conditions spécifiées dans le contrat.

51 D. Schmidt, *op. cit.*, n° 6.

motif justifiant la validité d'actes qui autrement ne pourraient l'être. Cela est impossible. L'intérêt commun — simple somme d'intérêts individuels — ne peut permettre à une société d'agir au-delà de sa capacité normale. L'intérêt commun ne transcendant pas les intérêts de ses membres, la volonté de le satisfaire ne permet pas aux parties d'agir au-delà de ce qu'elles le peuvent dans un intérêt strictement personnel. Le seul biais par lequel une telle explication paraîtrait possible résiderait dans l'appartenance de la société caution à un groupe de sociétés⁵². A l'instar de ce que l'intérêt du groupe constitue un fait justificatif en matière d'abus de biens sociaux⁵³, il justifierait quelques dérogations au droit commun des sociétés, autorisant notamment certains concours financiers normalement prohibés⁵⁴. L'objet de la société ne devrait pas être envisagé indépendamment, mais au regard de la stratégie du groupe. Une telle assertion, aussi séduisante soit elle ne peut être retenue. Si tel était le cas, la justification ne tiendrait plus véritablement dans l'existence d'un intérêt commun, mais à l'instar de ce qu'est l'intérêt social pour les associés, d'un intérêt collectif, transcendant les intérêts particuliers de ses membres. La poursuite de cet intérêt propre au groupe légitimerait alors le sacrifice au moins temporaire de certains intérêts particuliers, l'individu étant nécessaire-

52 La notion de groupe de sociétés, n'étant pas ici retenue dans le sens qu'elle a en matière de consolidation comptable (L. 233-16 C. com.) ou en matière de déclaration de franchissements de seuils pour les sociétés cotées (L. 233-3 C. com.). Le concept de groupe est alors entendu de manière large. Ainsi, selon J. Paillusseau («La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques», D. 2003, p. 2346, spéc. n° 9), il est possible de considérer qu'il y a groupe de société dès que des sociétés, malgré le principe d'indépendance et d'autonomie juridique, ne sont véritablement indépendantes parce qu'elles sont économiquement liées. La notion de «communauté d'intérêts» est d'ailleurs utilisée pour caractériser le groupe de société : voir par exemple, C. d'Hoir-Lauprêtre, «L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés», D. 1993, p. 248; Q. Urban, op. cit.

53 M.-E. Boursier, «Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité», Rev. Soc. 2005, p. 273.

54 La notion de «communauté d'intérêts» a d'ailleurs été utilisée en dehors du couple SCI/société d'exploitation. Ainsi, pour la caution consentie par une SNC au profit d'une autre société voir : Cass. com. 6 juin 2001, op. cit.. Pour une communauté d'intérêts entre deux SARL, voir : Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.

ment soumis au collectif. Surtout, une telle justification doit être rejetée, car l'utilisation de la «communauté d'intérêts» en matière de caution dépasse les seules hypothèses dans lesquelles un groupe de société peut être identifié. Elle sert en effet à valider des cautions consenties par des sociétés au profit de débiteurs personnes physiques⁵⁵. L'intérêt du groupe ne peut par conséquent être le fondement de ces solutions⁵⁶.

15. Dans le même sens, lorsque la «communauté d'intérêts» est invoquée pour justifier une présomption de solidarité entre débiteurs en matière commerciale⁵⁷, il y a là une conséquence qui ne peut être rattachée au régime de l'intérêt commun. L'intérêt commun comme l'abus de droit est *«un mécanisme correcteur, une façon d'assurer le respect des finalités du système juridique»*⁵⁸. En principe, chacun est libre d'administrer ses intérêts comme il l'entend. Cependant dès que cet intérêt est commun —même s'il n'est pas transcendant à l'intérêt de ses membres— parce que l'action de chacun engendre nécessairement des conséquences sur la situation des autres, la liberté est restreinte. L'intérêt commun au sens strict du terme n'est qu'un instrument de limitation de l'action de ses membres. Il ne peut être source de présomptions de consentement. Pas plus qu'il ne peut être à l'origine d'un mécanisme de représentation en procédure civile. Aussi, lorsqu'une «communauté d'intérêts» est avancée pour écarter la tierce opposition d'une personne non partie au jugement, il ne peut s'agir d'une conséquence normalement attachée à l'intérêt commun au sens strict du terme. Les exemples peuvent être multipliés, aucune des

55 Cass. com. 8 novembre 2007, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit..

56 La Cour de cassation rejette d'ailleurs la justification par l'intérêt du groupe. Voir Cass. com. 13 novembre 2007, inédit n° 06-15826, JCP G 2008, I, 147, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker, JCP G 2008, I, 152, n° 3, obs. P. Simler et P. Delebecque, LPA 3 avril 2008, n° 68, p.7, note. P. Schultz.

57 Supra n° 11.

58 T. Hassler, op. cit. p. 631.

conséquences attachées à la «communauté d'intérêts», aussi diverses soient-elles, ne sont assimilables à celles de l'intérêt commun. Qu'elle permette de démontrer qu'un salarié relève d'une pluralité d'employeurs alors que son contrat le lie à un seul⁵⁹, serve de critère d'identification d'une unité économique et sociale⁶⁰

Si les solutions découlant de la présence d'une «communauté d'intérêts» ne ressemblent en rien à celles découlant normalement de l'intérêt commun, ce seul élément ne peut à lui seul permettre d'écarter toute synonymie entre les deux expressions. Il n'y a là qu'un indice, définitivement conforté par le fait que la «communauté d'intérêts» n'est jamais avancée dans un but protection de l'intérêt de ses membres.

2. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions invoquées dans un but distinct.

16. L'analyse des situations dans lesquelles le droit positif utilise la «communauté d'intérêts» montre qu'au-delà des apparences, les solutions qu'elle implique ne sont pas destinées à satisfaire l'intérêt de ses membres. Ce qui est motivé par l'existence d'une «communauté d'intérêts», ne l'est donc pas par la satisfaction de l'intérêt commun. Les deux notions sont nécessairement irréductibles l'une à l'autre.

Une telle affirmation peut paraître surprenante en matière de sociétés, où la doctrine justifie généralement la jurisprudence validant les cautions consenties par le dirigeant en dehors de l'objet social par le prisme de l'intérêt commun⁶¹. Pourtant, même dans cette hypothèse, il n'est pas certain que la caution soit passée entre autres intérêts dans celui de la société. Plusieurs éléments tendent même à prouver le contraire.

59 Voir par exemple: Cass. soc. 25 janvier 2006, op. cit.

60 Cass. soc. 19 décembre 1972, Bull. soc. 1972 n° 710; B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, op. cit., n° 90.

61 Supra n° 12.

En premier lieu, lorsque la «communauté d'intérêts» est reconnue pour valider un acte de cautionnement, il est loin d'être acquis que l'intérêt de la société l'exige de manière si impérieuse que la réalisation de son objet social en dépende. Même lorsqu'une SCI se porte caution pour son locataire, alors qu'elle tire tous ses revenus du loyer perçu⁶², cela n'est pas inéluctable⁶³. Si le fait de n'avoir qu'une seule source de revenus crée une fragilité certaine et rend la SCI dépendante de son locataire, cette dépendance n'est réelle que si l'immeuble présente des caractères suffisamment marqués⁶⁴ qui en limitent les possibilités de location. A défaut, la SCI n'est pas liée à son locataire. Son intérêt réside d'ailleurs dans la résiliation du bail en cas de difficultés de paiements⁶⁵

En deuxième lieu, si l'intérêt de la société constituait le véritable critère de validation des cautions consenties pas des sociétés au profit de tiers, cette solution devrait être étendue à toutes les hypothèses dans lesquelles cette condition est réalisée. Or, cela ne peut pas être le cas, puisque la jurisprudence exige pour que la caution soit valable, que les emprunteurs cautionnés personnes physiques soient associés principaux de la société caution⁶⁶, ou encore qu'il y ait identité d'associés et de gérance entre la société cautionnée et la société caution.⁶⁷ Outre le fait, qu'il n'y a là aucun indice quant à la conformi-

62 L. Aynès, obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, op. cit.; A. Couret, note ss. Cass. 1^{ère} civ. 29 février 2000, op. cit. et ss. Cass. com. 14 juin 2000, Bull. Joly sociétés 2000, p. 1054; J. Faddoul, note ss. Cass. com. 1^{er} février 2000, op. cit.

63 C. Champaud, et D. Danet, op. cit.

64 Emplacement, aménagements, contraintes de voisinage

65 Dans une hypothèse où une SCI avait consenti une caution au bénéfice de la société louant ses locaux, pour que cette dernière puisse obtenir un prêt nécessaire à son activité, la 1^{ère} chambre civile a d'ailleurs considéré dans un arrêt que l'acte en cause était souscrit dans l'intérêt exclusif du locataire (Cass. 1^{ère} civ. 6 mars 1979, Bull. civ. I 1979, n° 81, RTD com. 1979, p. 753, obs. Alfandari et M. Jeantin).

66 Cass. com. 8 novembre 2007, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.

67 Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, op. cit.; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 6

té de l'acte à l'intérêt de la société⁶⁸, cela conduit à rejeter la validité de la caution consentie au profit de certaines opérations pourtant indispensables à la réalisation de l'objet social. Même en l'absence d'identité d'associés et de gérance, une société peut avoir un intérêt impérieux à ce que soit consenti du crédit à un de ses partenaires essentiels comme à un fournisseur ou un client important⁶⁹.

En troisième lieu, si l'intérêt social justifiait véritablement les actes en causes, il est étonnant que la jurisprudence ne l'explique pas clairement⁷⁰. La lecture des arrêts oblige même à considérer que l'intérêt social n'est que rarement directement visé. Lorsqu'il l'est c'est après avoir relevé l'existence d'une «communauté d'intérêts» pour relever qu'il n'est pas violé⁷¹, ou encore qu'il n'y a pas lieu de vérifier son intégrité dans la mesure où cela n'était pas demandé⁷²! Ce constat permet de douter que les magistrats vérifient la conformité de l'objet social par le prisme de l'intérêt social, la dernière hypothèse révélant même avec une acuité particulière que la «communauté d'intérêts» est envisagée indépendamment de l'intérêt social, et par conséquent de l'intérêt commun

Enfin, la caution n'est manifestement pas d'«intérêt commun» dès lors qu'elle est consentie dans l'intérêt exclusif du débiteur cau-

juin 2001, op. cit.; Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.

68 A moins de confondre intérêt social et intérêt commun des associés. Voir D. Schmidt, op. cit.

69 Y. Guyon, obs. ss. 15 mars 1988, op. cit.; J.-F. Barbiéri, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», op. cit.

70 Y. Guyon, obs. ss. Cass. com. 28 mars 2000, Rev. soc. 2000, p. 535.

71 Voir par exemple Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.

72 Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, op. cit. : «qu'ayant ainsi fait ressortir l'existence d'une communauté d'intérêts entre le centre de formation, caution, et la société cautionnée, la cour d'appel qui n'était pas tenue d'effectuer d'autres recherches, dès lors qu'il n'était pas établi ni même allégué que le cautionnement était contraire à l'intérêt social, a légalement justifié sa décision».

tionné, la société n'en retirant directement ou indirectement aucun avantage. Dans cette hypothèse en effet, il n'y a plus «convergence d'intérêts»⁷³.

17. Tous ces arguments conduisent à considérer que la validation des cautionnements par le biais d'une «communauté d'intérêts» ne peut s'expliquer par l'existence d'une «convergence d'intérêts particuliers», bref par le biais de l'intérêt commun.

Ces mêmes différences entre la «communauté d'intérêts» et l'intérêt commun se retrouvent dans bien d'autres domaines. Ainsi, par dérogation au droit commun, la «communauté d'intérêts» est avancée comme légitimant la présomption de solidarité existant entre débiteurs en matière commerciale⁷⁴. Il est difficile de percevoir quel peut être l'avantage que retirent les débiteurs d'une telle solution. A l'évidence, la solidarité est une institution qui est favorable au créancier, le mettant à l'abri de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs. A l'inverse, elle n'est pas à l'avantage des débiteurs dont un seul peut se retrouver obligé au paiement du tout, supportant l'éventuelle insolvabilité de son codébiteur. D'ailleurs, lorsque cet intérêt commun est décrit, il apparaît comme: «l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter et des débiteurs dont il augmente le crédit»⁷⁵. Il ne s'agit dès lors plus de l'intérêt commun entendu comme une «convergence d'intérêts particuliers», mais bien plus d'un intérêt transcendant les parties. La présomption est fondée par «l'intérêt général du crédit commercial»⁷⁶, et non pas par l'intérêt commun.

Il est même des hypothèses dans lesquelles la communauté d'intérêts est invoquée, alors qu'elle est foncièrement contraire à l'intérêt de ses membres: qu'elle soit destinée à caractériser un abus en

73 Cass. com. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.

74 Supra n° 11.

75 J. Hamel, op. cit.

76 M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1931, T. 7, n° 382.

droit fiscal⁷⁷, permette d'étendre la dissolution d'une secte à toutes les sociétés liées au mouvement en raison de la «communauté d'intérêts» les unissant⁷⁸, ou encore conduite à attribuer la qualité de débitrice à une société ayant normalement perdu cette qualité par le biais d'une scission, en raison des liens entretenus avec la société bénéficiaire⁷⁹

Constaté que l'intérêt commun ne peut servir à justifier les solutions impliquées par la «communauté d'intérêts», c'est affirmer la singularité de cette dernière notion. Encore convient-il de dégager les caractères qui lui confient son identité.

II. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes liées par des intérêts communs.

18. Irréductible à l'intérêt commun, l'entreprise de caractérisation de la «communauté d'intérêts» n'est pas vaine. Cette expression doit être appréhendée comme désignant un groupe de personnes liées par un ou plusieurs intérêts communs. Plus précisément, lorsque l'expression de «communauté d'intérêts» est utilisée par le droit positif, c'est pour démontrer l'existence d'un groupe et en tirer des conséquences vis-à-vis des tiers, là où la loi ne le prend normalement pas en considération (A).

Lorsqu'elle est invoquée, ses membres sont traités différemment que s'ils agissaient à titre purement individuel. Permettant de déroger au droit commun, souvent en l'absence de prescription légale, la «communauté d'intérêts» n'est pour autant pas illégitime. N'y

77 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 01-12925.

78 Article 1 de la loi du 12 juin 2001 «tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales».

79 Alors que cette opération emporte normalement transmission universelle des droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet d'apport. Voir par exemple Cass. com. 5 février 1991, D. 1992, p. 27, note Y. Chartier; Cass. com. 5 mars 1991, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 16 janvier 2008, inédit n° 04-20218.

sont en effet attachées des conséquences importantes que dans les hypothèses où dans un groupe comprenant des personnes morales celles-ci ne servent en réalité que les intérêts d'une seule personne. Le recours à cette notion apparaît, dans cette mesure, légitime (B).

A. L'originalité de la notion de «communauté d'intérêts».

19. Le Droit attachant dans certaines situations des conséquences positives au constat de l'existence d'une «communauté d'intérêts», il convient d'identifier sa nature réelle. Elle apparaît alors comme un groupe de personnes liées par un ou plusieurs intérêts communs. En utilisant la notion de «communauté d'intérêts», l'existence d'un groupe est démontrée afin d'en tirer des incidences quant au régime qui doit gouverner les rapports entre ses membres et les tiers (1). Encore faut-il préciser que le recours à cette notion n'apparaît utile que dans les hypothèses où il n'existe pas de règles gouvernant les rapports du groupe en cause avec les tiers, en général parce qu'il résulte d'une situation de fait (2).

1. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes appréhendé par le Droit.

20. La «communauté d'intérêts» n'est pas l'intérêt commun mais le groupe de personnes liées par un intérêt commun. Il n'y a pas là un simple sophisme. Quel que soit le domaine, dès lors que l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée, c'est l'existence du groupe social qui intéresse en premier lieu le droit.

Pour preuve, les décisions se prononçant sur la présence d'une «communauté d'intérêts» montrent l'existence d'un groupe de personnes poursuivant ou protégeant un intérêt commun. Mais il importe peu que la solution déduite soit favorable à cet intérêt. Le constat objectif du groupe conduit seul à consacrer l'existence d'une «communauté d'intérêts».

Ainsi, il a été relevé⁸⁰ que l'intérêt commun ne pouvait systé-

80 Supra n° 11.

matiquement justifier la validité de la caution consentie par une SCI en dehors de son objet social au profit de la société d'exploitation louant ses locaux. Par contre, indubitablement les deux sociétés peuvent être considérées comme formant un groupe poursuivant un objectif commun. Leur lien est tel que la doctrine affirme dans cette hypothèse que c'est le patrimoine d'une seule et même entreprise qui a été scindé en deux⁸¹. Dans le même sens ce n'est que parce qu'elles «*constituent réellement une entreprise unique*»⁸², que deux sociétés peuvent être considérées comme formant une unité économique et sociale. Dans un tout autre domaine, s'il n'existe aucun intérêt commun entre deux débiteurs à ce que leur dette soit présumée solidaire, c'est l'existence d'un groupement qui est à l'origine de cette règle. Sous l'ancien Droit en effet, la présomption ne fonctionnait que dans la situation où deux marchands achetaient ensemble une marchandise. Cette règle était fondée sur une présomption irréfragable de société⁸³, donc d'un groupe de personnes poursuivant un objectif commun. Les exemples peuvent être multipliés. Systématiquement, quel que soit le domaine, la «communauté d'intérêts» est considérée comme existante par le seul constat du groupe, indépendamment de l'intérêt que ce dernier en retire. Ainsi, en matière de sectes, si à l'évidence il n'existe pas d'intérêt commun à ce que plusieurs sociétés ou personnes morales soient dissoutes en raison de leur activité, le fait que l'on puisse identifier entre elles des liens permettant de justifier qu'elles poursuivent le même but est apte à l'expliquer⁸⁴. C'est de l'appartenance à un groupe que sont tirées des conséquences juridiques.

21. Dans tous ces exemples, il est évident qu'il y a «communauté d'intérêts», entendue comme groupe de personnes, et non pas

81 Voir par exemple : A. Couret, obs. ss. Cass. 1^{ère} civ. 29 février 2000, op. cit., spéc. n° 7; J. Faddoul, op. cit.

82 G. Couturier, «L'unité économique et sociale, trente ans après», *Semaine sociale Lamy*, 2003, suppl. au n° 1140.

83 Pothier, op. cit., T.1, p. 247

84 Art. 1 de la loi du 12 juin 2001, op. cit.

intérêt commun. Les deux notions sont proches, mais ne se superposent pas. Dans le cadre de la «communauté d'intérêts», c'est l'existence même du groupe qui est prise en considération, indépendamment de l'intérêt qui unit ses membres. Cette prise en compte du groupe par le Droit a généralement pour fin de protéger des intérêts qui lui sont tiers.

Ainsi, lorsque les juges usant du terme de «communauté d'intérêts» existant entre une société et un débiteur, considèrent la caution consentie par la première au-delà de l'objet social comme valable, ils ont au préalable tranché un conflit d'intérêts. Celui-ci opposait l'intérêt de la société se portant caution⁸⁵ à celui du créancier. C'est la protection de l'intérêt du créancier qui justifie que l'on ait recours à la démonstration de l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société-caution et le débiteur. Dans le même sens, s'il est parfois fait recours à la «communauté d'intérêts» liant les débiteurs pour justifier la présomption de solidarité en matière commerciale, il s'agit de protéger l'intérêt du tiers créancier. L'origine coutumière de cette présomption en atteste. Initialement, elle n'avait vocation à s'appliquer que dans les seules hypothèses où le créancier était en mesure de penser que ses débiteurs étaient liés par une société en nom collectif⁸⁶. Ce qui, le cas échéant lui garantissait aux termes de l'ordonnance de 1673 le caractère solidaire de la dette⁸⁷. La présomption de solidarité avait alors sans doute pour vocation de ne pas déjouer ses prévisions en cas d'insolvabilité du débiteur auquel il s'adresse⁸⁸. En matière sociale, lorsque des sociétés entretiennent des liens tels que peut

85 Comprenant indirectement celui des associés lorsque la société est à responsabilité illimitée, ce qui est le cas dans la majorité des hypothèses.

86 C'est-à-dire lorsque deux commerçants effectuaient des achats en commun.

87 Pothier, op. cit. t. 5, p. 247.

88 De même, c'est encore dans l'intérêt du créancier, qu'est relevée une «communauté d'intérêts» en matière maritime afin de lui permettre de saisir un navire n'appartenant pas à son débiteur (En application de la jurisprudence appliquant l'article 3 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952).

être caractérisée entre elles une «communauté d'intérêts», sa mise en évidence permet la défense de l'intérêt des salariés. Elle peut en effet conduire à qualifier les membres de la communauté de co-employeurs⁸⁹. Il en allait de même à l'origine lorsque la «communauté d'intérêts» entre deux sociétés était utilisée pour démontrer l'existence d'une unité économique et sociale⁹⁰. Cette reconnaissance était destinée à défendre l'organisation légale des relations collectives du travail contre des menaces liées à l'utilisation de techniques sociétaires par l'employeur⁹¹.

Si généralement la «communauté d'intérêts» est invoquée afin de protéger des intérêts tiers à ses membres, il n'en est pas toujours ainsi. En matière de presse notamment, pour qu'il y ait diffamation⁹², il est nécessaire que les propos diffamatoires aient fait l'objet de publicité. Or, la Cour de cassation, prenant en considération la nécessité qu'il peut y avoir à partager des informations au sein d'un groupe, estime que les propos diffamatoires tenus dans une réunion privée de personnes liées par une «communauté d'intérêts» et relatifs à l'objet commun ne sont susceptibles d'aucune incrimination⁹³. S'il ne s'agit pas de protéger l'intérêt tiers au groupe, il n'en demeure pas moins

89 Y. Aubrée, «Contrat de travail», Rép. Dalloz Travail, n° 118. Aussi, en cas de passage du salarié d'une société à l'autre il ne perdra pas son ancienneté et par conséquent tous les droits qui peuvent en découler en cas de licenciement (par exemple : Cass. soc. 1^{er} juillet 1965, Bull. soc. 1965 n° 530).

90 La «communauté d'intérêts» ayant vocation à prouver la composante économique de l'unité économique et sociale.

91 G. Couturier, op. cit.. Il est cependant vrai que cette optique a aujourd'hui changé. Les chefs d'entreprises peuvent y recourir spontanément dans les ensembles complexes afin de dissocier «l'entreprise cadre de régulation des relations de travail et les sociétés employeurs» (id.). Ainsi, selon M. Cohen («Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale», Revue de jurisprudence sociale 1/03/01, p. 183) ils peuvent y avoir recours «pour conforter leur montage juridique dans leurs rapports avec les administrations, les syndicats et les représentants du personnel, pour profiter parfois de nouveaux effets de seuil, ou pour des raisons fiscales».

92 Au sens de l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881.

93 par exemple Cass. crim. 24 août 1922, Gaz. Pal. 1922. 2. 636.

qu'il s'agit de prendre en considération le phénomène de groupe afin d'en tirer des conséquences vis-à-vis des tiers.

Finalement, quelle que soit sa finalité, le recours à la notion de «communauté d'intérêts» a pour vocation la démonstration de l'existence d'un groupe de personnes liées par des intérêts communs. Encore faut-il préciser que cette notion ne présente d'utilité que dans les hypothèses où *a priori* le droit ne prévoit pas la prise en considération du groupe: dans les hypothèses où il résulte d'une situation de fait.

2. La «communauté d'intérêts», situation de fait appréhendée par le Droit

22. L'expression «communauté d'intérêts» — entendue comme un groupe de personnes poursuivant un ou plusieurs intérêts communs — englobe toutes les hypothèses de groupements de personnes. La réalité recouverte est alors vaste. C'est sans doute la raison pour laquelle, elle permet de désigner tant un ensemble de personnes morales, que de personnes physiques, et même de personnes physiques et morales⁹⁴! Destiné à appréhender un groupe dans ses rapports avec les tiers, le recours à cette notion est inutile lorsque celui-ci est doté d'une personnalité morale. Le cas échéant, vis à vis des tiers, le groupe s'efface derrière la personne.

Au sens large du terme, la «communauté d'intérêts» est donc susceptible de concerner tous les groupes de personnes, dépourvus de personnalité morale. Pour autant, il convient de souligner que la loi ou la jurisprudence n'utilisent l'expression «communauté d'intérêts» que dans les hypothèses où le groupement n'obéit à aucune forme préétablie par le Droit⁹⁵. La «communauté d'intérêts» sert à démontrer l'existence en fait de groupes de personnes.

94 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2007, op. cit.

95 Ou du moins dans les seules hypothèses où les membres d'un groupe n'ont pas juridiquement organisé leurs relations avec les tiers.

23. Généralement, le groupement en cause n'obéit à aucun schéma juridique préétabli, l'union n'existe qu'en fait. Les membres de la communauté ont eu la volonté d'installer leur relation dans la sphère du «non-droit». Elles sont libres de le faire. Cependant la résurgence du groupe est parfois nécessaire, notamment lorsque la sauvegarde d'intérêts tiers l'exige. Il s'agit alors de démontrer qu'elles ont choisi de mener ensemble une action, de poursuivre un but, et d'en tirer comme conséquence que ce qui atteint l'une d'elles ne peut laisser les autres indifférentes. La démonstration de leur appartenance au groupe leur fait perdre en quelque sorte leur autonomie, leur indépendance vis-à-vis des tiers.

Par exemple, lorsqu'un entrepreneur décide de scinder le patrimoine de son exploitation en deux, et qu'il confie les biens immobiliers à une société civile immobilière, et le reste à une société d'exploitation, *in abstracto* il y a deux sociétés juridiquement indépendantes, simplement liées par une relation de bailleur à preneur. Mais il ressort d'une analyse concrète des faits, que les deux sociétés poursuivent exactement les mêmes objectifs, que l'activité de l'une ne peut être désolidarisée de l'autre. Il en va alors de l'intérêt du créancier qu'une telle union de fait soit prise en compte. La qualification de «communauté d'intérêts» intervient à cette fin. Elle permet de considérer que le créancier a noué des rapports avec le «membre d'un groupe», là où en application du droit commun, il n'y a normalement qu'une relation interindividuelle classique. Cette considération conduit à considérer que la société caution n'est pas totalement étrangère à la relation établie entre le créancier et le débiteur.

De même, les sociétés constituant une unité économique sont juridiquement indépendantes. S'il existe un groupe, il s'agit simplement d'une situation de fait. En considérant qu'elles sont liées par une «communauté d'intérêts», elles sont alors traitées comme si elles n'étaient qu'une vis-à-vis des salariés. Il en va pareillement en matière de sectes, où toutes les personnes morales membres d'une «com-

munauté d'intérêts» vont pouvoir être dissoutes simultanément, alors qu'*a priori* le sort des unes ne devrait pas avoir d'incidence sur les autres.

Affirmer que l'expression «communauté d'intérêts» ne s'applique au sens strict du terme qu'à des groupes de fait peut paraître excessif au regard d'un arrêt qualifiant, une indivision de communauté d'intérêts⁹⁶. Cependant, outre le fait qu'il y a ici une solution isolée, il importe de souligner que les motifs ayant poussé à une telle qualification sont identiques à ceux existant en matière de groupe de fait. Il s'agissait d'établir qu'un indivisaire avait représenté en défense son coïndivisaire lors d'un jugement afin d'écarter la recevabilité de sa tierce opposition. En l'absence de mandat de représentation, pour le demandeur, ce dernier était véritablement un tiers. L'indivision étant dépourvue de personnalité morale, dès lors qu'un seul indivisaire est assigné en justice, tous les autres restent tiers. La démonstration d'une «communauté d'intérêts» avait donc bien pour but de démontrer qu'en fait, en agissant contre un membre du groupe, les autres ne pouvaient être considérés comme totalement étrangers⁹⁷.

24. En démontrant l'existence d'une «communauté d'intérêts», l'appartenance d'une personne à un groupe va être prise en considération vis-à-vis des tiers. Elle perd son indépendance à l'égard des autres membres, alors que le groupe ne résulte que d'une situation de fait. La «communauté d'intérêts» permet de traiter une personne comme «membre de groupe» dans des situations où la loi ne voit normalement qu'une personne totalement indépendante, autonome. À l'évidence, il n'existe aucun obstacle, lorsque la loi le prévoit. Par contre le recours d'office par le juge à la «communauté d'intérêts» peut poser problème. En excipant d'une «communauté d'intérêts», le juge distingue entre les individus selon qu'ils appartiennent ou non à un groupement, là où la loi n'opère aucune distinction.

96 Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667.

97 Voir infra B. 2.

B. La légitimité du recours à la «communauté d'intérêts».

25. Les conséquences attachées à la «communauté d'intérêts» dérogent au droit commun en ce que l'appartenance à un groupe modifie le régime juridique applicable à ses membres. Ces derniers sont traités différemment que s'ils étaient seuls. Leur individualité s'efface en raison de la «communauté d'intérêts» à laquelle ils adhèrent. C'est cette atteinte à l'indépendance, à l'autonomie juridique qui heurte le civiliste. D'autant qu'il paraîtrait absurde de tirer ce type de conséquences de la participation à tous type de «communauté d'intérêts». Cette dernière est susceptible de se manifester selon une variété d'intensités innombrables, tant les rapprochements entre les hommes sont susceptibles de degrés différents.

Un tel obstacle s'estompe cependant, dans la mesure où dans la grande majorité des hypothèses, la «communauté d'intérêts» n'est utilisée que pour désigner une catégorie spécifique de groupes de personnes. Il s'agit de ceux, exclusivement constitués de personnes morales ou mêlant personnes morales et physiques, au sein desquels le pouvoir n'est exercé que par une seule. La «communauté d'intérêts» permet alors de passer outre l'écran de la personnalité morale pour appliquer un régime juridique prenant en compte la réalité du pouvoir exercé (1). Hormis cette hypothèse, en l'absence de prescription légale, la «communauté d'intérêts» est dépourvue d'effets. Loin d'être révélatrice de l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers, elle crée simplement un contexte plus favorable que d'autres à l'identification d'un «mandat tacite» (2).

1. La «communauté d'intérêts» révélatrice de la réalité du pouvoir.

26. La plupart du temps lorsque le droit positif se réfère à l'expression «communauté d'intérêts», il s'agit de désigner une catégorie très particulière de groupe: celui au sein duquel, derrière l'apparence d'une pluralité de membres se cache l'exercice d'un pouvoir unique. C'est de cette prise en considération que le droit positif tire alors des conséquences.

27. Il en est ainsi, dès que la «communauté d'intérêts» permet de révéler la réalité du pouvoir détenu par une personne sur des biens par l'intermédiaire de personnes morales. Les critères d'identification de ce type de «communautés d'intérêts» sont à ce titre éloquentes. Lorsqu'une caution passée en dehors de l'objet social par une société est validée en raison d'une «communauté d'intérêts», le débiteur cautionné est soit une société comportant des associés et une direction identiques à la société caution, soit associé principal dans cette dernière. Ce sont les mêmes personnes qui contrôlent les deux sociétés ou de manière plus manifeste encore le débiteur cautionné contrôle la société caution. La «communauté d'intérêts» met en évidence le fait que c'est un seul patrimoine, celui de l'entreprise, ou du débiteur qui a été fragmenté en deux. Aussi lorsque le créancier obtient une caution d'une des sociétés en garantie de l'engagement consentie par l'autre, il ne fait que s'assurer qu'il a dans son gage la totalité des biens de l'entreprise. De même lorsqu'il obtient une caution en garantie de l'engagement de l'associé principal, il attire dans son gage la totalité des biens en réalité contrôlés par son débiteur. Finalement, par le biais de ces cautions, il est possible de procéder à des montages de sociétés type société civile immobilière/société d'exploitation, sans être suspecté de frauder les droits des créanciers. Elles leur assurent les mêmes droits que si tous les biens étaient restés dans un seul patrimoine. Il est alors normal qu'une fois la caution consentie, lorsque la société conteste sa validité, il ne soit pas fait droit à sa demande.

Certes, une analyse abstraite de l'objet social se fiant seulement à la rédaction des statuts tend à considérer l'acte comme ne rentrant pas dans le programme fixé à la société. Mais une analyse concrète révèle que la société a été constituée en grande partie pour satisfaire les intérêts de ceux qui la contrôlent⁹⁸. Garantir les engagements de ces derniers entre inéluctablement dans cet objectif. La caution consentie bien que non formellement prévue, est néanmoins se-

⁹⁸ Cela a souvent été pris en considération par les tiers créanciers

lon les termes de la jurisprudence «indirectement»⁹⁹ conforme à l'objet social¹⁰⁰.

Cette vocation de la «communauté d'intérêts» à faire apparaître la réalité du pouvoir exercé sur les biens dont la ou les personnes morales du groupe sont propriétaires, se manifeste également en matière de saisie conservatoire de navire¹⁰¹, en droit fiscal¹⁰². Parfois il est vrai que la finalité assignée à la «communauté d'intérêts» n'est pas directement avouée. Ainsi, la jurisprudence semble dans certains cas utiliser la «communauté d'intérêts» dans le cadre d'une application de la théorie de l'apparence afin de permettre à un créancier d'atteindre le patrimoine d'une société qui n'est *a priori* pas sa débitrice. Incontestablement, l'existence d'un tel groupement peut induire en erreur les tiers, quant à la personne de leur débiteur. Cependant à la lecture des arrêts en cause, il apparaît clairement que la théorie de l'apparence n'est qu'un prétexte permettant au créancier de pouvoir agir contre les différentes sociétés du groupe parce qu'elles sont en réalité contrôlées par la même personne. Tel a par exemple été le cas en matière d'apport partiel soumis au régime des scissions¹⁰³ ou encore en matière de construction¹⁰⁴.

28. Dans d'autres circonstances, lorsqu'une «communauté d'intérêts» est excipée afin de démontrer l'existence d'une unité économique et sociale, il s'agit de dévoiler la réalité du pouvoir exercé par l'intermédiaire de personnes morales distinctes non plus sur des

99 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.

100 Il est tentant de penser que ce faisant, elle énonce aux associés qu'ils ne peuvent se contredire (*Venire contra factum proprium nulli conceditur*).

101 En ce qu'elle permet à un créancier de demander la saisie conservatoire d'un navire n'appartenant pas à la société débitrice, mais à une autre société composée des mêmes associés. Y. Tassel, «Navire, saisie conservatoire», *J. Cl. Transport*, fasc. 1128, n° 83.

102 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, op. cit.

103 Cass. com. 5 février 1991, op. cit.

104 Cass. 3^{ème} civ. 26 juin 1996, inédit n° 94-20742.

biens mais sur un ensemble de salariés. Il existe une entreprise unique répartie entre plusieurs sociétés juridiquement distinctes. «*La reconnaissance de l'unité économique et sociale n'est rien d'autre que le constat d'une réalité: ces sociétés constituent réellement ensemble une entreprise unique. C'est, en somme, le principe de réalité qui conduit ainsi à appréhender cette entreprise unique en dépit de la pluralité des sociétés juridiquement distinctes*»¹⁰⁵. L'unité économique pourra alors être prouvée en démontrant la similarité ou la complémentarité des activités ainsi que la concentration du pouvoir de direction¹⁰⁶, et parfois même l'existence d'une imbrication de capitaux¹⁰⁷.

29. Souvent, dans toutes ces situations, les personnes morales en cause ne sont véritablement que des instruments destinés à servir les intérêts particuliers de ceux qui les contrôlent¹⁰⁸. Ces «communautés d'intérêts» révèlent en ce sens le caractère fictif de certaines personnes morales. Cependant, comme le souligne une partie de la doctrine¹⁰⁹, la personnalité juridique naissant dès immatriculation, il existe toujours un risque que celles-ci soient parfois utilisées dans le seul but de scinder un patrimoine. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'une telle attitude soit opposée à la volonté du législateur¹¹⁰.

105 G. Couturier, op. cit. : «*La reconnaissance de l'unité économique et sociale n'est rien d'autre que le constat d'une réalité : ces sociétés constituent réellement ensemble une entreprise unique. C'est, en somme, le principe de réalité qui conduit ainsi à appréhender cette entreprise unique en dépit de la pluralité des sociétés juridiquement distinctes*».

106 Il y a par exemple unité de direction lorsqu'à la tête de chacune des entités en principe juridiquement autonomes se trouvent le même directeur général et le même secrétaire général (Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 00-60.256). Il en est de même pour deux sociétés dirigées par la même personne physique et où il n'existe qu'un seul directeur des ressources humaines (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 01-60.627). La présence de liens familiaux entre les différents dirigeants constitue aussi un indice (Cass. soc., 9 juin 1988, no 87-60.346).

107 B. Teyssié, op. cit.

108 La simple démonstration de l'existence d'un groupe ne suffit pas. Voir par exemple Cass. com. 13 novembre 2007, op. cit.

109 J.-J. Daigre, «Sociétés fictives», Rép. Dalloz sociétés, n° 18.

110 La possibilité de constituer des sociétés unipersonnelles n'est-elle pas destinée à permettre à un individu de scinder son patrimoine? Voir. J.-J. Daigre, op. cit.

La «communauté d'intérêts» apparaît alors comme un excellent outil destiné à contourner l'écran de la personnalité morale lorsque cela est nécessaire sans pour autant lui porter une atteinte définitive, à l'instar de la déclaration de fictivité. Elle ne conduit pas à la disparition de la société en cause. Un tel effet serait inutile. Dans le cadre des cautions consenties par des sociétés au-delà de leur objet social, par exemple, les créanciers n'ont pas intérêt à la disparition de la société, mais seulement à ce que la caution soit maintenue¹¹¹.

La «communauté d'intérêts» est alors une notion fonctionnelle grâce à laquelle un équilibre délicat est obtenu. Elle permet de sauvegarder les intérêts de tiers tout en limitant au maximum l'impact que cela peut avoir sur la personne morale. Elle ne jette pas le discrédit sur certains montages juridiques¹¹², et elle évite aux tiers d'avoir à rapporter la preuve parfois difficile de l'existence d'une fraude¹¹³ nécessaire en matière de fictivité¹¹⁴.

30. Irréductible à la fictivité des personnes morales, la «communauté d'intérêts» l'est également à la confusion de patrimoine¹¹⁵. Dans la confusion de patrimoines, les patrimoines de plusieurs personnes morales ont été traités comme s'il s'était agi d'un seul. Or, par nature la «communauté d'intérêts» n'entraîne pas de telles conséquences, elle n'implique pas qu'il y ait eu des flux financiers anormaux

111 En cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur, ils ont même intérêt à ce que la personne morale de la société caution reste intègre.

112 Comme celui liant société civile immobilière à une société d'exploitation (C. Cutajar, «Le montage de société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective», Bull. Joly sociétés, 1999, p. 1057).

113 En matière d'unité économique et sociale, la démonstration d'une «communauté d'intérêts» entre les sociétés s'est ainsi substituée à la démonstration d'une fraude. Le premier arrêt en la matière employant l'expression «communauté d'intérêts» est en effet celui à compter duquel l'exigence d'une fraude a disparu (Cass. soc. 19 décembre 1972, op. cit.).

114 J.-J. Daigre, «Société fictive», *Rép. sociétés Dalloz.*, n° 46.

115 J.-P. Garçon, «La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés civile et commerciale, et la confusion de patrimoine», Bull. Joly sociétés, 1996, p. 901.

d'un patrimoine à un autre. La «communauté d'intérêts» peut constituer un indice de confusion¹¹⁶ mais ne suffit pas à elle seule à la caractériser¹¹⁷.

2. La «communauté d'intérêts» révélatrice de l'existence d'un mandat.

31. Le terme de «communauté d'intérêts» désigne dans la majorité des hypothèses un groupe de personnes en réalité contrôlées par une seule. La notion de «communauté d'intérêts» n'est pas pour autant réductible à cette seule situation. Parce que la «communauté d'intérêts» est un groupe de personnes liées par des intérêts communs, il est tentant de présumer que ses membres se sont délivrés mutuellement mandat pour tous les actes relatifs aux objectifs communs. Pourtant, en l'absence de prescription légale une telle idée doit être rejetée compte tenu de l'atteinte qui pourrait être portée à l'autonomie des membres du groupe. La «communauté d'intérêts» constitue simplement dans certaines hypothèses un contexte plus propice que d'autres à la reconnaissance d'un mandat tacite.

32. Ainsi, pour une partie de la doctrine la présomption de solidarité commerciale est fondée sur l'existence d'une «communauté d'intérêts». Faute de voir dans cette dernière expression l'intérêt commun des parties, c'est peut-être l'idée de représentation mutuelle de ses membres qui justifie cette solidarité¹¹⁸. Le cas échéant, encore faut-il préciser que cette solidarité ne tire pas sa force du seul constat de l'existence d'une «communauté d'intérêts», mais de l'application d'une règle coutumière¹¹⁹. Pour preuve, faute de prescription légale¹²⁰,

116 Voir par exemple : Cass. com. 1^{er} octobre 1997, inédit n° 95-14578.

117 Voir par exemple : Cass. com. 25 juin 2002, inédit, n° 99-12886; Cass. com. 14 mars 1995, Bull. civ. IV 1995, n° 82; Cass. com. 3 novembre 1992, inédit n° 90-17171; Cass. com.; 20 octobre 1992, Bull. civ. IV, n° 313. Contra : Cass. com. 30 juin 1964; Bull. civ. IV, n° 342.

118 Dans cette hypothèse, il faut alors adhérer au propos de F. Derrida, et considérer que la présomption de solidarité ne peut jouer que dans les hypothèses au sein desquelles peut être identifiée une «communauté d'intérêts» (op. cit., n° 22, p. 350).

la solidarité n'est présumée au sein de «communauté d'intérêts» qu'en matière commerciale, c'est-à-dire dans le domaine d'application de la coutume.

Il serait d'ailleurs inopportun de considérer que tout groupe entraîne une présomption de représentation mutuelle de ses membres. L'atteinte qui risquerait de leur être portée serait trop forte. A défaut de volonté expresse, il ne peut y avoir de représentation présumée que dans les hypothèses prévues par la loi¹²¹.

33. C'est sans doute la raison pour laquelle, en procédure civile, l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre une partie à un jugement et un tiers, ne permet plus à elle seule de considérer ce dernier comme ayant été représenté¹²². Il est vrai que lorsqu'un intérêt est commun à plusieurs personnes, lorsque ce dernier a été défendu par l'une d'elles, pour éviter la multiplicité des recours, il pourrait être considéré qu'elle l'a fait pour l'ensemble de la communauté. Faute de prescription de la loi¹²³, il serait sans doute trop attentatoire à

119 Il est cependant difficile de déterminer si c'est la coutume qui est véritablement la source de cette règle ou la jurisprudence qui la véhicule. Voir P. Jestaz, «Source délicate», RTD civ. 1993 p. 78.

120 Un certain nombre de solidarités légales sont justifiées par l'existence d'une «communauté d'intérêts». Voir par ex. J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, op. cit., n° 314.

121 D'ailleurs, même sous l'ancien Droit la simple «communauté d'intérêts» ne suffisait pas à justifier de la solidarité entre commerçants. Il fallait se trouver dans le champ d'application de l'ordonnance de 1673. Les débiteurs devaient donc être associés d'une société en nom collectif ou du moins présumés l'être (pour la solidarité coutumière). Dans toutes les autres sociétés en effet, parce que ce n'était pas visé par l'ordonnance, bien qu'il y ait indéniablement «communauté d'intérêts», il était exclu qu'une telle représentation mutuelle soit présumée. Ainsi selon Pothier (op. cit., t.5, n° 105: «*Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenue envers le créancier quand même par le contrat il auroit exprimé qu'il contractoit pour le compte de la société, tant en son nom qu'au nom de son associé: la disposition de l'ordonnance de 1673 qui porte qu'un associé oblige en cas ses associés, ne concerne que les sociétés de commerce*»)

122 Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 400.

123 Alors qu'elle estime représentés au jugements créanciers et ayants cause de la partie 583 CPC.

l'autonomie des membres de la «communauté d'intérêts» de retenir un tel principe. La seule «communauté d'intérêts» n'assure nullement que l'intérêt commun soit défendu au mieux par n'importe lequel de ses membres. Il serait dès lors excessif de considérer que tous sont, sans y avoir consenti, représentés par un seul. La «communauté d'intérêts», ne peut donc seule justifier le rejet de la recevabilité d'une tierce opposition¹²⁴. Elle doit être corroborée par d'autres éléments permettant de prouver que le tiers en cause a ostensiblement décliné la possibilité de défendre lui-même ses intérêts à l'instance. Il en va par exemple ainsi du coïndivisaire qui a refusé d'intervenir volontairement ou même d'être appelé en la cause comme l'y avait invité une des parties au jugement¹²⁵.

Puisque la «communauté d'intérêts» ne suffit pas à caractériser la représentation¹²⁶, les effets secondaires attachés par la jurisprudence à la solidarité ne sont plus justifiés¹²⁷. Il n'est plus possible de considérer que dans le cas où un seul débiteur a été assigné par le créancier, la chose jugée à son égard s'impose aux autres¹²⁸, ou encore que les coobligés ne peuvent former tierce opposition contre le jugement rendu contre l'un d'eux.

34. Il faut rejeter l'idée selon laquelle la «communauté d'intérêts» permet, en l'absence de loi, de présumer de manière irréfragable

124 Seule, la «communauté d'intérêts» n'est pas exclusive de la notion de tiers, même en cas d'étroite dépendance entre les intéressés. Il a pu être considéré qu'une solution contraire avait été consacrée par la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 1998, op. cit.), en ce qu'elle a considéré comme devant être rejetée une tierce opposition exercée par une commune contre un arrêt auquel était partie une régie communale au motif qu'existait entre les deux une «communauté d'intérêts». Cependant, force est d'admettre que la régie communale et la commune ne font qu'une, puisque la première est dépourvue de personnalité morale.

125 Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, op. cit.

126 Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, op. cit.

127 Ils sont d'ailleurs critiqués depuis longtemps. Voir par exemple : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, op. cit., n^o 314; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, op. cit., n^o 448.

128 Contra par ex. Cass. 2^{ème} civ. 29 janvier 1997, Bull. civ. II., n^o 30, JCP 1997, I, 4015, obs. Billau.

l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres. Cependant, il faut admettre que la «communauté d'intérêts» crée un contexte particulièrement propice à l'existence d'un mandat tacite¹²⁹. Les membres se regroupant afin d'atteindre un but, il est plausible que certains agissent au nom de tous, sans pour autant obtenir un consentement exprès. La proximité créée par certaines «communautés d'intérêts» peut conduire à estimer que les agissements des uns ne peuvent se faire sans l'assentiment des autres, ratifiant nécessairement la gestion qui est faite. Il est alors légitime que la jurisprudence prenne en considération tous ces éléments afin de les considérer comme révélateurs du consentement tacite au mandat¹³⁰. La «communauté d'intérêts» rend tellement vraisemblable l'existence de ce dernier, qu'elle l'admet même, par dérogation au droit commun, pour des actes de disposition¹³¹.

*
* *

35. Cet essai de présentation de la «communauté d'intérêts» ne serait être achevé sans préciser que le droit positif se réfère à cette notion dans bien d'autres hypothèses, à d'autres fins: comme en matière de témoignage, afin de tirer les conséquences du manque d'indépendance qui risque d'exister entre ses membres¹³². Sans doute l'exhaustivité ne peut elle être atteinte, du moins ne l'a-t-elle pas été. Cependant, qu'il soit permis de proposer une nouvelle approche de la «communauté d'intérêts». Ne se réduisant pas à une vague idée de l'intérêt commun, elle est le groupe lié par des intérêts convergents. Utilisée au sens générique elle n'est pas à elle seule révélatrice de

129 P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd. Defrénois 2007, n° 562.

130 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993, op. cit.

131 qu'il s'agisse de la conclusion d'un bail commercial (Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993, op. cit.); de l'acquisition (Cass. 1^{ère} civ., 20 avril 1997, op. cit.) ou même de la vente d'un bien immobilier (Cass. 3^{ème} civ. 7 décembre 1988, op. cit.)

132 202 CPC.

l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers. A peine permet elle de tirer de ce contexte particulier un indice rendant plus crédible la probabilité de mandats tacites. Ses effets les plus énergiques, ont lieu au sein d'une catégorie bien spécifique de groupes, ceux dans lesquels la pluralité de personnes masque l'exercice du pouvoir par une seule. Elle est alors un instrument permettant de rendre ponctuellement perméable certaines personnes morales afin de tirer des conséquences de la réalité du pouvoir exercé par leur intermédiaire.

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A LEI Nº 11.101/2005 INTERPRETADA CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O IMPERATIVO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA

LAW 11,101/2005 INTERPRETED IN CONFORMITY WITH THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION AND THE IMPERATIVE OF ECONOMIC EFFICIENCY

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Resumo: Este artigo trata da interpretação das normas que disciplinam a falência e a recuperação do empresário, sistematizadas pela Lei nº 11.101/2005, propondo-se que seja realizada à luz de valores e princípios estabelecidos na Constituição da República. Essa atividade interpretativa é cabal para a definição do que se convencionou denominar “melhor interesse” no âmbito do processo falimentar ou de recuperação do empresário. Colabora para esse escopo a técnica da ponderação de interesses, que inclusive foi levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade de dispositivos presentes na Lei nº 11.101/2005. Por fim, o artigo pretende demonstrar que o referido método interpretativo deve ser posto em prática em atenção às consequências econômicas da solução jurídica, uma vez que o conteúdo econômico faz parte da essência das relações empresariais.

Palavras-Chave: Interpretação conforme a Constituição Federal. Lei nº 11.101/2005. Metodologia jurídica.

Abstract: This paper analyses the Brazilian Bankruptcy and Business Reorganization Legal System (Law 11,101/2005), proposing an interpretation in light of constitutional principles and values. Such interpretive exercise is essential to determine what constitutes the “best interest” within the context of bankruptcy proceedings and business reorganizations. This scope is corroborated by the interests’ weighting method, which was recognized by the Brazilian Federal Supreme Court when it declared the constitutionality of certain provisions of Law 11,101/2005. Finally, this paper intends to demonstrate that the interpretive exercise mentioned above shall be implemented taking into consideration the economic consequences of the legal solution, given that the economic content integrates the essence of business relationships.

Keywords: Interpretation in Conformity with the Brazilian Federal Constitution. Law 11,101/2005. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005. 3. A ponderação de interesses na Lei nº 11.101/2005 segundo o Supremo Tribunal Federal. 4. A interpretação à luz da Constituição e os riscos de seu desvirtuamento. 5. Convergência entre a interpretação conforme a Constituição da República e o imperativo de eficiência econômica no âmbito da atividade empresarial. 6. Conclusão.

1. Introdução.

A proposta deste ensaio situa-se no campo da interpretação das normas que disciplinam a falência e a recuperação do empresário, sistematizadas pela Lei nº 11.101/2005.

Se, no passado, Fabio Konder Comparato classificou como movimento pendular do Direito Falimentar a constatação de que ora predominavam normas voltadas para tutela de credores, ora predominavam normas protetivas do devedor, conforme as circunstâncias de edição das legislações que subsequentemente sistematizaram a

matéria¹, é chegado o momento de se visualizar, na lei em vigor, caminhos para obtenção da tutela do *melhor interesse* manifestado no âmbito de uma falência ou processo de recuperação do empresário.

Quando se trata de definir *melhor interesse*, assume-se que pode ele ser identificado no rol de interesses de credores, do devedor ou, ainda, de outros stakeholders², que não necessariamente participam do processo por força da titulação de um crédito (podem figurar, por exemplo, como acionistas minoritários de uma companhia aberta em recuperação judicial).

A definição de *melhor interesse* é fundamental para solucionar conflitos e distribuir justiça no bojo da crise empresarial. A linha aqui defendida é no sentido de definir *melhor interesse* à luz do sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal e à vista das circunstâncias concretas que determinarão o caminho para a adequada ponderação dos interesses envolvidos.

Tratando-se de método que exige a verificação casuística da medida e legitimidade de cada interesse em conflito ou em potencial conflito, é imprescindível adequá-lo às necessidades econômicas, que são da essência da vida empresarial. Para dizer o óbvio, de nada adiantaria uma solução jurídica que viesse (em tese!) ao encontro da função social da empresa (art. 170, III, C.F.) se, ao mesmo tempo, contraria proteção a credores prevista em lei, gerando danos patrimoniais ao credor cujo direito foi desrespeitado e insegurança jurídica às relações empresariais, em desfavor dos próprios empresários.

Ilustre-se o problema: considere-se um credor a quem foram alienadas fiduciariamente determinadas máquinas que integram o ativo não circulante do devedor empresário, que ingressou com pedido

1 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 98 e ss.

2 A expressão stakeholders é empregada neste artigo em sentido amplo, como sinônimo de agentes, entidades ou pessoas titulares de interesse juridicamente relevante em face da atividade empresarial, sendo tais interesses oponíveis e exigíveis perante o titular da empresa.

de recuperação judicial, cujo processamento foi deferido na forma da lei. Visando financiar seu capital de giro, o devedor pede ao juiz e assim obtém decisão favorável que lhe permite alienar ditas máquinas a terceiro, impondo ao proprietário fiduciário que habilite seu crédito na recuperação judicial, na classe dos credores quirografários. O argumento da decisão judicial é no sentido de preservar a empresa (art. 47, da Lei nº 11.101/2005), que perderia sua viabilidade caso não fossem monetizados aqueles ativos.

Pergunta-se: é razoável quebrar o sistema da lei (art. 49, § 3º, c/c art. 50, § 1º, ambos da Lei nº 11.101/2005) e atentar contra a propriedade privada do credor sob o argumento genérico de preservação da empresa?

A resposta a essa pergunta é aqui ofertada nos seguintes termos: a ponderação axiológica do interesse jurídico, à luz da Constituição, exige cabal complementação para que se firmem suas consequências econômicas.

Para esse efeito, é importante projetar a análise proposta neste artigo em três diferentes perspectivas: (i) a coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005; (ii) a ponderação de interesses segundo o exame levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2-DF; e (iii) a conformação da interpretação constitucional ao imperativo de eficiência econômica.

Adiante, encontra-se o resultado desse trabalho.

2. A busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005.

Como bem sustenta Lorenzo Stanghellini, a disciplina jurídica da insolvência empresarial (considerada em seu sentido amplo, para compreender genericamente os diversos remédios processuais a que se pode recorrer em caso de crise empresarial segundo o sistema italiano) não se encontra isolada do sistema de valores estabelecido pelo ordenamento jurídico. Leia-se adiante a lição do jurista italiano:

Os procedimentos de insolvência, longe de ser uma ilha no sistema econômico e jurídico, são, ao contrário, uma importantíssima projeção desse sistema e com ele devem harmonizar-se. Cabe, portanto, a estes procedimentos manter e afirmar o sistema de valores que regulamenta em geral (e não somente em dado momento) a atividade econômica: não é admissível que, somente porque uma ‘empresa’ é insolvente, seja mudado ou derrubado o conjunto de incentivos para os investimentos sobre o qual se baseia todo o sistema. Tarefa mais difícil será, talvez, manter a coerência desse sistema mesmo diante de um contexto completamente diferente e que está exposto a oportunismos conflitantes. De fato, de uma parte existe o risco que, por causa do fato que os credores são fracos e pouco organizados, o ativo disponível seja utilizado para objetivos que encontram tutela em relação a acionistas bem organizados, e por outro, o risco, diametralmente oposto, de que, em nome da tutela dos credores, sejam sacrificados interesses que ao contrário eram tutelados anteriormente.³

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

3 Tradução do seguinte texto original: “Le procedure d’insolvenza, lungi dall’essere un’isola nel sistema economico e giuridico, sono di questo un’importantissima proiezione e con questo debbono armonizzarsi. Loro compito è dunque mantenere e affermare il sistema di valori che regola *in generale* (e non solo in quel momento) l’attività economica: non è pensabile che, solo perché un’impresa è insolvente, venga cambiato e stravolto l’apparato di incentivazione degli investimenti su cui si basa l’intero sistema. Il compito più difficile è, piuttosto, mantenere la coerenza di tale sistema anche in presenza di un contesto completamente diverso e che si presta a opposti opportunismi. Da un lato, infatti, vi è il rischio che, a causa del fatto che i creditori sono deboli e poco organizzati, l’attivo su cui essi debbono soddisfarsi venga impiegato per obiettivi che trovano tutela nei confronti di azionisti ben organizzati, e dall’altro il rischio, diametralmente opposto, che in nome della tutela dei creditori si sacrificino interessi che invece erano precedentemente tutelati”; STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 89-90).

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

Em outras palavras: tendo em conta as circunstâncias concretas, o intérprete deverá, quando diante de antagonismos inevitáveis, conferir aos princípios determinado peso ou importância, de modo *ponderado*.

Logo, a técnica da *ponderação de interesses* consubstancia ferramenta de inegável utilidade, tanto na obtenção do Direito, quanto na solução de litígios, por meio da aplicação direta dos princípios constitucionais, ponderados segundo as circunstâncias e os interesses que se apresentem. À vista dessa mecânica, facilita-se a superação de dogmas de subsistência injustificável e abre-se novo caminho para a conquista de resultados mais justos, igualitários e éticos nas relações humanas.

Na doutrina, há autores que se mostram sensíveis ao problema da ponderação de interesses no âmbito dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/2005, valendo citar as palavras de Jorge Lobo, que sustenta o seguinte:

Juridicamente, ponderação – de bens, de valores, de interesses, de fins ou finalidades, de princípios – significa ‘atribuir pesos a elementos que se entrelaçam’ com o escopo de ‘solucionar conflitos normativos’, sendo certo, como ensina Daniel Sarmento, que ‘a solução de conflito terá de ser casuística’ e estará ‘condicionada pelas alternativas pragmáticas para o equacionamento do problema’. No caso da recuperação judicial, a assembleia-geral de credores e o juiz da causa deverão entrega-se à ‘ponderação de fins’ – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos – pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’, p. ex.: (a) do interesse da empresa

e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa, pois, como ressaltam os franceses, os processos cursais são ‘procedimentos de sacrifício’, que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores. Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na ‘ponderação de princípios’ – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito – por meio do ‘teorema de colisão’ de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois ‘possuem uma dimensão de peso’, verificável caso a caso.⁴

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

Como exemplo de funcionamento do mecanismo de rearranjo de valores na recuperação judicial, cite-se a possibilidade de cerceamento da iniciativa privada, por meio da imposição do afastamento do devedor de seus negócios empresariais (art. 64).

Como se sabe, tal afastamento não ocorre discricionariamente, mas sim quando presente uma das causas previstas em lei. Esse mecanismo assegura, de antemão, a realização do valor da livre iniciativa privada, proporcionalmente à medida da contrapartida ofertada pelo devedor. Com exceção da *renúncia* do exercício da gestão, prevista no plano de recuperação (art. 64, VI), as hipóteses de afastamento remetem à situação de desídia do devedor na condução da empresa ou no cumprimento dos deveres processuais relacionados à recuperação judicial, bem como na hipótese de ter o empresário in-

4 LOBO, Jorge. Comentário ao art. 47 da Lei nº 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

corrido (comprovadamente ou em tese) em conduta caracterizada pela lei como crime. Nesses casos, o afastamento em questão se impõe como medida de conformação ao ordenamento constitucional.

Essa conformação exige que tal penalidade seja precedida do contraditório e do devido processo legal, franqueando ao devedor e aos administradores da sociedade empresária (art. 64, parágrafo único) o exercício da ampla defesa (art. 5º, LV, C.F.), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 64, incisos I (condenação por sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica, em que o contraditório foi previamente assegurado) e VI (afastamento voluntário, como acima observado).

Por conseguinte, a livre iniciativa econômica é, de certa forma, transitoriamente restringida, em virtude da (necessária) atuação do princípio da preservação da empresa.

O resultado dessa ponderação está longe de representar a negação à livre iniciativa econômica. Por isso se disse acima que não se trata de uma subordinação entre os princípios constitucionais em tela, mas sim de verdadeira *conformação*. Com efeito, a livre iniciativa seguirá sendo praticada por meio do gestor judicial, eleito pela assembleia-geral de credores e nomeado pelo juiz⁵, na forma do art. 65 c/c art. 35, I, “e”, da Lei nº 11.101/2005.

5 A lei não estabelece os pormenores relacionados à investidura do gestor judicial em seu cargo. No entanto, a gravidade da situação de afastamento do devedor, aliada à necessidade de exame judicial da existência de impedimento ou conflito de interesses do profissional eleito pela assembleia-geral de credores, sugerem que tal investidura seja precedida de nomeação ou homologação do nome indicado pelos credores. Atende-se dessa forma às exigências de indicação de profissional devidamente habilitado e preparado tecnicamente para liderar a gestão empresarial – segundo avaliação feita por critérios não jurídicos e, portanto, fora do domínio de atuação da autoridade judicial – bem como ao controle da legalidade da indicação, a bem da generalidade de interesses envolvidos no processo de recuperação. Caso assim não fosse, a lei não denominaria tal profissional como “gestor judicial”, mas sim como “gestor creditório” ou algo que se assemelhe a representante dos credores com função específica de gerir a empresa durante o período de afastamento, sem qualquer ingerência judicial nessa mecânica. Do

O exemplo vertente é feliz por possibilitar conclusões diferenciadas com origem em situações muito próximas. Assim, considere-se o caso da sociedade empresária em recuperação e não o empresário individual. Embora haja controvérsias na doutrina⁶, a hipótese de

contrário, quando se refere a “gestor judicial”, entende-se que a lei reconhece ao juiz poder para proferir a palavra final quanto à aprovação do nome indicado pelos credores, cabendo à autoridade judicial recusá-lo na hipótese de considerá-lo, fundamentadamente, inidôneo para o exercício da função, devolvendo aos credores a faculdade de indicação de novo nome. A doutrina pouco se ateu a essa problemática.

6 No mesmo sentido defendido neste artigo, acrescenta Jorge Lobo que: “*Ex vi* do art. 64, parágrafo único, o administrador de sociedade empresária, destituído por haver praticado qualquer das condutas discriminadas nos incisos I a V do art. 64, será substituído na forma prevista no contrato social ou nos estatutos sociais.” (LOBO, Jorge. *In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 168-169). Contra, Sérgio Campinho sustenta que: “Entretanto, poderá surgir situação singular, na qual a substituição na forma do ato constitutivo ou da lei não se venha mostrar factível, aflorando como solução o alijamento do próprio devedor pessoa jurídica. Seria o caso de uma sociedade empresária, sob forma de sociedade limitada, formada por dois sócios, cabendo a ambos a administração e não estando permitida no contrato social a designação de administrador estranho ao corpo social. Incursos ambos os sócios-administradores em previsões legais ensejadoras da destituição, não havendo como proceder a substituição, o resultado será que a sanção recaia sobre a própria sociedade [...] Apartado o devedor, pessoa natural ou jurídica, do exercício de sua empresa, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre a escolha do gestor judicial a quem caberá assumir a administração das atividades.” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.153-154). Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho entende que a lei visa estabelecer duplo regime de administração, sendo o gestor judicial nomeado para os deveres processuais e a administração da sociedade eleita na forma de seus atos constitutivos para a gestão empresarial propriamente dita. Confira-se adiante sua sustentação: “Ao gestor compete dirigir a atividade econômica e implementar o plano de recuperação, após sua aprovação. Ele passa a ser o representante legal da sociedade devedora nos atos relativos à gestão da empresa (assinatura de cheques, contratação de serviços, compra de insumos, prática de atos societários etc.). O gestor não torna, porém, o representante da sociedade em recuperação para todos os fins. Nos atos relativos à tramitação do processo de recuperação judicial, a sociedade devedora continuará sendo representada nos termos de seus atos constitutivos. Assim, destituídos, por exemplo, todos os diretores, caberá aos sócios da limitada ou ao órgão competente da anônima (Assembleia-geral dos acionistas ou Conselho de Administração) a eleição dos substitutos. A esses competirá, por exemplo, apresentar o plano de recuperação (se ainda não havia sido apresentado), prestar informações ao administrador judicial ou ao juiz, apresentar os relatórios etc. Essa duplicidade de representação prevista na lei é desastrosa. Será, certamente, fonte de inúmeras disputas e indefinições, capazes até mesmo de paralisar a empresa

afastamento não se dirige contra a sociedade, mas sim contra seus administradores, os quais, no entanto, devem ser substituídos na forma dos atos constitutivos da pessoa jurídica.

No que se refere às companhias, o acionista controlador permanecerá titular da prerrogativa de eleger a maioria da administração (art. 116, da Lei nº 6.404/1976). Pode-se discutir aqui quem seria o titular do valor da livre iniciativa – se o controlador ou a companhia devedora – mas é certo afirmar que, tendo em vista o poder que tem o acionista controlador de dar a destinação econômica aos bens de produção, na prática tal acionista controlador concentra grande parte daquilo que se entende por livre iniciativa econômica, porquanto figura ele na posição de empreendedor e promotor da atividade executada pela companhia e realizada, formalmente, por sua administração.

Pois assim, no caso de exercício de poder pelo acionista controlador, a livre iniciativa será cerceada em grau notoriamente inferior se comparado com o caso do empresário individual, ainda que ao controlador seja imputada a prática de crime em tese, fato que, segundo uma razoável interpretação do art. 64, não chega a produzir a sanção de afastamento da administração, muito embora, a rigor, atentando-se para a coerência sistemática da lei, devesse produzi-la, sobretudo à vista da equiparação de que trata o art. 179⁷.

No entanto, não tendo a lei sido expressa na referida sanção ao acionista controlador, não há que se falar em sua substituição pelo gestor judicial, o que pressupõe a prevalência da livre iniciativa, apenas brevemente ajustada para contemplar a interferência de credores

e comprometer o esforço despendido em busca de sua recuperação.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178-179).

7 “Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.”.

(por meio do Comitê), do administrador judicial e do juiz quanto à destituição dos administradores eleitos pelo sócio controlador, observando-se que, quanto a credores e administrador judicial, sua prerrogativa limita-se a provocar, no exercício de seu poder-dever de fiscalização, o pleito de afastamento da administração, cuja apreciação é privativa do juiz (art. 64, parágrafo único).

A interferência de credores, que acima se observa, funda-se tanto no princípio da preservação da empresa quanto no princípio de tutela à propriedade privada, mais precisamente à propriedade do crédito. A atuação desses princípios justifica as limitações impostas ao controlador no gozo da livre iniciativa.

Outro exemplo positivo a ser citado, a propósito da *ponderação de interesses*, no âmbito da recuperação judicial, corresponde à exigência legal de apresentação de certidão negativa de débitos tributários pelo devedor, a fim de que o juiz esteja apto a conceder a recuperação, após a aprovação do plano em assembleia-geral de credores (art. 57 e art. 58, da Lei nº 11.101/2005). Há aqui nítida confrontação de interesses fazendários e de outros interesses decorrentes do exercício da empresa, que fundamentam sua função sócio-econômica e legitimam sua preservação (art. 47). O exercício da *ponderação* pelos tribunais brasileiros vem produzindo decisões no sentido de se conceder a recuperação independentemente da apresentação daquelas certidões⁸.

8 SALAMACHA, Eli. Débitos Fiscais e a Recuperação Judicial de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 140, p. 118-125, out-dez. 2005. Em geral, tem-se reconhecido o direito à concessão da recuperação judicial independentemente da apresentação de certidões negativas fiscais. Cite-se ainda, dentre muitos outros casos, a recuperação judicial da Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, cuja recuperação é processada pelo juízo da 3ª Vara Cível de Embu, Estado de São Paulo, que lhe concedeu a recuperação por meio de decisão proferida em 15.05.2007 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 3ª Vara Cível de Embu. Processo nº 176.01.2005.017032-1, julgado em 15 mai. 2007). Cite-se, ainda, a opinião de Manoel Justino Bezerra Filho, que sustenta o seguinte: “As primeiras decisões relativas ao art. 57 já apontam no esperado sentido da criação de uma jurisprudência que atenua o rigor da Lei e torne viável sua aplicação. Tais decisões acabaram concedendo a recuperação, independentemente do cumprimento do art. 57, sob os mais diversos fundamentos. Entendeu-se que, já que as exe-

Pelo que se disse nestas notas, a busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005 passa necessariamente pelo caminho da aplicação cotidiana da norma vis-à-vis os problemas e conflitos gerados no âmbito da crise empresarial. Está-se diante de verdadeiro *canteiro de obras* tendente à reconstrução de um *direito da crise empresarial*, simultaneamente mais humano e mais eficiente, que deverá procurar dosar os valores abstratamente previstos na norma à complexidade das situações vivenciadas pela sociedade humana.

E o mais apaixonante dessa reconstrução é o fato dela se manifestar na atualidade com respeito a diversos sistemas jurídicos, como observado por Lorenzo Stanghellini, nas seguintes palavras:

A matéria dos procedimentos de insolvência é, tradicionalmente, um campo aberto. Mais do que outros setores do direito, e até mais do que outros setores do direito econômico, de fato, ela é influenciada pelas mudanças contínuas da realidade social. Por destinar-se a regulamentar a crise e a insolvência de devedores-empresários e, sempre mais difusamente, de devedores-consumidores, ela é influenciada pelos seguintes fatores (vou listar apenas os mais significativos): como é organizada a produção [...] como é financiada a produção [...] como a componente de dívida é estruturada [...] como é estruturada a componente de capital de risco [...] o que e como produzem as empresas [...] em que medida são geralmente tuteladas as razões dos credores [...] qual é a taxa de poupança [...].⁹

cuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial (§7º do art. 6º), a própria Lei dispensa a prova de quitação do tributo. Também foi entendido que o inciso II do art. 52, ao dispensar a apresentação de certidões negativas para que o devedor em recuperação com débitos tributários em aberto. Entendeu-se também que o art. 57 não estabelece qualquer sanção para o caso de não apresentação de certidão negativa, de tal forma que não há como exigir tais certidões”. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação e Falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 176).

9 Tradução do trecho adiante transcrito: “La materia delle procedure d’insolvenza è, tradizionalmente, un cantiere aperto. Più di altri settori del diritto, e persino più di altri settori di diritto dell’economia, infatti, essa è influenzata dai continui mutamenti della realtà sociale. Dato che essa è destinata a regolare la crisi e l’insolvenza di debitori-imprenditori e, sempre più diffusamente, di debitori-consumatori, essa risente dei seguenti fattori (e ne elenco solo i più signifi-

Com efeito, Lorenzo Stanghellini cita, ao final de sua argumentação, a reconstrução do *direito da crise empresarial* no mundo, como consequência de relevantes mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas nos últimos anos do século passado e nos primeiros deste século, que levaram muitos países a reformar, total ou parcialmente, sua legislação: a Alemanha em 1994 (com uma lei que vigora a partir de 1999), a Bélgica em 1997, a Holanda em 1998, a Inglaterra em 2000 e novamente em 2002, a Espanha em 2003, a Itália em 2004, o Brasil, a França e de novo a Itália em 2005 e, embora com uma intervenção de dimensão limitada, a Itália em 2007 e a França em 2008. Segundo aquele autor, em cada país o debate foi longo e frequentemente trabalhoso, assim como quase sempre é controvertido o juízo sobre as inovações¹⁰.

Nessa importante atividade de reconstrução de um *direito da crise empresarial* brasileiro, um passo digno de nota corresponde ao julgamento ocorrido em 2009 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, lançando mão da ponderação de princípios centralizadores da ordem econômica brasileira – com destaque para a função sócio-econômica da empresa – entendeu pela constitucionalidade de variadas normas dispostas na Lei nº 11.101/2005, conforme adiante se comenta.

cativi): come la produzione è organizzata [...] come la produzione è finanziata [...] come è strutturata la componente di debito [...] come è strutturata la componente di capitale di rischio [...] cosa e come le imprese producono [...] quanto sono generalmente tutelate le ragioni dei creditori [...] qual è il tasso di risparmio [...]” (STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 337-339).

10 Segundo a sustentação originalmente articulada por Stanghellini: “È in conseguenza di grandi cambiamenti economici, politici e sociali avvenuti in tutto il mondo che negli ultimi anni del secolo scorso e nei primi anni del corrente secolo moltissimi paesi hanno riformato, totalmente o parzialmente, le loro legislazioni: la Germania nel 1994 (con una legge entrata in vigore nel 1999), il Belgio nel 1997, i Paesi Bassi nel 1998, il Regno Unito nel 2000 e nuovamente nel 2002, la Spagna nel 2003, l'Italia nel 2004, il Brasile, la Francia e ancora l'Italia nel 2005, nel 2006 e, seppure con un intervento di dimensioni limitate, nel 2007. In ogni paese il dibattito è stato lungo e spesso travagliato, così come quasi sempre controverso è il giudizio sulle innovazioni.” (STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 340).

3. A ponderação de interesses na Lei nº 11.101/2005 segundo o Supremo Tribunal Federal.

Em sessão realizada em 27.05.2009, o Supremo Tribunal Federal enfrentou diferentes arguições de inconstitucionalidade da Lei nº 11.101/2005, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2-DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, que contou com a atuação proativa da Confederação Nacional da Indústria, na posição de *amicus curiae*.

Segundo o relatório do acórdão, o autor da ação impugnou os arts. 60, parágrafo único, 83, I e IV, “c”, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, por entender incompatíveis com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Preliminarmente, foi alegada inconstitucionalidade de natureza formal, pois os referidos dispositivos teriam disciplinado matéria relativa à “despedida arbitrária ou sem justa causa”, por lei ordinária, a qual, no entender do demandante, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Constituição.

Tal argumento foi frontalmente rejeitado pelo Supremo Tribunal, que entendeu a esse propósito que, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para reger a dispensa imotivada. Segundo o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, esse tema não constitui objeto da Lei nº 11.101/2005, cujo escopo, conforme sustentou, restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de seus credores. Expôs ainda o Relator o seguinte:

Mesmo que se considere que a eventual recuperação ou falência da certa empresa ou, ainda, a venda de seus ativos acarrete, como resultado indireto, a extinção de contratos de trabalho, tal efeito subsidiário nada tem a ver com a ‘despedida arbitrária ou sem justa causa’,

que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador”, dizendo ainda que “o rompimento do vínculo empregatício, naquelas hipóteses, resulta da situação excepcional pela qual passa a empresa, ou seja, por razões de força maior, cujas conseqüências jurídicas são, de há muito, reguladas por norma ordinária, a exemplo do art. 1.058 do antigo Código Civil, e do art. 393 do novo Codex, bem assim dos arts. 501 a 504 da Consolidação das Leis do Trabalho.¹¹

Quanto à inconstitucionalidade de ordem material, o Partido Democrático Trabalhista sustentou que aqueles dispositivos, ao liberarem os arrematantes das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Constituição.

Adicionalmente, o autor da ADI nº 3.934-2 argumentou que a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos violaria a garantia do direito adquirido, a par de ser vedado tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, conforme arts. 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

Coerentemente ao defendido neste artigo, o Supremo Tribunal recorreu explicitamente à ponderação de interesses, a fim de apreciar as supostas inconstitucionalidades da Lei nº 11.101/2005.

Confira-se adiante valioso trecho do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cuja premissa é a interpretação da Lei nº 11.101/2005 segundo valores e princípios constitucionais:

Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os traba-

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 3.934-2-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mai. 2009.

lhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.

Não prospera, assim, o argumento de que os dispositivos impugnados regulam “ato jurídico que gera a extinção automática do contrato de trabalho” (fl. 14), mesmo porque, como nota Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa coletiva de empregados não figura, no art. 50 da Lei 11.101/2005, como um dos meios de recuperação judicial da empresa Conheço, pois, da ação, adiantando, todavia, que não identifique a inconstitucionalidade aventada pelo requerente quanto aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05.

Primeiro, porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada. Depois, porque não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. Mas, mesmo assim, não seria possível falar, no dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva, “nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção”, visto ter o legislador ordinário, apenas, estabelecido, nas palavras de Robert Alexi, “relações de precedência condicionada”.

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são as ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igual-

mente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inoccorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.¹²

Na busca pelo melhor resultado da ponderação de interesses, o Relator caminha pela argumentação segundo a qual a prioridade da Lei nº 11.101/2005 é justamente viabilizar a manutenção das fontes de produção e, assim o fazendo, assegurar, tanto quanto possível, o maior número de postos de trabalho, de modo que as regras acoimadas como inconstitucionais pelo autor da ação se propõem a funcionar como protetoras do pleno emprego, ainda que aparentemente tenham caráter restritivo. Leia-se adiante outro trecho da dita argumentação, por sua relevância e conexão com o método interpretativo aplicado no presente trabalho:

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada – autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior. [...] O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 3.934-2-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mai. 2009.

[...] Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a incorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.¹³

No que se refere ao limite de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, fixado pelo art. 83 da Lei nº 11.101/2005, o teor da decisão do Supremo Tribunal brasileiro é particularmente interessante para efeitos deste ensaio, porquanto examina o problema tanto à luz da tábua de valores constitucional, quanto em consideração aos aspectos econômicos daquela limitação, concluindo que, sob o enfoque da satisfação dos direitos de credores trabalhistas, os indicadores disponibilizados por meio de pesquisas realizadas ao tempo de aprovação da lei davam mostra de que a maior parte desses créditos circunscrevia-se a montante inferior a 150 salários mínimos, de sorte que o dispositivo em tela atende plenamente à função sócio-econômica da preferência trabalhista. Leiam-se adiante as palavras empregadas no voto do Relator:

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirográficos, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocor-

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Loc. cit.*

rendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional. [...]

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado. Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a “legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram. [...]

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Eco-

nômicos do Senado Federal, 'o limite superior de 150 salários mínimos [...] afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades'.

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos. Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência [...]

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico.

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.¹⁴

De fato, o único ponto de divergência na votação foi o problema do teto previsto no art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005. Para o ministro Carlos Ayres Britto, uma interpretação sistêmica da Constituição Federal não permitiria uma limitação na preferência para pagamento de créditos trabalhistas, que deve ser integralmente preferencial. Já o ministro Marco Aurélio afirmou que a regra representa uma vinculação do salário mínimo, ou seja, uma indexação, vedada pelo inciso IV do artigo 7º da Constituição. Pelos argumentos expostos no voto do Ministro Ricardo Lewandowski e por aqueles articulados neste artigo,

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Loc. cit.*

bem se vê que tais ponderações não são suficientes para inquinar as comentadas normas legais, como aliás entendeu a maioria do Pleno do Supremo Tribunal.

Sem dúvida, o comentado julgamento da ADI nº 3.934-2 representou importante vitória para as classes empresarial e jurídica brasileiras, reafirmando, dessa forma, a coerência e adequação da Lei nº 11.101/2005 aos valores constitucionais, após o estabelecimento de amplo contraditório, com participação efetiva de entidades de classe com atuação no âmbito nacional (Sindicato Nacional dos Aeroviários e Confederação Nacional da Indústria – CNI, admitidos ambos como *amicus curiae*), bem como por meio do emprego consistente da técnica da ponderação de interesses, como acima reproduzido.

4. A interpretação à luz da Constituição e os riscos de seu desvirtuamento.

A importância de se comentar as bases da adequada interpretação à luz da Constituição advém principalmente da possibilidade de mal-uso do método, produzindo a deturpação de determinados conceitos (como o da função social da empresa), como já se verificou em alguns casos de recuperação judicial.

Convém citar a recuperação judicial da Guimarães Agrícola Ltda. e sociedades a ela coligadas, com sede na cidade de Lucas do Rio Verde, Estado do Mato Grosso voltada para a produção e venda de soja e algodão.

Determinado credor adquiriu, no ambiente de negociação da CETIP S/A – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (“CETIP”), Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (“CDCA”). Os CDCAs foram lastreados por Cédulas de Produto Rural (“CPRs”), de livre negociação, representativas de produto rural empenhado em favor do credor (soja em grãos), constituindo-se em promessa de pagamento em espécie nas quantidades pactuadas diretamente nas referidas cédulas.

Com a colheita dos grãos a que se referiam as CPRs (que, em regra, deve ocorrer antes do vencimento da CDCA), o CDCA teve suas garantias complementadas por Certificados de Depósito do Agronegócio (“CDA”) e *Warrants* do Agronegócio (“WA”), emitidos pelo armazém geral a quem coube não apenas o depósito dos produtos, como também o chamado “monitoramento” de sua venda, por meio de contrato assinado com o devedor e com instituição financeira. A mecânica da operação previa, assim, uma “conta vinculada” perante a qual foram depositados os valores resultantes da venda da soja depositada no armazém geral.

Em 03.07.2009, a Guimarães Agrícola Ltda. apresentou pedido de liberação das garantias reais consubstanciadas no penhor agrícola sobre a soja colhida na safra 2008/2009 e sobre o produto de sua venda, que se encontrava depositado em conta bancária vinculada à satisfação do título do credor, conforme as bases da operação financeira que havia sido estruturada. Tal pleito foi acolhido pelo Juízo da recuperação, por meio da decisão liminar proferida nos seguintes termos:

[...] No caso dos autos, a substituição e liberação das garantias ofertadas pelas recuperandas mostra-se necessária, para que se atinjam os fins da recuperação judicial, do mesmo modo que atende ao espírito que norteou o legislador ao editar a nova Lei de Falências.

Isso porque, a manutenção das garantias certamente colocará em risco a continuidade do exercício de sua atividade empresarial. Em outras palavras, a manutenção de mecanismos contratuais que permitam a retenção das garantias coloca em sério risco o sucesso da recuperação e, em última análise, da própria empresa, de tal sorte que o levantamento de tais travas mostra-se, por ora, imprescindível.

Como sabido, emerge do ordenamento jurídico o princípio da preservação da empresa, decorrente de sua função social, consagrada, implicitamente, na Constituição Federal. Aliás, o parágrafo 5º do artigo 49 da LRF permite a substituição ou renovação de garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial, aplicando-se, ainda que analogicamente, à hipótese vertente. Não se está, com isso, negando validade a cláusula contratual livremente pactuada entre as partes. O que se busca, repita-se, é a adequação de tais contratos ao

sistema jurídico que protege a empresa, conferindo-lhes interpretação conforme os princípios acima mencionados, além dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que regem os contratos em geral (artigos 421 e 422, ambos do Código Civil). Nem se discute, por ora, a natureza da garantia estatuída em favor dos credores, se real ou meramente pessoal. O que se tem é, mais uma vez, a necessidade de se levantarem quaisquer mecanismos impeditivos do fluxo de capital para o caixa da empresa, garantindo-se, com isso, a consecução das finalidades da recuperação judicial e o pagamento de dívidas.

[...] Portanto, e em resumo, considerando-se que o espírito da Lei 11.101/05 é preservar a empresa em crise, evitando-se, quanto possível, a decretação da falência, é que o pedido deve ser acolhido, desde que mantidas, todavia, garantias suficientes aos credores em caso de quebra da empresa devedora. E, no caso, verifica-se que foram prestadas, em substituição, garantias idôneas que garantem o crédito dos credores.

[...] Eventual dissentimento dos credores quanto à possibilidade da substituição e liberação das garantias ofertadas pela devedora possui um só fundamento, qual seja, que nenhum ativo da empresa recuperanda seja disponibilizado, buscando, assim, impedir a venda de qualquer bem, eis que no caso de quebra da empresa, aqueles bens serviriam para futura venda e pagamento aos credores. Essa seria a natural tendência do mercado e culminaria na falência da devedora. Não houvesse um regramento legal que impedisse tal irracional solução, fatalmente isso ocorreria. Todavia, há uma lei que busca preservar empresas que passam por crise financeira. Permitir que tal cenário ocorra é enterrar de vez a tentativa legal de proteção e incentivo à atividade econômica visada pela Lei 11.101/05, em seu art. 47.

[...] DEFIRO o pedido de fls. 1827/1844, e autorizo a substituição das garantias mencionadas às fls. 1841/1843, pelo produto da safra 2009/2010, assim como pelos imóveis colacionados às fls. 2048 e seguintes, nas partes em que não há gravame. Defiro a liberação das garantias conforme pleiteada, a fim de que seja viabilizada a continuidade dos trabalhos dos devedores.¹⁵

15 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Juízo da 3ª Vara de Juízo de Lucas do Rio Verde. Processo de Recuperação Judicial nº 218/2009, julgado em 7 jul. 2009.

Cabe registrar que tal decisão afrontou texto expresso de lei, especificamente o art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, que determina a aprovação expressa pelo credor titular de garantia real, em caso de alienação do bem que lhe sirva de objeto ou da supressão da garantia ou da sua substituição.

No caso em tela, os efeitos da decisão alcançaram contornos mais graves pelo fato do credor ser titular de propriedade fiduciária das fazendas do produtor rural e de quantidade significativa de maquinário, razão pela qual sequer poderia estar sujeito aos efeitos da recuperação judicial, com exceção da retomada dos bens de capital considerados essenciais ao exercício da atividade (art. 49, § 3º).

Interposto agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, a legalidade da situação foi restabelecida, por força de decisão que reconheceu não apenas afronta ao disposto aos arts. 50, § 1º e 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, como também a prevalência de seu art. 193. Leia-se adiante a ementa do acórdão:

Recurso de agravo de instrumento – Recuperação judicial — Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) — Liberação e substituição das garantias e valores vinculados — Impossibilidade — Garantias por alienação fiduciária — § 3º do artigo 49 da Lei 11.191/2005 — Câmaras de serviços de compensação e de liquidação financeira — CETIP S.A. — Artigos 193 e 194 da lei de regência — Substituição de garantia — Necessidade de anuência do credor — Inteligência do § 1º do artigo 50 — Recurso provido.

Por força do § 3º, art. 49, da Lei nº 11.101/05, o crédito garantido por alienação fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Os Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) que se encontram registrados no âmbito das Câmaras de Serviços de Compensação e de Liquidação Financeira, a exemplo da CETIP S.A., não estão sujeitos aos ditames da Lei 11.101/05, conforme disposto nos arts. 193 e 194. A liberação de garantias somente poderá ocorrer em situações excepcionais, e ainda assim, posteriormente à apresentação do plano de recuperação, bem como mediante aprovação ex-

pressa do credor titular da respectiva garantia, inteligência do § 1º do art.50, da Lei 11.101/05.¹⁶

Vale ainda reproduzir os importantíssimos argumentos compreendidos pela Relatora:

Nota-se que na longa, porém, vaga e genérica decisão agravada não há qualquer descrição, relação e especificação dos bens constantes dos gravames garantidores do CDCA nº 02/2008 que foram objeto da liberação/substituição [...] fato que por si só, afronta o próprio ordenamento jurídico que rege a recuperação judicial, gerando inclusive, insegurança jurídica entre os litigantes, além de macular a própria prestação jurisdicional.

Na concepção do Juízo singular, foi necessária a substituição e a liberação das garantias ofertadas, para que se atinja o fim da recuperação judicial, nos termos do artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, para que atenda ao “espírito que norteou o legislador ao editar a nova Lei de Falências” e porque “a manutenção de mecanismos contratuais que permitam a retenção das garantias coloca em sério risco o sucesso da recuperação e, em última análise, da própria empresa, de tal sorte que o levantamento de tais travas mostra-se, por ora, imprescindível” (sic, fls. 84-TJ).

De longe se constata sem qualquer embargo que a decisão singular não observou os dispositivos legais que regem a matéria, principalmente os que prevêm a exclusão do rol de credores da recuperação judicial, os bens que estejam garantidos por alienação fiduciária e os registrados e negociados perante a CETIP S/A.

Portanto, não pairam dúvidas acerca da aplicabilidade plena do dispositivo acima citado se o negócio jurídico encontra-se garantido por alienação fiduciária. Logo, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, devendo prevalecer as regras estipuladas na avença. No tocante aos créditos das CDCAs, como já dito alhures, estes foram adquiridos pela agravante no Mercado de Balcão junto à

16 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 74.498/2009. Relatora Desembargadora Marilsen Andrade Addario, julgado em 19 out. 2009.

CETIP S/A [...] pelo que, igualmente não estão sujeitos à recuperação judicial.

Se não bastasse tudo isso, outro ponto importante que não pode ser esquecido é de que a renovação ou substituição das garantias somente poderá ser admitida em casos excepcionais e mediante aprovação expressa do credor titular da garantia, conforme estabelece o art.50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

De outro lado, ainda que se faça necessária a captação de recursos de forma a favorecer a recuperação judicial, conforme salientado pelo i. Magistrado *a quo*, tal providência não pode prejudicar ainda mais os credores, colocando seus créditos em risco (inclusive de terceiros), já que o *decisum* determinou, dentre outras autorizações, a substituição de garantia em dinheiro (crédito em conta corrente) ou safra já colhida por safra a ser plantada e que já foi dada em garantia no CDCA nº 01/2009 ou ainda por imóveis avaliados pela própria parte agravada (fls. 435/437-TJ – Vol. III).

Por fim, é importante lembrar que não foi intenção do legislador burocratizar a recuperação empresarial, mas garantir que ela seja transparente, lícita e economicamente eficaz, de um lado valorando os direitos sociais individuais, mas de outro sem extrapolar a esfera dos interesses econômicos envolvidos, mormente do mercado financeiro que gira ao redor das recuperandas. Por tais razões é que função social atribuída à recuperação judicial tem seus limites.¹⁷

A decisão do Tribunal restaurou a legalidade constitucional no caso em tela, uma vez que reconheceu a prevalência do direito de propriedade do crédito objeto da garantia. Na sequência dessa decisão, credor e devedor celebraram transação, aparando suas arestas no exercício da autonomia privada.

Logo, infere-se que a interpretação constitucional deve ser realizada com o propósito imprimir coerência ao sistema previsto na Lei nº 11.101/2005, não se admitindo que: (i) produza efeitos contrários a interesses devidamente tutelados pela lei e que encontram legi-

17 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 74.498/2009. Relatora Desembargadora Marilsen Andrade Addario, julgado em 19 out. 2009.

timação no próprio texto constitucional e, ainda; (ii) atente contra a essência econômica das relações empresariais, cuja eficiência deve ser considerada na construção da solução jurídica, como adiante melhor comentado.

5. Convergência entre a interpretação conforme a Constituição da República e o imperativo de eficiência econômica no âmbito da atividade empresarial.

Se por um lado é imprescindível formar o raciocínio com a antecipada valoração da norma, à luz da ética e de princípios constitucionais, por outro lado é igualmente irrenunciável zelar pela sua efetividade e compatibilidade com as circunstâncias concretas das relações patrimoniais privadas, que evidenciam conteúdo econômico.

Por essa razão, deve-se aliar o método da interpretação à luz da Constituição à consequência econômica das soluções jurídicas que dele decorrem.

Evidentemente, não se tenciona elevar o substrato econômico da relação jurídica a patamares absolutos, tal como parecem pretender os seguidores da chamada *Escola de Chicago*, ao circunscrever as relações humanas às inexoráveis soluções produzidas pelo cálculo¹⁸.

18 A chamada *Escola de Chicago* dispensa pormenorizados comentários, tendo em conta a incontestável difusão que alcançou no pensamento jurídico atual, inclusive em países de cultura jurídica romano-germânica. No entanto, para que se identifique nestas notas a referência doutrinária da análise econômica do direito, veja-se, por todos, COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 1990. No Brasil, tal ponto de vista conta com adesão de não muitos acadêmicos, valendo citar Rachel Sztajn, autora de artigos que versam sobre a interpretação de problemas jurídicos à luz da *análise econômica do direito*, valendo citar os seguintes: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, D. A economia e o direito de propriedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 126, p. 112-116, 2002; SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 133, p. 7-31, 2004; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, D. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, v. 01, p. 1-15.

Diga-se de passagem, significativa doutrina oferta resistência à *análise econômica do direito* por entender que esse método propugnaria a prevalência do conteúdo econômico em face da ética¹⁹.

Trata-se, portanto, da busca por uma posição de equilíbrio, colocando à prova a solução de problemas jurídicos, à vista de suas conseqüências econômicas. Como bem verbalizado por Ricardo Luis Lorenzetti, o método jurídico deve se ater (também) às conseqüências e aí a interpretação econômica cumpre papel relevante, porquanto, não há como negar, a economia se apresenta como poderosa ferramenta na quantificação dos custos de tal ou qual solução²⁰.

Adicionalmente, ressalte-se que a interpretação econômica dos fatos e institutos jurídicos é imperativo metodológico no âmbito do Direito Empresarial, à luz do art. 966, do Código Civil, que pontua a finalidade econômica como elemento essencial da atividade empresária.

19 A *análise econômica do direito* é objeto de crítica de acadêmicos com forte influência no pensamento norte-americano. Confira-se, nesse sentido, a extensa argumentação de Ronald Dworkin, em seu trabalho *Justice in Robes*: “We hear, wherever we turn, the injunctions and disclaimers of the post-modernists, the pre-structuralists, the deconstructionists, the critical legal students, the critical race scholars, and a thousand other battalions of the anti-theory army. Some say that theory is phony, and others that it is oppression, and many that it is both. I shall concentrate, however, not on the, let’s say, more erudite and fantastical members of the anti-theory horde, even within law schools, but on relatively mainstream critics. That is why I have taken the Chicago School, and particularly Judge Posner and Professor Sustain, as examples. The arguments that they and others of similar opinion make against the use of moral or abstract theory in legal argument can usefully, I think, be shepherded under the following three headings: metaphysical, pragmatic, and professional [...] Every contemporary democracy is a divided nation, and our own democracy is particularly divided. We are divided culturally, ethnically, politically, and morally. We nevertheless aspire to live together as equals, and it seems absolutely crucial to that ambition that we also aspire that the principles under which we are governed treat us as equals [...] We cannot pursue that indispensable ambition unless we undertake, when necessary, to ascend high enough in our collective deliberations, to test our progress in the direction. We must undertake that sovereign duty if we claim a rule of law that is not just an instrument for economic achievement and social peace, but an emblem and mirror of the equal public regard that entitles us to claim community.” (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p.73-74).

20 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 398-399.

Em uma palavra, tudo leva a crer que uma solução teórica e antieconômica seria inoperante no âmbito empresarial e contrária à estrutura jurídica da empresa e à própria Constituição, porquanto ofenderia o sistema capitalista baseado na livre iniciativa privada (art. 1º, IV e art. 170, *caput* e inciso II).

Ilustrando-se o que é dito, seria o mesmo que defender a possibilidade de recuperação judicial que se mostre inviável economicamente, baseando aquela defesa no princípio constitucional da função social da propriedade (art. 170, III, C.F.). Essa incongruência demonstra claramente a indispensabilidade de se compatibilizar a interpretação constitucional com a leitura econômica dos fatos jurídicos.

Tais reflexões são contextualizadas nos planos legal e constitucional brasileiros, para que sejam valoradas e absorvidas adequadamente pelo sistema normativo em vigor, dentro de um critério de coerência e em harmonia com a cultura jurídica brasileira.

A influência da economia no pensamento jurídico não deve se sobrepôr ao próprio *Direito* objeto de análise e aos métodos empregados pela Ciência do Direito para fundamentar e articular dita análise. Nesse sentido, não são apresentadas neste artigo fórmulas e equações matemáticas destinadas a explicar determinadas relações jurídicas firmadas entre companhia e seus credores. A Ciência do Direito é aqui examinada como ciência essencialmente humanista e, por isso mesmo, sujeita inflexões próprias do comportamento humano, de modo que não seria possível delimitar o discurso jurídico pelo cálculo matemático, ainda que tendente a fixar os *custos* de uma relação jurídica em face de outra.

A esse respeito, é válido transcrever as palavras ensaiadas por Calixto Salomão Filho:

É, portanto, necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário, como se verá [...] Isso é um ponto muito impor-

tante que distingue a análise econômica aqui empreendida de uma pura e simples aplicação da teoria da eficiência. Entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente, mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam.²¹

Em suma, considerando-se a supremacia da força normativa da Constituição, admite-se, para fins metodológicos, a primazia da interpretação constitucional das normas que disciplinam a atividade econômica privada, bem como a procedibilidade do argumento que defende a aplicação direta das normas constitucionais às relações patrimoniais privadas²². Essa orientação é complementada pelo “crivo da adequada exequibilidade”, isto é, pelo esforço investigativo que tende a afastar a solução jurídica que se mostre antieconômica e, portanto, não contribua para o fortalecimento da atividade empresarial brasileira.

No fim, trata-se de um exercício que retorna às balizas estabelecidas pela tábua axiológica da Constituição, uma vez que opera na concretização do princípio da livre iniciativa, como antes ressaltado.

6. Conclusão.

De todo o exposto, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

(i) o problema maior no âmbito da crise empresarial consiste em manter a coerência do ordenamento, a partir da justa tutela de um ou outro interesse cujo titular esteja em posição adequada para buscar a dita proteção;

21 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 39-41.

22 Vide, por todos, TEPEDINO, Gustavo J. M. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua Eficácia nas Relações Jurídicas Privadas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 100, p. 153-167, dez. 2005.

(ii) a busca pela coerência sistemática passa, pois, pela definição do *melhor interesse*, devendo ser realizada à luz do sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal e à vista das circunstâncias concretas que determinarão o caminho para a adequada ponderação dos interesses envolvidos;

(iii) tratando-se de método que exige a verificação casuística da medida e legitimidade de cada interesse em conflito ou em potencial conflito, é imprescindível adequá-lo às necessidades econômicas, que são da essência da vida empresarial;

(iv) adicionalmente, frise-se que a interpretação econômica dos fatos e institutos jurídicos é imperativo metodológico no âmbito do Direito Empresarial, à luz do art. 966, do Código Civil, que pontua a finalidade econômica como elemento essencial da atividade empresarial;

(v) logo, a ponderação axiológica do interesse jurídico, à luz da Constituição, exige cabal complementação para que se firmem suas consequências econômicas;

(vi) essa complementação deve ser operada de modo criterioso, de sorte que a influência da economia no pensamento jurídico não se sobreponha ao próprio *Direito* objeto de análise e aos métodos empregados pela Ciência do Direito para fundamentar e articular dita análise.

**NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS**

**O TRUST E O DIREITO BRASILEIRO
PATRIMÔNIO SEPARADO E TITULARIDADE
FIDUCIÁRIA¹**

**THE TRUST AND THE BRAZILIAN LAW
SEPARATE FUND AND TRUST TITLE IN PROPERTY RIGHTS**

Milena Donato Oliva

Resumo: O instituto do *trust* comumente é interpretado a partir da noção, desconhecida no direito brasileiro, de desmembramento da propriedade, o que obstaculiza a incorporação de seus principais efeitos pelo legislador pátrio. Todavia, na esteira da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Desses, a figura do *trust* pode ser compreendida a partir dos expedientes da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, dos quais se vale o legislador brasileiro para a promoção de importantes funções mercedoras de tutela, como no caso da securitização de créditos imobiliários e nos fundos de investimento imobiliário. Na medida em que os mecanismos da separação patrimonial e da titularidade fiduciária coadunam-se ao sistema jurídico brasileiro e podem possibilitar que os principais efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia sejam alcançados, o legislador pátrio, se reputar conveniente, pode in-

1 Para uma análise aprofundada do *trust* a partir da temática mais ampla do patrimônio e da separação patrimonial, v. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, com ampla bibliografia.

corporar importantes efeitos do *trust*, como países da América Latina procuraram fazer por meio da figura do fideicomisso.

Palavras-chave: *Trust*, propriedade, patrimônio, segregação, titularidade, responsabilidade, universalidade de direito.

Abstract: The trust institute is commonly understood from the notion, unknown to Brazilian law, of property dismemberment, which represents an obstacle to the incorporation of its main effects by the Brazilian legislator. However, following the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, the trust device can be understood by the means of asset segregation and trust title, which the Brazilian legislator uses for the promotion of important functions in the Brazilian legal order, as in the case of securitization of mortgage loans and real estate investment funds. As those mechanisms of asset separation and trust title are admitted in the Brazilian Law System, and, therefore, could allow the main effects of trust foreseen on the Hague Convention to be achieved, the Brazilian legislator, finding it convenient, may incorporate the trust effects, such as Latin America countries have done by what they call *fideicomisso*.

Keywords: *Trust*, property, separate fund, trust title, *universitas iuris*.

Sumário: 1. O problema do *trust* no direito brasileiro. 2. A figura do *trust* referida na Convenção de Haia. Elemento essencial do *trust*: separação patrimonial, não desmembramento da propriedade. 3. Estrutura básica do *trust* contida na Convenção de Haia. Natureza fiduciária da titularidade do trustee. O *trust* como objeto e não sujeito de direito. 4. O fideicomisso na Argentina: inspiração no instituto do *trust*. 5. Possibilidade de incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo direito brasileiro por meio da noção de patrimônio separado e de titularidade fiduciária.

1. O problema do *trust* no direito brasileiro.

O interesse despertado pelo *trust* nos estudiosos brasileiros e de outros países da família romano-germânica pode ser explicado

pela incrível versatilidade² desse instituto, o qual pode revestir mais de uma estrutura e promover múltiplas funções, o que torna demasiadamente difícil e temerária a tarefa de defini-lo abstratamente.³ Chegou-se a afirmar que o *trust* “serviria para tudo”, tamanha sua potencialidade funcional.⁴

Desta forma, não se afigura possível delimitar aprioristicamente uma função típica para o *trust*, vez consistir em mecanismo extremamente flexível, a possibilitar a tutela de interesses os mais diversos. O *trust* permite, em linhas gerais, a promoção de um certo fim ou dos interesses de determinadas pessoas, denominadas beneficiários, por meio dos proveitos oriundos da administração, pelo *trustee*, de bens que titulariza, os quais lhe foram transmitidos pelo *settlor* para este mister.⁵ Dada essa configuração aberta, simples, versátil, o *trust* pode servir à tutela de variados interesses, sendo mecanismo apto a realizar, conseqüentemente, inúmeras funções.

Em razão de sua versatilidade e aptidão para promover variadas funções, o *trust* desempenha, na *common law*, papel reservado a outros institutos na *civil law*. Ou seja, há interesses promovidos na *common law* pelo *trust* que, nos ordenamentos de tradição romana, são tutelados por outras categorias, como a fundação.⁶

2 V. PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, Matelica: Halley, 2006, p. 13; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 310; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 e 52.

3 PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 27.

4 “Si l’on se demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre: ‘à tout!’” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 12. V. tb. p. 168).

5 “Per definizione pressoché unanime della dottrina, il *trust* è l’insieme di rapporti giuridici caratterizzati dalla presenza di un soggetto (*settlor* o disponente) che trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto (il *trustee*) il quale assume l’impegno di impiegare quanto ricevuto per il soddisfacimento dell’interesse di uno o più soggetti (beneficiari) o per un fine determinato” (MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il ‘Projetc Financing’*, Napoli: Jovene, 2006, p. 63-64).

6 Cf. LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 53-114.

Diante disto, o objetivo de se examinar o instituto do *trust* é, com base na noção constante na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles, assinada em 1º de julho de 1985, e em vigor desde 1º de janeiro de 1992,⁷ investigar a possibilidade de o legislador, se julgar oportuno, incorporar os principais efeitos da figura do *trust* com vistas à promoção de funções merecedoras de tutela para as quais o sistema jurídico pátrio não apresenta institutos que as realizem ou, se o fazem, não com a eficácia pretendida.⁸

Os expedientes do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, de que se utiliza o legislador para a promoção de determinados interesses, como no fundo de investimento imobiliário e na securitização de créditos imobiliários, podem ser de grande valia para a incorporação dos principais efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia, haja vista realizarem os aludidos efeitos do *trust* sem precisar recorrer à noção de desmembramento da propriedade em formal e substancial, o que afrontaria princípios basilares do ordenamento brasileiro.

Ressalte-se, ao propósito, que o *trust* não é equiparável a nenhum instituto do ordenamento pátrio.⁹ Embora as hipóteses de afetação patrimonial e de titularidade fiduciária existentes no direito brasileiro possam se assemelhar, em maior ou menor grau, à estrutura

7 O Brasil não é signatário da Convenção de Haia. Sobre o status da Convenção no que concerne à sua adoção pelos países, v. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59, acesso em 10.7.2010, às 13h.

8 Cf. MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*; cit., p. 76; MAJO, Adolfo Di. *Responsabilità e Patrimonio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 100.

9 RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 493, ano XLI, julho de 1944, p. 45. No direito italiano, BARTOLI, Saverio aduz: "L'istituto del *trust* non è identificabile con alcuno dei nostri istituti civilistici" (*Il Trust*, cit., p. 309). No âmbito do direito francês, v. LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 14.

básica do *trust*, são previstas para a tutela de interesses determinados, sem a aptidão para a realização de funções variadas. O *trust*, a seu turno, constitui negócio jurídico versátil, no qual a transmissão da titularidade se encontra funcionalmente relacionada com o escopo da gestão patrimonial estabelecido pelo *settlor*.

Neste trabalho, portanto, se buscará demonstrar, com base na noção de *trust* adotada pela Convenção de Haia, que o legislador brasileiro, se reputar conveniente, poderá incorporar, a partir do expediente da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, importantes efeitos do *trust*, como países da América Latina procuraram fazer por meio da figura do fideicomisso.

2. A figura do *trust* referida na Convenção de Haia. Elemento essencial do *trust*: separação patrimonial, não desmembramento da propriedade.

O *trust* encontra suas origens no direito inglês, sendo a obra mais notável da *equity*.¹⁰ O direito inglês, durante muito tempo, dividiu-se, fundamentalmente, em dois sistemas, a saber, *common law* e *equity*.¹¹ Segundo a *common law*, o *trustee*, como proprietário pleno dos bens em *trust*, tinha poderes para efetuar os atos que desejasse, ainda que em violação à fidúcia nele depositada, de modo que os

10 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 315-316; NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova: CEDAM, 2005, p. 41-42; ROMERO, Miguel Acosta. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIII, nº. 191-192, septiembre-diciembre 1993, p. 15; BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno 41, nº. 3, 1995, p. 335; ARESPA-COCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 30; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 10; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 14; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 91; RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, cit., p. 43; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 15.

11 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 309.

interesses dos beneficiários (também denominados *cestuis que trust*) restavam desprotegidos.¹²

Por outro lado, a jurisdição do Chanceler, que originou a *equity*, sem pretender substituir ou negar a *common law*,¹³ conferia coercibilidade jurídica aos deveres de consciência impostos ao *trustee* em razão da fidúcia nele depositada pelo *settlor*.¹⁴

Em razão da tutela conferida pela *equity* aos beneficiários, parte da doutrina atribuiu ao instituto do *trust* a característica de ocasionar um desmembramento da propriedade em formal e substancial. A propriedade formal ficaria a cargo do *trustee* ao passo que o domí-

12 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 316; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 11; NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 41-42.

13 “(...) a *equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema — o da *common law* —, então bastante insuficiente e defeituoso. (...) O Chanceler nunca pretendeu modificar o direito, tal como fora explicitado e era aplicado pelos tribunais de *common law*. Bem pelo contrário, o Chanceler professa o seu respeito por esse direito: ‘A equidade respeita o direito’ (*equity follows the law*) é um dos axiomas proclamados pela Chancelaria. Contudo, respeitar o direito não implica que se deva negligenciar a lei moral; é em nome desta última que o Chanceler vai intervir. Com efeito, não se admitiria que o *summum jus* resultasse em *summa injuria*” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 309). Cf., ainda, PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 17; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 111; ARESPOCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 30.

14 “Uma pessoa entregou a outra um bem, confiando nela, para que o administre no interesse de um terceiro, ao qual teria sido inconveniente ou impossível tornar proprietário. Segundo a *common law*, a pessoa que recebeu o bem (*trustee*) torna-se proprietária pura e simples; o compromisso que o tomou de o gerir no interesse de um terceiro e de lhe remeter os lucros não tem valor. O Chanceler dará efeito a esse compromisso. Não irá contra a *common law* e não negará que o *trustee* seja o proprietário do bem; mas acrescentará à *common law*, sancionando o compromisso tomado conscientemente pelo *trustee*. (...) O Chanceler intervém ‘em equidade’, sem pretender modificar as próprias regras do direito administrado pelos tribunais. O que justifica a intervenção do Chanceler, em todos os casos, são as exigências da *consciência*. A consciência se choca com a solução que resulta de um direito imperfeito. É contrário à consciência, para aquele contra o qual se age, agir como pretende, aproveitando-se dessa má situação do direito” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 310-311). V. tb. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 20.

nio substancial seria atribuído aos beneficiários,¹⁵ de modo que o detentor da titularidade formal administraria o bem e transmitiria as vantagens de sua gestão ao titular material, beneficiário dos proveitos advindos da administração.

O desmembramento do domínio em formal e substancial mostra-se, entretanto, inconciliável com princípios basilares dos ordenamentos de tradição romano-germânica, de maneira que esta leitura do *trust* dificulta demais — senão impossibilita de todo — a tentativa de sua incorporação por países da *civil law*.¹⁶

Há doutrinadores, por sua vez, que discordam da perspectiva segundo a qual o *trust* acarreta divisão da propriedade em formal e substancial. Sustentam, reversamente, que o *trust* tem como elemento essencial a segregação patrimonial — que vai determinar a natureza fiduciária da titularidade do *trustee* —, não já o desmembramento do domínio.

Confirmam-se, nesta direção, os ensinamentos de LEPAULLE, Pierre:

15 Cf., no sentido de que o *trust* acarreta divisão do direito de propriedade, NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1996, p. 79; ARESACOCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 29-30; COSTA, Judith H. Martins. *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do 'trust' no direito brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 657, ano 79, julho de 1990, p. 38; WALD, Arnoldo. *Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 99, ano XXXIV, julho-setembro 1995, p. 110; FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio Jurídico Fiduciário — Fidúcia: uma forma brasileira de 'trust'?*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 411, ano 59, janeiro 1970, p. 27; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 12; RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, cit., p. 45; FIÚZA, César. *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro: AIDE, 2000, p. 23-25; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, in *Revista Forense*, vol. 211, ano 62, julho-agosto-setembro de 1965, p. 12.

16 V. BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 97; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 353-354.

(...) a essência do *trust* não é (...) uma nova forma de propriedade: é a afetação a um fim determinado.¹⁷

Se a necessidade de um patrimônio e de uma afetação são as únicas condições essenciais à criação e à vida do *trust*, não se pode escapar da seguinte conclusão: *o trust é um patrimônio afetado*.¹⁸

Veja-se, ainda, a preciosa lição de LUPOI, Maurizio:

Existem, então, duas propriedades no direito inglês? Duas propriedades e além do mais em conflito? E quem é o “verdadeiro” proprietário? (...) O conceito de ‘equitable ownership’ é de uma desconcertante simplicidade se nos colocarmos no interior do sistema. Na delimitação entre a competência do direito comum e aquela do Equity é ponto pacífico que a determinação dos direitos de propriedade seja de competência do direito comum, enquanto é de competência do Equity decidir quais sejam os comportamentos contrários às normas de consciência. (...) O Equity, quando declara que o primeiro adquirente é “proprietário em Equity”, somente dispõe que o segundo tem a obrigação — jurídica, mesmo fundamentado numa regra de consciência — de re-transferir; o juiz que aplica as normas do Equity não afirma, portanto, que o bem *pertence* ao primeiro adquirente com base no direito comum. O Equity (...) age sempre e somente *in personam* e esta é a razão pela qual a sentença que ordena a re-transferência não constitui nem assegura o direito de propriedade do pri-

17 No original: “(...) l’essence du trust n’est pas (...) une forme nouvelle de propriété: c’est l’affectation à un but déterminé” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 354). “Pour qu’un trust soit valablement constitué, il faut évidemment qu’il ait un patrimoine distinct et une affectation objectivement déterminable; ce sont les éléments essentiels de tout trust” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 213).

18 No original: “Si la nécessité d’un patrimoine et d’une affectation sont les seules conditions essentielles à la création et à la vie du trust, nous ne pouvons pas échapper à cette conclusion: *le trust est un patrimoine affecté*” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 30-31). Ainda segundo o autor: “Nous croyons en effet avoir démontré que le trust se définit en fonction de la notion de patrimoine et non de celle de propriété” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 146).

meiro adquirente e a relativa ação judiciária pertence à categoria das ações pessoais, não àquela das ações reais. O acréscimo de “equitable” ao substantivo “ownership” então mostra que o Equity, como afirma uma antiga e incontestada máxima, opera por similitude, não por equivalência: de “propriedade”, portanto, só há uma. (...) ¹⁹

A segregação dos bens em *trust* no patrimônio do *trustee* é um efeito indispensável de qualquer *trust*: ela garante que vicissitudes obrigacionais atinentes ao *trustee* não interfiram na persecução do escopo para o qual o *trust* foi instituído. ²⁰

Note-se que para haver a divisão do domínio em formal e substancial, tanto a figura do proprietário legal como a do material

19 No original: “Esistono, allora, due proprietà nel diritto inglese? Due proprietà, oltre tutto in conflitto? E chi è il “vero” proprietario? (...). Il concetto di “equitable ownership” è di una sconcertante semplicità se ci si colloca all’interno del sistema. Nella delimitazione fra la competenza del diritto comune e quella dell’Equity è pacifico che la determinazione dei diritti di proprietà spetti al diritto comune mentre spetti all’Equity decidere quali siano i comportamenti contrari alle norme di coscienza. (...). L’Equity, quando dichiara che il primo acquirente è “proprietario in Equity”, dispone solamente che il secondo ha l’obbligo — giuridico, pur basato su una regola di coscienza — di ritrasferire; il giudice che applica le norme dell’Equity non afferma, dunque, che il bene *appartiene* al primo acquirente in base al diritto comune. L’Equity (...) agisce sempre e soltanto *in personam* ed è questa la ragione per la quale la sentenza che ordina il ritrasferimento né costituisce né accerta un diritto di proprietà del primo acquirente e la relativa azione giudiziaria appartiene alla categoria delle azioni personali, non a quella delle azioni reali. L’aggiunta di “equitable” al sostantivo “ownership” mostra allora che l’Equity, come afferma una antica e indubitata massima, opera per similitudine, non per equivalenza: di “proprietà”, quindi, ce n’è una sola” (LUIPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino: UTET, 2004, p. 20-21). V. tb. sobre o ponto GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. *Commercial Trusts in European Private Law: the interest and scope of the enquiry*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 18-19.

20 No original: “La segregazione dei beni in *trust* nel patrimonio del *trustee* è l’ineliminabile effetto di qualsiasi *trust*: essa garantisce che vicende obbligatorie riguardanti il *trustee* non interferiscano nel perseguimento dello scopo per il quale il *trust* è stato istituito” (LUIPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). No sentido de que no *trust* não há desmembramento da propriedade, v., também no direito italiano, PORCELLI, Giacomo. *Successioni e Trust*, Napoli: Edizioni Scintifiche Italiane, 2005, p. 108-113; BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust*, cit., p. 335; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 96-98; GIANDOMENICO, Marco Eugenio Di, e FESTA, Davide. *Consorzi, fondazioni e trust*, Dogana: Maggioli Editore, 2006, p. 21.

precisam existir. Ou seja, em qualquer *trust* deve haver os proprietários formal e substancial. Como, então, se qualificariam os *trusts* desprovidos de beneficiário?²¹ Com efeito, nem todos os tipos de *trust* contam com tal personagem,²² ou, mesmo que haja beneficiários, pode ser que o *trustee* tenha plena discricionariedade no que tange a favorecê-los, configurando-se os chamados *discretionary trusts*.²³ Ora, como qualificar um instituto com base em elemento — beneficiário — que pode não existir ou, se existir, pode não ter senão uma expectativa de direito?

A qualificação do *trust* deve ocorrer em atenção àquilo que se encontra presente em qualquer espécie de *trust*, sem exceção. O elemento essencial, que é vital²⁴ para o *trust*, constitui precisamente a destinação patrimonial a determinado escopo.²⁵

21 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25.

22 Os *charitable trusts* são considerados como *trusts* sem beneficiários. Neste sentido, v. BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 272; LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 22-23; MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*, cit., p. 68.

23 “Vengono designati come *trusts* ‘discrezionali’ (...) quelli nei quali é indicata una certa categoria o cerchia di beneficiari ed è conferito al *trustee* (...) il potere discrezionale di scegliere a chi di essi e/o in quale misura fra essi attribuire i vantaggi economici discendenti dal *trust fund*. (...) Nel *trust* discrezionale nessuno dei beneficiari può considerarsi titolare di un *equitable interest* sulle rendite e/o sui beni capitali del *trust*, poiché nessuno di essi vanta un diritto intangibile a conseguire un qualche vantaggio economico collegato al *trust*; il *trustee*, infatti, nell’esercizio della sua discrezionalità, ben potrebbe decidere di attribuire le rendite e/o il capitale del *trust fund* solo ad uno o più dei beneficiari, e non a tutti (in altri termini, l’unico diritto *equitable* dei beneficiari di un *trust* siffatto è quello a veder correttamente esercitata la discrezionalità del *trustee* e correttamente amministrato il *trust fund*” (BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 278-280). V., ainda, MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*, cit., p. 68.

24 “The vital elements of a trust are a segregated fund of assets and good faith” (WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 59).

25 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25-26.

Tal entendimento afigura-se animador na busca pela incorporação, ainda que parcial, dos principais efeitos do *trust* pelo Brasil, pois o mecanismo da segregação patrimonial mostra-se perfeitamente compatível com o ordenamento pátrio, dele se valendo o legislador em diversos institutos.²⁶

Ao propósito, a Convenção de Haia,²⁷ em seu art. 2º, traz a seguinte noção de *trust*:

Para os fins desta Convenção, o termo 'trust' refere-se às relações jurídicas criadas — *inter vivos* ou *causa mortis* — por uma pessoa, o *settlor*, por meio das quais ativos são colocados sob o controle de um *trustee* em proveito de um beneficiário ou para um propósito específico. O *trust* tem as seguintes características:

- a) os bens constituem massa separada, que não integra o patrimônio pessoal do *trustee*;
- b) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*;
- c) o *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei.

26 Acerca da segregação patrimonial no direito brasileiro, seja consentido remeter a OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 217-278.

27 A despeito das várias formas estruturais que o *trust* pode revestir, para fins do presente estudo se aterá ao estabelecido na Convenção de Haia, fruto de intenso debate entre juristas da *common law* e da *civil Law*. Eis o objetivo da Convenção, retratado no relatório de OVERBECK, Alfred E. von, disponível em <http://hch.e-vision.nl/upload/exp30.pdf>: "This Convention is intended to deal with an institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgments, with institutions such as adoption, divorce, sales contracts or maintenance obligations governed to be sure by divergent rules of private international law in different States, but known everywhere. If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the nationality principle and the countries having the principle of domicile, this Convention is more particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law".

O fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes e o fato de o *trustee* poder ter certos direitos na qualidade de beneficiário não são necessariamente incompatíveis com a existência de um *trust*.²⁸

A expressão *separate fund*, utilizada pela Convenção na sua versão em inglês, ou, na língua francesa, *masse distincte*, deve ser entendida, no Brasil, consoante se destacou, como patrimônio separado, vez ser a categoria que melhor se conforma aos efeitos estabelecidos pela Convenção de Haia.

Patrimônio separado — também designado autônomo, segregado, destacado, destinado, afetado ou especial — constitui, em linhas gerais, universalidade de direito, composta por situações jurídicas subjetivas ativas, apreciáveis pecuniariamente, destinada à realização de determinado escopo.²⁹ Por meio da separação patrimonial promove-se a afetação de um conglomerado de situações jurídicas subjetivas ativas, erigido em universalidade de direito, à consecução de certo fim valorado positivamente pelo legislador. Exemplos de patrimônio segregado, no direito brasileiro, têm-se na securitização de créditos imobiliários, na incorporação imobiliária e nos fundos de investimento imobiliário.

28 No original: "For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created — inter vivos or on death — by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics:

- a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust".

29 Cf. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 3.

O mecanismo da separação patrimonial implica a funcionalização da titularidade, de sorte que o exercício do direito não deve se dar em benefício de seu titular, mas em atenção aos interesses que justificam a segregação do patrimônio. O legislador tem cada vez mais criado hipóteses de titularidade a conta de outrem ou para a realização de determinado escopo, isto é, para a promoção de certa finalidade. Trata-se do que se pode denominar titularidade fiduciária, em que a atribuição de poderes ao titular do direito ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução de certa finalidade. O instituto da titularidade fiduciária encontra-se presente, por exemplo, na securitização de créditos imobiliários, nos fundos de investimento imobiliário e na custódia de valores mobiliários.

Destaque-se, ainda, que o escopo que unifica o patrimônio segregado precisa, para ser alcançado com a máxima efetividade, que a massa patrimonial autônoma sirva de garantia somente aos credores que guardem relação de pertinência com a afetação. Por esta razão, o patrimônio segregado responde tão somente pelos débitos oriundos da promoção do fim que o unifica, não já por dívidas estranhas ao escopo da afetação.³⁰

O fato de o patrimônio especial garantir com exclusividade os credores relacionados ao escopo a que se destina constitui eficiente mecanismo jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade que enseja a segregação patrimonial, haja vista que tem como importante e fundamental consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral. Assim, o patrimônio autônomo responde tão-somente pelas suas próprias dívidas, vale dizer, pelos débitos oriundos da persecução do fim a que se destina.³¹

30 V. PINO, Augusto. *Il Patrimonio Separato*, Padova: Cedam, 1950, p. 23; CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 232.

31 Cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p. 219-220; FREITAS, Ricardo de Santos. *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145; EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., PA-

A noção de patrimônio especial, assim, ajusta-se à idéia de *separate fund* ou de *masse distincte* trazida pela Convenção de Haia. Confira-se, ainda, o art. 11 da Convenção de Haia:

Um *trust* criado conforme a lei especificada pelo capítulo precedente deve ser reconhecido como *trust*. Tal reconhecimento implica, no mínimo, que os bens em *trust* sejam separados do patrimônio pessoal do *trustee*, que o *trustee* possa, nesta qualidade, ingressar em juízo, ser demandado, bem como comparecer perante um tabelião ou qualquer pessoa investida de autoridade pública. Na medida em que a lei aplicável ao *trust* exija ou preveja, tal reconhecimento pode ainda implicar, notadamente:

- a) que credores pessoais do *trustee* não possam executar os bens em *trust*;
- b) que os bens em *trust* não sejam arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*;
- c) que os bens em *trust* não integrem o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*;
- d) que os bens em *trust* possam ser reivindicados caso o *trustee*, em violação ao *trust*, tenha confundido os bens em *trust* com os seus próprios bens, ou deles disponha. Contudo, os direitos e obrigações do terceiro que detenha os bens em *trust* permanecem regidos pela lei aplicável segundo as regras de direito internacional da jurisdição competente.³²

RENTE, Flávia, HENRIQUE, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 225; STURZENEGGER, Luiz Carlos. *A doutrina do 'patrimônio de afetação' e o novo sistema de pagamento brasileiro*, in *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº. 11, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 239.

32 No original: "A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.

Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular

- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

Os bens conferidos em *trust*, dessa forma, integram patrimônio especial titularizado pelo *trustee* que não se confunde com o patrimônio geral deste,³³ de tal sorte que os efeitos da insolvência ou da falência do *trustee* não interferem no patrimônio em *trust*.³⁴ Além disso, os bens em *trust* não integram a herança do *trustee* e seu cônjuge não tem nenhum direito sobre tais situações jurídicas ativas, a despeito de serem de titularidade do *trustee*.

Vale repisar que a titularidade do sujeito do patrimônio separado é de natureza fiduciária, haja vista que a atribuição de poderes ao titular do direito ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução de certa finalidade. A atuação do titular dirige-se ao atendimento do escopo que unifica a massa patrimonial autônoma. O fim determina o regime jurídico aplicável ao núcleo patrimonial separado, de modo que os interesses do sujeito de direito são tutelados na medida de sua pertinência com o escopo.

c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum". OVERBECK, Alfred E. von, aduz: "This paragraph determines first of all that the assets of the trust are separate from those of the trustee. This is an essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning" (<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl30.pdf>, acesso em 10.7.2010, às 14h). "La norma [art. 11] prosegue poi indicando gli 'effetti minimi' del riconoscimento nel sistema in cui questo avviene. Essi si sostanziano nella circostanza che i beni facenti parte della *trust property* costituiranno un patrimonio separato da quello personale del *trustee*, e nel fatto che quest'ultimo potrà agire in giudizio o comparire innanzi a pubbliche autorità in tale qualità" (NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 48).

33 "The trust is usually understood around the world to refer to the legal notion whereby property is held as a segregated asset or fund of assets, the benefit of which accrues solely to described persons or to the accomplishment of charitable purposes. O. The fund, segregated from the trustee's own assets, is retained, administered or invested by the trustee" (WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57).

34 V. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 54; MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Project Financing'*, cit., p. 66.

Em virtude disto, o fato de o *trustee* ser o titular das situações ativas em *trust* não significa que seu cônjuge, credores pessoais ou herdeiros terão qualquer pretensão sobre tais direitos, vez se encontrarem submetidos a um regime especial, decorrente da finalidade da segregação. A titularidade atribuída ao *trustee* não se verifica para atender aos interesses deste, mas para a consecução da finalidade do *trust*, de sorte que os bens em *trust* compõem patrimônio separado e a titularidade do *trustee* relativamente a esses bens tem natureza fiduciária.

Na medida em que as situações jurídicas subjetivas ativas transferidas pelo *settlor* ao *trustee* constituem patrimônio especial titularizado por este, isto é, universalidade de direito unificada pelo escopo, mostra-se possível haver mutação de tais situações ativas,³⁵ desde que necessário para a persecução do fim.

A nota distintiva da universalidade de direito, centro autônomo de imputação objetiva, constitui precisamente a elasticidade de seu conteúdo, que pode se expandir ou se comprimir sem que a unidade do conjunto seja afetada.³⁶ No ordenamento brasileiro, o patrimônio forma universalidade de direito integrada por situações jurídicas subjetivas ativas pecuniariamente apreciáveis. Precisamente por

35 V. PORCELLI, Giacomo. *Successioni e Trust*, cit., p. 114; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 27; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 13. "Alla modifica nella composizione del patrimonio separato consegue, dunque, la variazione dei diritti e dei beni che del medesimo fanno parte, a fronte di un'invarianza dello scopo che ha determinato la creazione del patrimonio stesso e delle correlate limitazioni nelle facoltà del suo titolare" (MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Project Financing'*, cit., p. 66).

36 "Que pode significar o reconhecer-se às universalidades uma existência própria, senão que elas permanecem indiferentes ao destino jurídico dos vários componentes? Cada universalidade é como que um reservatório aberto, sempre pronto a permitir que, por actos ou factos jurídicos, uma ou mais coisas nêle entrem, uma ou mais coisas dele saiam. Conceber as universalidades como entidades distintas dos objectos singulares e a êles contrapostas, e por outro lado negar a tais objectos uma vida jurídica independente, é uma verdadeira superfetação e uma incoerência declarada" (TELES, Inocência Galvão. *Das Universalidades*, Lisboa: Minerva, 1940, p. 132).

traduzir universalidade de direito, o conjunto passa a ter relevância jurídica em si mesmo, sem que, por outro lado, seus elementos percam autonomia. O conteúdo da universalidade é variável, podendo se ampliar ou se reduzir sem repercussão sobre o todo, vale dizer, sem que a configuração unitária da universalidade se altere.³⁷

O objetivo do *trust* é a realização da finalidade pretendida pelo *settlor*, para cuja consecução o foco se centra mais sobre o patrimônio em si considerado do que sobre os elementos que o integram, de tal sorte que, salvo determinação expressa do *settlor*, não há limitação apriorística à disposição dos bens, que deverá ser feita na medida necessária à promoção do fim.³⁸ Os proveitos granjeados em razão da administração do patrimônio especial passam a integrá-lo automaticamente, de modo que o vínculo de destinação se estende às receitas advindas da gestão do patrimônio em *trust*.

Dada esta configuração, em que a destinação patrimonial assume papel essencial, a figura do *trust* se mostra extremamente versátil, podendo servir à persecução dos mais variados fins.

O *trust*, portanto, não traduz hipótese de desmembramento da propriedade em formal e substancial. Ao revés, para realizar a função para a qual foi constituído, se vale daquilo que, no Brasil, se pode entender por técnica da segregação patrimonial, mecanismo idôneo para alcançar, com a máxima eficácia, o fim pretendido com a gestão patrimonial, na medida em que blinda os direitos em *trust* das vicissitudes pertinentes ao patrimônio pessoal do *trustee*.³⁹

37 Sobre a noção de universalidade de direito, v. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 108-142.

38 “Ce que le trustee a le devoir de conserver, c’est la ‘res’, c’est-à-dire le patrimoine et non pas les biens même qu’il a reçus. Il a donc, en principe, le droit de vendre dans la mesure où cela peut être utile à la réalisation de l’affectation et l’obligation de le faire dans la mesure où cela est nécessaire” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 273-274).

39 Cf. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de*

3. Estrutura básica do *trust* contida na Convenção de Haia. Natureza fiduciária da titularidade do *trustee*. O *trust* como objeto e não sujeito de direito.

O *trust* referido pela Convenção de Haia pode ter beneficiários ou prever simplesmente a destinação a um escopo, como no caso dos *charitable trusts*.⁴⁰ Note-se que mesmo o *trust* com beneficiário conta com um patrimônio especial destinado a um fim, o qual será determinado à luz dos interesses do *cestui que trust*, indicados pelo *settlor*, a serem promovidos. Assim sendo, todo *trust* traduz, a rigor, um patrimônio destinado a um escopo, de tal sorte que a divisão acima aludida aparta, em última análise, os *trusts* em que há beneficiários dos que contém a previsão de um fim sem a individuação de beneficiários.⁴¹

No que concerne ao *trust* com beneficiário, verificam-se três figurantes principais, quais sejam: o *settlor*, que institui o *trust*; o *trustee*, o qual recebe do *settlor* a titularidade das situações jurídicas subjetivas ativas para a execução do encargo contido no ato de constituição do *trust*; e o *cestui que trust* (ou beneficiário), que consiste no destinatário do proveito econômico da gestão das situações ativas objeto do *trust*.

O *settlor*, por instituir o *trust*, que importa ato de disposição, deve ser o titular das situações jurídicas ativas conferidas em *trust*, bem como deve estar no pleno gozo de sua capacidade de dispor.⁴²

Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário, Trust, cit., p. 351.

⁴⁰ BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 272-273.

⁴¹ “Ogni *trust* ha, ovviamente, uno scopo. Quando si parla di *trust* ‘di scopo’ ci si riferisce a quei *trust* che non sono destinati ad avvantaggiare una o più persone identificate o identificabili; più precisamente, a quei *trust* rispetto ai quali, per come il *trust* è configurato, non può esistere alcun soggetto legittimato ad agire contro il *trust* per tutelare un interesse proprio” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 330).

⁴² V. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 42; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 216-217.

Além disso, o *settlor* tem de individualizar os bens que transmite, sob pena de ser considerada inválida a constituição do *trust* por impossibilidade de determinação do objeto.⁴³

O *trustee*, embora seja o proprietário dos direitos transmitidos pelo *settlor* em *trust*, deve gerir o patrimônio destinado, repise-se, de acordo com o escopo determinado pelo *settlor* em proveito dos beneficiários. Daí se afirmar que existe relação de natureza fiduciária entre o *trustee* e os *cestuis que trust*, a qual pauta a conduta do *trustee*.⁴⁴ Com efeito, na administração do patrimônio afetado, o *trustee* deve empenhar-se com diligência e lealdade, bem como prestar contas de sua gestão aos beneficiários.⁴⁵

Além disso, o *trustee* não pode ficar inerte, sendo-lhe atribuído não só o poder, mas também o dever de gerir o patrimônio especial.⁴⁶ Isso porque a titularidade que possui em relação ao patrimônio destinado é funcionalizada à realização do escopo da afetação, de tal sorte que deve atuar positivamente no sentido de promover, da melhor forma possível, a finalidade do *trust*.

Deve o *trustee*, ainda, conservar o patrimônio segregado não só materialmente, mas também juridicamente, adotando, sempre que necessárias à proteção dos direitos em *trust*, as medidas judiciais cabíveis, interrompendo prescrições, enfim, praticando todos os atos necessários à preservação das situações ativas em *trust*. Exige-se do *trustee*, também, o cuidado para que os direitos em *trust* não se confundam, faticamente, com os seus pessoais, de modo que deve, por

43 NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 29; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 38.

44 NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 37; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 48; WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57; LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 299-300; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 11; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 7.

45 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 44.

46 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 72.

exemplo, abrir conta bancária separada para os recursos financeiros do patrimônio em *trust*.⁴⁷

Para além da obrigação de conservar, o *trustee* tem o dever de administrar os direitos em *trust* em busca da realização da finalidade designada pelo *settlor*. Em outras palavras, o *trustee* tem o poder-dever de gerir o patrimônio especial com vistas à promoção do escopo do *trust*. Sublinhe-se que, em abstrato, não existe limitação para a atuação do *trustee*, o qual pode dar bens em garantia hipotecária, firmar contratos de prestação periódica, alienar ativos, desde que em consonância com o escopo.⁴⁸ O fim do *trust*, assim, pautará o tipo de administração a ser empreendida pelo *trustee*, de forma que não se afigura possível a fixação de padrão único e abstrato de conduta válido para toda gestão de patrimônio em *trust*.⁴⁹

47 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 274-275.

48 “Le trustee doit non seulement conserver les biens, *il doit encore les administrer*. Pour cela, il n’est enfermé dans aucune règle rigide. Il a plein pouvoir pour gérer les biens conformément à leur affectation. Il peut conclure des baux, hypothéquer, intenter toutes actions en justice, conclure, tous contrats, et faire tous actes juridiques nécessaires” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 276). Cf. tb. GIANDOMENICO, Marco Eugenio Di e FESTA, Davide. *Consorzi, fondazioni e trust*, cit. p. 19-20; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 47-48.

49 “L’obligation du trustee consiste d’abord à bien gérer le patrimoine et ensuite à réaliser l’affectation” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 41). Ainda em suas palavras: “On répond d’ordinaire: le trustee doit apporter à la gestion de la ‘res’ le soin qu’un bon père de famille apporte à l’administration de ses propres affaires. C’est inexact pour deux raisons: 1º administrer librement les biens dont on est plein propriétaire est une chose, gérer un patrimoine qui a reçu une affectation en est une autre; ne pas voir la différence, c’est méconnaître l’essence même du trust. C’est pourquoi la jurisprudence interdit au trustee des actes que les pères de famille les plus raisonnables font couramment! (...) 2º Le problème est beaucoup plus vaste qu’une simple gestion de biens, car il faut non seulement administrer le patrimoine, mais encore assurer son affectation: c’est parfois très simple, c’est parfois aussi très complexe. (...) Il faut donc trouver une nouvelle formule. Nous proposons celle-ci: *le trustee doit apporter dans l’exercice de ses fonctions toutes les qualités qui sont nécessaires à la réalisation normale de l’affectation du patrimoine qui lui est confié*” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 264-265). “On peut donc conclure que le degré de soin, de prudence, de compétence et d’honnêteté qui est requis du trustee est

Observe-se, neste sentido, que a transmissão de propriedade efetuada pelo *settlor* ao *trustee* em razão do *trust* não se esgota em si mesma, mas ocorre para que o *trustee* exerça determinada função, realizando o escopo do *trust*. A transmissão da propriedade, dessa forma, é instrumental para o desempenho do fim pretendido pelo *settlor* por meio da gestão do *trustee*.

Daí a transferência do domínio vir atrelada aos deveres impostos ao *trustee* de praticar os atos necessários à realização da função definida para o patrimônio em *trust*.⁵⁰ A titularidade do *trustee*, por conseguinte, se encontra funcionalizada para a obtenção do escopo, não já para satisfação de interesses próprios. Em virtude disto, o regime jurídico aplicável ao *trust* considera não a relação de pertença, mas a função para a qual foi constituído.

Por tais razões, verifica-se que a titularidade do *trustee* em relação aos bens em *trust* é de natureza fiduciária. Isso porque a atribuição de poderes ao titular do direito, isto é, ao *trustee*, ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução da finalidade do *trust*.

O escopo a que se destina o *trust* assume papel proeminente, tornando-se elemento essencial à qualificação da *fattispecie* e à determinação do tipo de tutela que a esta será dispensada. O ângulo de análise deixa de ser a titularidade do sujeito em relação ao patrimônio em prol da finalidade desempenhada pela universalidade patrimonial afetada.

O direito sob titularidade fiduciária não se destina ao atendimento dos interesses de seu titular, mas a determinada finalidade. Verifica-se profunda alteração qualitativa, qual seja, os interesses do sujeito só serão tutelados se e enquanto tiverem pertinência com o fim

déterminé par l'affectation donnée à la 'res'" (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 270).

50 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 74-75; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidéjussão ('trust')*, cit., p. 13; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 87.

da atribuição do direito, a denotar mudança de paradigma, qual seja, do sujeito para o escopo, da consideração subjetivista de pertinência para a finalidade desempenhada pelo direito sob titularidade fiduciária.

A admissão de direitos sob titularidade fiduciária, destinados à promoção de múltiplos interesses e, conseqüentemente, ao atendimento de várias funções na ordem jurídica, acarreta relativização da importância do sujeito de direito, na medida em que o fim constitui o parâmetro do merecimento de tutela, determina o regime jurídico aplicável e condiciona o comportamento do titular do direito. O esvaziamento da importância do sujeito em favor do escopo a ser alcançado verifica-se com a proteção do direito — em razão do fim a que se destina — a favor, independentemente ou mesmo contra os interesses de seu titular.

É exatamente isso o que se verifica no *trust*, em que os interesses do *trustee*, titular dos bens em *trust*, só serão promovidos se e na medida de sua pertinência com a finalidade do *trust*.

Disso tudo resulta que o *trust* não constitui pessoa jurídica.⁵¹

51 “Per effetto della costituzione del *trust* non viene ad esistenza alcun nuovo soggetto di diritto, ma quanto trasferito al *trustee* (che è il nuovo proprietario dei beni, cioè il titolare del *legal estate* ovvero *legal ownership*; l’aggettivo *legal* sta ad indicare che il diritto vantato dal *trustee* è tutelato *at law*) diviene oggetto di un patrimonio separato — ovvero segregato — dal suo patrimonio personale, cioè inattuabile dai creditori personali sia del disponente, sia del *trustee*, sia del beneficiario: detto patrimonio, infatti, è destinato unicamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dal *trustee* nell’amministrazione di esso. (...) All’esito dell’istituzione del *trust*, quindi, il *trustee* è proprietario dei beni trasferitigli dal disponente, ma la sua proprietà è affetta da un vincolo opponibile alla generalità dei consociati (ed a lui per primo), implicante che detti beni egli dovrà fare l’uso prescrittogli nell’atto istitutivo, onde attuare le finalità del medesimo. Il disponente, essendovi privato dei beni, ne perde non solo la titolarità (...), ma anche il controllo, avendo demandato al *trustee* l’attuazione delle finalità consacrate nell’atto istitutivo: in caso contrario, infatti, il *trust* istituito potrebbe esser dichiarato nullo per simulazione” (BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 86-87). “(...) le trust est un patrimoine affecté, ce n’est pas une personne morale” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 50). V. tb. MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il ‘Projetc Financing’*, cit., p. 87; ARESPA-COCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 33; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 62-63.

Os bens em *trust* são titularizados pelo *trustee*, pessoa física ou jurídica que tem o poder-dever de gerir o patrimônio em *trust* com vistas a promover o fim estipulado pelo *settlor*.

A circunstância de, na linguagem corrente, se aludir à prática de um ato pelo *trust*, não pelo *trustee*, não quer significar que o *trust* possui subjetividade, mas denota que o regime jurídico aplicável relaciona-se à separação patrimonial, não à pessoa do *trustee*.⁵²

Com efeito, é o escopo do *trust*, não já a relação de pertença com o *trustee*, que vai determinar a disciplina jurídica aplicável ao *trust* e condicionar a atuação do *trustee*, o qual, ainda, pode ser substituído sem que a finalidade do *trust* seja alterada.

O mesmo se verifica, no direito brasileiro, a título ilustrativo, com a herança e a massa falida. Muito embora o artigo 12 do Código de Processo Civil disponha que “serão representados em juízo, ativa e passivamente”, “a massa falida, pelo síndico” e “o espólio, pelo inventariante”, a herança e a massa falida não são sujeitos, mas patrimônios separados.⁵³

52 “(...) non si pone mai un problema di alterità giuridica fra *trustee* e titolarità dei beni in *trust*. Infatti, in caso di mutamento del *trustee*, i beni in *trust* passano dal precedente *trustee* al successivo o per effetto di legge o in forza di specifico atto dispositivo compiuto o dal *trustee* medesimo (dimissionario o revocato) in favore del proprio successore o dal soggetto legittimato a nominare un nuovo *trustee*” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). E remata: “Nel linguaggio comune è facile capitino frasi come ‘il quadro è stato acquistato all’asta dal *trust Z*’ e spesso questa è l’espressione più conveniente anche quando si scrive. Tecnicamente si tratta di un errore: il quadro è stato acquistato all’asta da X, Y e W quali *trustee* del *trust Z*. L’ellissi è spiegabile perchè spesso l’aspetto patrimoniale dei *trust* fa premio sull’aspetto personale di chi siano i *trustee*. La permanenza nel tempo di un patrimonio segregato tende a obiettivizzarlo, come se si trattasse di una fondazione o di altra persona giuridica; in effetti, interessa relativamente sapere chi sono i *trustee* del *trust* ‘Getty’ o del *trust* ‘Rockfeller’, a meno che uno debba stipulare un contratto con essi: in questi casi, i *trustee* mutano nel tempo, è il patrimonio che rimane” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 244).

53 Em relação à massa falida, confira-se, por todos, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 279. Acerca de a herança constituir patrimônio separado, v. SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 160-161; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 391-392; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de*

A alusão do Código de Processo Civil à herança e à massa falida ocorre para demonstrar que o inventariante e o síndico não representam os herdeiros ou o falido, mas se encontram investidos no encargo de gerir tais patrimônios separados para realizar o fim a que se destinam, qual seja, liquidação e eventual partilha, no caso da herança, e liquidação, em se tratando de massa falida.⁵⁴

Dessa forma, o *trust* não é pessoa jurídica, mas patrimônio separado de titularidade (fiduciária) do *trustee*, que tem o poder-dever de administrá-lo para perseguir o escopo do *trust*.

Portanto, os traços característicos básicos do *trust* referido na Convenção de Haia são: (i) o *trustee* figura como titular das situações jurídicas subjetivas ativas conferidas em *trust*; (ii) tais situações jurídicas ativas formam patrimônio afetado, insuscetível de ataque pelos credores pessoais do *trustee*; (iii) o *trustee* tem o poder-dever de administrar aludido patrimônio especial conforme o estabelecido no ato constitutivo do *trust* e de acordo com a lei. Esta configuração do *trust*, como se ressaltou, denota a riqueza do instituto, caracterizado pelo binômio versatilidade-segurança,⁵⁵ haja vista poder servir, de maneira eficaz, à realização de inúmeras funções, promovendo, por conseguinte, múltiplos interesses mercedores de tutela.

Direito Privado, t. LV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 87-88; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 60.

54 “Ora il curatore non rappresenta il fallito o i creditori, ma in forza del suo officio esercita un’attività su un patrimonio altrui, il quale è sottoposto alla sua podestà, e si trasforma e si muove secondo la nuova direttiva impressagli e per lo scopo prefisso dalla legge. Il fallito *deve tollerare e subire* questa *attività giudiziaria* esercitata dal curatore. O. Scopo del concorso è il soddisfacimento dei creditori sul patrimonio del debitore insolvente, indipendentemente dalla sua cooperazione, anzi contro la sua volontà” (FERRARA, Francesco. *Teoria delle Persone Giuridiche*, in Biagio Brugi, *Il Diritto Civile Italiano*, Torino: UTET, 1923, p. 698-699). “(...) A massa falida não é pessoa diferente do comerciante quebrado. O síndico é mero administrador dos negócios do falido, com o encargo de geri-los no escopo de pagar os credores (...)” (STJ, REsp. 708978/SP, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 13.12.2005).

55 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 83.

4. O fideicomiso na Argentina: inspiração no instituto do *trust*.

A Lei nº. 24.441/1995 instituiu, na Argentina, a figura do fideicomiso, inspirada no instituto do *trust*.⁵⁶ Em linhas gerais, o fideicomiso é o negócio por meio do qual o fiduciante transfere determinados bens ao fiduciário para que ele os administre em favor de um beneficiário.⁵⁷

Tais bens formam patrimônio segregado,⁵⁸ insuscetível de ataque pelos credores pessoais do fiduciário. Os credores do fiduciante, da mesma forma, não podem excutir os direitos integrantes do patrimônio especial, vez que de titularidade do fiduciário. Podem os credores, contudo, valer-se dos expedientes legais caso o fiduciante te-

56 “Los países latinoamericanos adoptaron el modelo del *trust* anglosajón bajo la denominación de ‘fideicomiso’” (MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 56). V. tb. HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 28-30; GUTIÉRREZ, Pedro F. *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 37-38.

57 Eis o que dispõe o art. 1º da Lei nº. 24.441/1995: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. De acordo com a definição de MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo: “En síntesis, a partir de lo dicho se podría definir al fideicomiso contractual (por oposición al testamentario) como un patrimonio de afectación creado por un contrato que permite afectar un bien o conjunto de bienes al cumplimiento de un cierto destino por un tiempo limitado” (*Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 4).

58 Artigo 14, Lei nº. 24.441/1995: “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. O”. MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo sustentam que: “En síntesis, el fideicomiso permite la creación de patrimonios de afectación separados rompiendo la regla de que la voluntad de las partes es impotente para tal fin. En consecuencia, un fiduciario tendrá un patrimonio ‘ordinario’ (esto es, su patrimonio del cual puede disfrutar y con el cual responde por sus deudas) y tantos patrimonios fiduciarios como fideicomisos administre. Por su parte, patrimonios fiduciarios se distinguirán entre ellos la existencia de diferentes mandatos o instrucciones vinculados a los mismos” (*Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 63). Ainda em suas palavras: “Justamente una de las grandes ventajas del fideicomiso es su versatilidad y la posibilidad de crear un patrimonio de afectación que se rija por reglas ‘a medida’ de las partes intervinientes” (*Fideicomiso y Securitización: Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 24).

nha violado algum direito seu com a transmissão das situações jurídicas ativas para o fiduciário. Finalmente, os credores do beneficiário podem se valer dos proventos oriundos da administração dos bens em fideicomisso atribuíveis a este, sem a possibilidade, entretanto, de excutirem diretamente os bens em fideicomisso, por serem de titularidade do fiduciário, não já do beneficiário.⁵⁹

A segregação patrimonial existente no fideicomisso assegura sua efetividade, na medida em que a realização do escopo pretendido não fica subordinada ao equilíbrio financeiro dos negócios pessoais entabulados pelo fiduciário. Afasta-se, assim, o risco de os bens fideicomitados comporem eventual concurso de credores do fiduciário sem pertinência com o fideicomisso.⁶⁰ De outra parte, os bens do fiduciário não servem a satisfazer as dívidas contraídas no âmbito da administração dos direitos em fideicomisso, nos termos do art. 16 da Lei nº. 24.441/1995,⁶¹ a configurar hipótese de separação patrimonial perfeita.⁶²

59 Preceitua o art. 15 da Lei nº. 24.441/1995 que: “Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

60 HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*, cit., p. 16-17.

61 Art. 16, Lei nº. 24.441/1995: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24”. GUTIÉRREZ, Pedro F. aduz: “Por tanto, en principio, si la deuda fue contraída para satisfacer necesidades del patrimonio fideicomitado, el acreedor no podrá dirigir su acción contra el patrimonio del fiduciario, aunque para evitar toda duda, corresponde al fiduciario establecer al celebrar el contrato que concurre por el patrimonio fideicomitado O” (*Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, cit., p. 78-79).

62 Acerca da separação patrimonial perfeita e imperfeita, seja consentido remeter, mais uma vez, a OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de*

No que concerne à oponibilidade perante terceiros do caráter fiduciário do domínio dos bens em fideicomisso, a lei exige o cumprimento de determinadas formalidades, consoante preceitua o art. 12 da Lei nº. 24.441/1995.⁶³

O fideicomisso argentino, desse modo, por meio da técnica da afetação patrimonial, incorpora os principais efeitos do *trust*, contidos na Convenção de Haia, que o tornam instrumento versátil e apto à promoção e tutela de múltiplos interesses.

5. Possibilidade de incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo direito brasileiro por meio da noção de patrimônio separado e de titularidade fiduciária

Consoante se verificou, a técnica da segregação patrimonial permite que se alcancem os principais efeitos do *trust*, haja vista possibilitar, a um só tempo, (i) a limitação dos riscos, em razão da blindagem patrimonial promovida, bem como (ii) a titularidade funcionalizada à realização do escopo, na medida em que o titular do núcleo patrimonial autônomo, a rigor, configura administrador deste — embora tenha plenos poderes em razão de titularizá-lo — pois deve agir não em benefício próprio, mas em atenção ao fim do patrimônio separado. O mecanismo da segregação patrimonial agregado ao da titularidade fiduciária, assim, justamente por tirar o foco da relação de pertença em prol da destinação, pode permitir, se for reputada con-

Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário, Trust, cit., p. 240-241.

63 Art. 12, Lei nº. 24.441/1995: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. “Los mismos acreedores del patrimonio fiduciario tienen derecho a que esos bienes dados en fideicomiso se inscriban en debida forma, puesto que aunque la naturaleza fiduciaria del dominio no tiene valor frente a terceros, mientras no se realice la inscripción, ellos tienen la garantía de la totalidad del patrimonio fiduciario” (GUTIÉRREZ, Pedro F. *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, cit., p. 72).

veniente, a incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo legislador pátrio.

Vale destacar, ao propósito, que já se tentou incorporar, no Brasil, os principais efeitos do *trust* com amparo na técnica da separação patrimonial, de que constitui exemplo o contrato de fidúcia contido no Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1965,⁶⁴ o qual procurou “adaptar ao direito pátrio o instituto anglo-americano do ‘trust’”.⁶⁵ Além disso, Melhim Namem Chalhuh apresentou anteprojeto de lei que regulamenta o contrato de fidúcia, com vistas a tentar incorporar, com apoio no mecanismo da segregação patrimonial, importantes efeitos do *trust*.⁶⁶

64 “Pela fidúcia, que teve ingresso no Projeto por proposta do Professor Nehemias Gueiros e redação deste e dos Professores Caio Mário e Orlando Gomes, ingressa em nosso direito o *trust* que tantos e bons resultados deu no direito anglo-americano” (Senado Federal, *Código Civil: anteprojeto*, vol. 4, Brasília, 1989, p. 421). “No Brasil, já se cogitou do aproveitamento de alguns elementos do *trust*, como é o caso do substitutivo ao Projeto de Lei na Câmara nº 3.362, de 1957, e do Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965, neste sob a denominação de *contrato de fidúcia*. Muito embora não tenha prosperado o Anteprojeto do Código de Obrigações, é na linha desses princípios que vêm se amoldando, no direito positivo brasileiro, algumas figuras de natureza fiduciária (...); e é na mesma linha desses princípios que se estrutura uma nova forma de fideicomisso na maioria dos países latino-americanos, como são os casos da Argentina, do Chile, do México e da Venezuela” (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-4).

65 GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 11. “A *fidúcia* é o negócio jurídico pelo qual, mediante a transferência de bens móveis ou imóveis que formem patrimônio separado, confere uma pessoa a outra o encargo de administrá-los em proveito de outrem, a quem deve entregá-los a certo tempo ou sob determinada condição. (...). Necessário assim, que tais bens constituam patrimônio separado. Não podem confundir-se com os do fiduciário, estando subtraídos, portanto, à execução de seus credores, ainda em processo de falência” (GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 12-13).

66 Extrai-se da justificção do Projeto de Lei nº. 4.809/98 que: “Com efeito, desde o início do século XX a extraordinária utilidade do *trust* vem despertando o interesse de juristas de países de tradição legislativa romana, motivando-os à realização de estudos com vistas à adaptação do conceito de *trust* a esses sistemas. (...). De fato, o dinamismo e a extrema flexibilidade do *trust* possibilitam sua utilização quase infinita no que se pode chamar de direito dos negócios, circunstância que justifica os esforços no sentido de sua assimilação pelos países de tradição legislativa romana. (...). Em suma, com a aprovação da presente proposição, nosso direito positivo passaria a contar com instituto que, por sua extraordinária flexibilidade, possibilitaria o atendimento das mais variadas necessidades no campo das atividades sociais e econômicas,

A busca pela incorporação dos principais efeitos do *trust* justifica-se, como exposto, pela incrível versatilidade deste instituto que, calcado na ideia de separação patrimonial e de titularidade fiduciária, possibilita que um sujeito, titular de determinados bens, os administre para a realização de determinado escopo, devendo agir não em interesse próprio, mas para promover a finalidade do *trust*, integrando tais bens patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio geral do *trustee*.

Segundo se verificou, não colhe o argumento de incompatibilidade do *trust* com o direito brasileiro, na medida em que o *trust* não acarreta desmembramento da propriedade em formal e substancial. O *trust* configura patrimônio separado e titularidade fiduciária, expedientes perfeitamente coerentes com o sistema jurídico pátrio, dos quais se vale o legislador para a promoção de variadas finalidades, como na securitização de créditos imobiliários e nos fundos de investimento imobiliário.

Portanto, o legislador pátrio, se julgar conveniente, com base na técnica da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, pode incorporar os principais efeitos do *trust* previstos na Convenção de Haia, que tornam este instituto flexível e apto a realizar múltiplas funções, podendo tutelar variados interesses reputados merecedores de tutela.⁶⁷

numa estrutura sistematizada que contempla as regras gerais concernentes à propriedade fiduciária e à segregação patrimonial, com o que se tornariam nítidos os direitos e deveres das partes, preenchendo-se as lacunas deixadas pela legislação vigente estabelecendo rigorosos instrumentos de proteção dos investidores, notadamente aquele que confia sua economias à aplicação em entidades organizadas sob a forma de condomínio ou grupos de consórcios”.

67 “A afetação patrimonial é fator de estímulo aos investimentos privados, dada a segurança jurídica decorrente da limitação de riscos que o mecanismo proporciona. Por isso mesmo, espalhou-se por todos os continentes, seja na forma de *trust*, seja numa versão moderna da fidúcia, estando presente na Austrália, Escócia, África do Sul, Itália, Portugal, Espanha, Luxemburgo, China, Japão, Líbano, Dubai, Quebec e toda a América espanhola” (CHALHUB, Melhim Namem. *Patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. Um projeto vitorioso do Instituto dos Advogados Brasileiros*, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº. 96, ano XXXV, 2º semestre 2007, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39).

**PROPRIEDADE
INTELECTUAL**

PROPRIEDADE INTELECTUAL

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

THE PRINCIPLE OF SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND ITS APPLICATION IN THE INDUSTRIAL PROPERTY

*Leonardo da Silva Sant'Anna
Angélica Teresa Pereira*

Resumo: Desde a promulgação da Constituição federal, em 1988, que a propriedade deixou de ter apenas um aspecto privado e passou a considerar um elemento importante, a função social. O presente artigo aborda aspectos jurídicos relativos à função social da propriedade, sua evolução e sua aplicação no âmbito da propriedade industrial, e destaca aspectos sobre patenteabilidade, patentes *pipeline* e da licença compulsória.

Palavras-chaves: Propriedade industrial. Função social da propriedade. Patente. Licença Compulsória

Abstract: Since the enactment of the federal constitution in 1988 that the property has ceased to be just one aspect of private and now considered a major factor in the social function This article discusses legal issues relating to the social function of property, its evolution and its application in the industrial property, and highlights aspects of patentability, pipeline patents and compulsory licensing.

Keywords: Industrial property. Social function of property. Patent. Compulsory License

Sumário: 1. Introdução; 2. Função Social da Propriedade; 3. Evolução da Função Social da Propriedade; 4- A Patente e o Princípio da Função Social da Propriedade; 4.1 Patentes; 4.1.1 Patenteabilidade; 4.2 Patentes Pipeline; 4.3 Licença Compulsória; 5. Conclusão.

1. Introdução

A propriedade industrial é o ramo do Direito que trata dos bens imateriais, com aplicação industrial. A Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996, que atualmente a regulamenta a matéria é de fundamental relevância para a sociedade, visto que são dedicados à preservação de sua utilidade e desenvolvimento tecnológico e econômico.

A propriedade, a partir da Constituição federal de 05 de outubro de 1988 teve mais um elemento a ser considerado, a sua função social, deixando de ter apenas aspecto privado.

A função social da propriedade nasce do objetivo primário do Estado em organizar a sociedade de forma justa e solidária. Neste sentido é necessário que a propriedade, seja ela material ou imaterial, objetive um fim, devendo este ser de interesse coletivo.

A sociedade necessita que toda propriedade possua um destino claro e efetivo num contexto maior, não mais individualizado como outrora. A função que cada propriedade possui deverá ser respeitada *a priori*, a mera cumulação de riquezas não condiz mais com os interesses sociais atuais.

O presente artigo tem por objetivo suscitar reflexões sobre o princípio da função da propriedade e suas utilizações no âmbito das patentes.

2. Função Social da Propriedade

Para conceituar o princípio da função social da propriedade incerto na Constituição Federal no artigo 170, III, impõe-se a análise dos vocábulos para melhor compreensão do sentido da expressão.

A palavra “função” traz a idéia da existência, e para o proprietário, de autênticos *deveres*. Sendo assim, haveria a atribuição de uma *função* à propriedade.

No entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello a “função” existe “quando alguém está investido no dever de satisfazer das finalidades em prol do interesse de outrem”¹.

O vocábulo social na acepção de João Lopes Guimarães Júnior é descrita como “conveniente à sociedade” ou “que interessa à sociedade”. Para este autor:

A qualificação “social” só a merece aqueles interesses, valores ou bens que a *lei* elegeru como prioritários, que consagrou como dignos de especial proteção pelo Estado por sua relevância, senão para todo o conjunto da população, certamente para sua maioria. [...]

A idéia de função social da propriedade, nessa ordem de raciocínio, emerge como o dever do proprietário de atender a finalidades relacionadas a interesses protegidos por lei².

Pode-se concluir que a função social da propriedade é a obrigação/dever que o proprietário possui para dar um destino adequado a sua propriedade, ou seja, a propriedade é um bem integrante de seu patrimônio individual, e como tal, não pode perder suas características próprias, desde que sua utilização seja adequada às necessidades da coletividade.

Nos dias atuais vivemos com uma nova ordem social cuja primazia é a pessoa humana, tanto é assim que um dos fundamentos da República é o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), e um dos objetivos fundamentais (artigo 3º, III) é erradicação da pobreza. Ademais, o inciso II do art. 3º, estabeleceu que a República

1 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 28.

2 GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 29, a. 8, 2003, p. 1413-1439.

Federativa do Brasil visa a “garantir o desenvolvimento nacional” de forma que não haveria razão para se limitar este desenvolvimento, sem que haja descumprimento ao ordenamento legislativo vigente.

Não é por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, consagrou o “direito à propriedade” e a “função social da propriedade”, *in verbis*: [...] XXII — é garantido o direito de propriedade; XXIII — a propriedade atenderá a sua função social.

Desta forma, o conceito de propriedade é redefinido, pois deixa de lado um caráter extremamente individualista e egoísta para assumir um papel social, que vai além da simples limitação do direito de propriedade, de forma que o legislador além de conciliar o interesse do proprietário, mas também submete os interesses patrimoniais aos princípios constitucionais fundamentais.

Para Nelson Rosenvald, a imposição da função social da propriedade pela própria Constituição, decorre dos próprios anseios da sociedade, pois a evolução social tem demonstrado que “a justificação de um interesse privado muitas vezes é fator de sacrifícios de interesses coletivos”³.

O paradigma patrimonial está sendo alterado, fazendo com que determinados conceitos sejam revistos e revitalizados. E é por isso que os direitos à propriedade e o da função social da propriedade, foram incluídos na Carta Magna de forma intencional, pois se almeja que o bem adquirido por um não possa ser motivo de litígio para outros. Com isto pretende-se evitar o acúmulo de propriedades sem destino, pelo simples prazer de ter. A propriedade será garantida de forma perpétua e exclusiva, desde que não cause danos à sociedade.

Pode-se afirmar que a função social passou a ser mais uma das faculdades da propriedade, ao lado do uso, gozo, disposição e reivindicação, porém o proprietário permanece com seus direitos garanti-

3 ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 29.

dos, podendo, inclusive, transmiti-la livremente. Sem embargo, a finalidade econômica do bem necessita se adequar às atividades urbanas e rurais básicas, a fim de que as riquezas circulem e gerem empregos.

A função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, entre elas a presença do interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos.

Na verdade para Celso Bastos: “a função social visa recolocar a propriedade na sua trilha normal⁴”.

O direito à propriedade não pode mais ser visto como meio de enriquecimento. É necessário que ele atenda aos fundamentos da República, visando a construção de uma sociedade mais justa e solidária, uma vez que a própria sociedade anseia por uma justiça social.

Para redividir as riquezas com o fim único de um bem-estar geral, foi necessário que estes entendimentos fossem sacramentados na Carta Política de 1988, fazendo com que o individualismo fosse superado pelo desejo coletivo.

Ensina Gustavo Tepedino⁵:

A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência; todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à

4 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. vol. II, p. 125.

5 TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional. In: Tumbachlak, James; Bustamante, Ricardo. *Estudos Jurídicos*. RJ: Ed. Instituto de *Estudos Jurídicos*, 1991, p. 318.

função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo.

O direito sobre a utilização de marcas e sinais sempre preocupou o homem. Logo após a Revolução Industrial, esta inquietação sobre a propriedade industrial ficou mais latente obrigando que fosse disciplinada.

No Brasil, a primeira legislação que regulou o instituto foi o Alvará de 28 de abril de 1809, e posteriormente as Constituições⁶ regulamentaram o privilégio temporário exclusivo sobre patentes e invenções.

A propriedade industrial compõe o patrimônio do homem, sendo esta imaterial, pois incide sobre as criações intelectuais destinadas à indústria, marcas, desenhos ou invenções. Destaca-se também que possui tratamento diferente daquela propriedade disposta no Código Civil, sendo regulado pela Lei nº 9279/96.

A propriedade imaterial, ou direitos imateriais, é gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade. A propriedade intelectual, por sua vez, divide-se entre os direitos autorais e conexos, e a propriedade industrial.

Como por exemplo, cita-se as Leis nº 9.609 e nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que normatizam a propriedade intelectual de

6 Na Carta Imperial de 1824 e na Carta Republicana de 1891, vigia, ainda, um conceito individualista de propriedade, compatível com o período histórico de suas edições, garantindo o “direito de propriedade toda a sua plenitude”, só excepcionado pela desapropriação. Com a edição da Constituição de 1934, foi introduzida (art. 113, nº 17) a garantia de que o direito “de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo”. Com o fim do “Estado Novo” de Vargas, a Constituição de 1946, é minudente na definição da função social e, embora garantido o direito de propriedade (art. 141, §16) no art. 147 ressalva que: “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. A Constituição de 1967, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional de 1969, manteve em parte o dispositivo (art. 160, III), acomodando-o à situação política vigente, sem afastar a propriedade de “sua característica básica”, ou seja, o cumprimento da função social.

programa de computador e sua comercialização, bem como os direitos autorais, respectivamente.

Como as demais propriedades que fazem parte integrante do patrimônio do indivíduo, a propriedade industrial não pode de forma alguma trazer qualquer tipo de prejuízo a terceiros, ou ferir o interesse coletivo, por isto estão regidas pelo princípio da função social da propriedade.

Na Constituição Federal o tema é previsto no artigo 5º, inciso XXIX, *in verbis*:

“XXIX — a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

3. Evolução da função social da propriedade

O instituto da função social da propriedade não é recente, remonta à Idade Média onde mereceu atenção da doutrina cristã, sobretudo à Suma Teológica de São Tomás de Aquino.

Destaca-se que nas antigas sociedades primitivas, tribais, a propriedade pertencia a todos e todos dela zelavam como patrimônio coletivo. Na realidade não se trata de uma função social, mas da funcionalidade dada a estas propriedades.

Posteriormente, baseado nos critérios de equidade e justiça supralegislativa, o jusnaturalismo compreende a função social da propriedade como meio de realização da justiça divina, ou seja, os bens devem ser instrumentos para realização da justiça⁷. Paralelamente, a

7 TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional. In: Tumbachlak, James; Bustamante, Ricardo. *Estudos Jurídicos*. RJ: Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 315.

doutrina tomista já preconizava que a propriedade deveria atender não só as necessidades do seu proprietário, mas, também, a toda a coletividade na qual aquele estava inserido⁸.

No final do século XIX, face ao acúmulo de capitais proveniente da Segunda Revolução Industrial, surgiram diversas corporações que passaram a controlar a produção e o mercado mundial. Entretanto, esta concentração de riqueza trouxe a separação entre os conceitos de propriedade e sociedade empresária, bem como seu controle. Tal fato revela a idéia de que os bens destinam-se à produção de riquezas, com a finalidade de suprir as necessidades de seu titular e o interesse da coletividade.

Nesta época, a função social representava o acúmulo de capital, tanto que se entendia que quanto mais capital tivesse um Estado, mais rico este seria e conseqüentemente a vida desta sociedade seria melhor, principalmente porque se tinha a idéia de que as oportunidades eram iguais, e, portanto, todos poderiam alcançar uma riqueza pessoal ideal às suas necessidades.

De acordo com Gustavo Tepedino⁹:

Na sociedade liberal do século XIX, a função social da propriedade passa a ser encarada como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade humana. O sujeito de direito do Estado Liberal é caracterizado pelo seu poder de contratar e dispor. O binômio contrato-propriedade é a marca principal do individualismo então reinante. O homem era livre para contratar, criando o direito de suas relações jurídicas privadas, e adquirir propriedades, apoderando-se de suas riquezas com a exclusão dos demais sujeitos de direito. Não importava para aquela sociedade que a liberdade contratual e a força máxima da propriedade resultassem em um número cada vez maior de sujei-

8 CHALHUB, Melhim Namen. *Propriedade Imobiliária Função Social e Outros Aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 8/9.

9 TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit. p. 315.

tos de direito despidos, materialmente, da possibilidade de contratar e dispor.

Segundo Jefferson Carús Guedes¹⁰:

A legislação civil dos Séculos XIX e XX, em diversos países, buscou uma definição de cunho mais científico, preenchendo o conceito com aquilo que lhe pareceu ser o verdadeiro conteúdo. O que se deve salientar, entretanto, é que nas legislações comparadas do século anterior, o conceito de propriedade se confundia com as faculdades (usar, gozar e dispor) que dela se refletem em favor do proprietário o que na dedução legislativa era mesmo o direito de usar, gozar e dispor.

Pode-se perceber, conforme também ressaltado por estes autores, que os limites do proprietário não existiam, sendo-lhes garantido usar, gozar ou mesmo dispor de sua propriedade a seu bel-prazer, instituído na idéia de um Estado Liberal, onde todos possuíam as mesmas possibilidades de acumular riquezas. Hoje se sabe, que tal possibilidade se tratar de uma utopia. Na verdade as possibilidades eram diferentes, o acúmulo de riquezas era concentrado nas mãos de poucos, que não se importavam com o grupo no qual estavam inseridos.

Com a evolução do direito de propriedade, há entendimento que este hoje se funda em três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade. O bem comum surge com a própria sociedade, de uma vontade geral em construí-lo, fazendo com que os bens particulares a ele se subordinem. A participação de cada um transforma os indivíduos em seres humanos, que percebem a necessidade de todos viverem uns pelos outros¹¹.

10 GUEDES, Jefferson Carús. Função social das propriedades: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. *Revista de Direito Social*. N. 15, a. 4, jul/set 2004, p. 100-101.

11 ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p. 29.

Neste contexto, o Código Civil de 1916, em seu artigo 524, ainda que de forma indireta, definiu a propriedade ao garantir: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Este conceito, cunhado no início do século XX, não diferiu do concebido no início do século XXI, muito embora o Código Civil brasileiro (Lei nº 10406 de 11 de janeiro de 2002) tenha sua vigência iniciado sob a égide de uma nova sociedade, aquela que busca o bem-estar geral e prima pela vida digna. O diploma vigente não fez nenhuma evolução no aludido conceito, como se pode verificar na redação do artigo 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Apenas fez introduzir nos seus cinco parágrafos a idéia do cuidado com o meio ambiente, a defesa de interesse de terceiros, a desapropriação e da posse e sua respectiva indenização.

No Brasil, destaca-se alguma legislação bem anterior que dá respaldo para atingir a noção do que hodiernamente seja a função social da propriedade. Muito embora, pela própria época a perspectiva esteja sempre voltada a áreas rurais, tal como a legislação portuguesa do século XIV, cujo objetivo principal era que as terras fossem aradas podendo assim produzir riquezas para que aquele pequeno país pudesse crescer. A lei das Sesmarias de 26 de junho de 1375, *in verbis*¹²:

[...] obriga a prática da lavoura e o semeio da terra pelos proprietários, arrendatários, foreiros, e outros, e dá outras providências [...]
Eu El Rei faço saber os que esta lei virem [...] Todos os que tiverem herdades próprias, emprazadas, ou aforadas, ou por qualquer outro título, que sobre as mesmas lhês de direito, sejam constringidos a lavrá-las e semeá-las. Se por algum motivo legítimo as não puderem

12 GUEDES, Jefferson Carús. Op. cit., p. 103.

lavar todas, lavrem a parte que lhes parecer poder comodamente lavar, a bem vistas e determinação dos que sobre este objeto tiverem intendência; e as mais façam-nas aproveitar por outrem pelo modo que lhes parecer mais vantajoso de modo que todas venham a ser aproveitadas.

Devem os mesmos ser constrangidos a ter bois [...]

Se por negligencia ou contumácia, os proprietários não observarem o que fica determinado, não tratando de aproveitar por si ou por outrem as suas herdades, as Justiças territoriais, ou as pessoas que sobre isto tiverem intendência, as dêem a quem as lavre, e semeie por certo tempo, a pensão ou cota determinada.

É certo que a preocupação do Rei não era com o proprietário, mas sim com que a terra poderia produzir e os frutos que a coroa pudesse obter; contudo pode-se evidenciar o início do aproveitamento total da terra.

No século XVI com a descoberta do Brasil por Portugal, este se agigantou ao ver a imensidão de terras encontradas, iniciando sua divisão pelas denominadas capitanias hereditárias, que correspondiam a uma extensão de terra outorgada pelo Rei aos seus mais fiéis súditos. Esse sistema não prosperou como o esperado, a intenção de se acumular riquezas através da terra cedida a pessoas leais não se mostrou eficaz como em Portugal. Por esta razão criou-se um novo sistema denominado de sesmarias, que consistia em condicionar a concessão da terra ao seu aproveitamento útil e econômico. Muito embora parecesse um sistema mais justo e ideal, ainda assim não prosperou em determinadas localidades, mas foi o berço da formação da propriedade privada no Brasil¹³.

Isto não implica em afirmar se tratar de função social da propriedade, mas essas posses foram posteriormente consideradas pela doutrina como um dos requisitos da função social, ou seja, é a efetiva utilização da terra.

13 Op. cit., p. 104.

Observa-se que o novo mandamento constitucional se preocupou com a função social da propriedade, com vista à obtenção de uma sociedade mais justa, capaz de produzir riquezas para uso interno de sua sociedade e externo para garantir divisas.

A nova face do Brasil requer mais do que princípios que não se aplicam e não incorporam na sua integralidade a dignidade da pessoa humana, pois a sociedade é uma só, muito embora com suas características diferentes. É através destas características diferenciadas que se deve pensar de forma plural na função social da propriedade, como irrigar áreas capazes de produção, fomentar a industrialização de modo racional a fim de não danificar o meio ambiente e assim por diante.

4. A patente e o princípio da função social da propriedade

Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial, conforme dispõe o artigo 5º da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (LPI), que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

A propriedade industrial não pode ser considerada um direito absoluto, pois deve permitir o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do país, podendo sofrer restrições nos exercícios dos direitos que delam decorram em função dos interesses sociais do país.

Desta forma não é possível que o Brasil tenha um sistema de propriedade industrial que não esteja em consonância com a Constituição.

A Lei n. 9.279/96 dispõe no seu artigo 6º *in verbis*: “Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei”.

4.1 Patentes

Em relação à concessão de patente, os dois bens protegidos pelo direito de propriedade industrial são a invenção e o modelo de utilidade, e sua proteção específica se dá mediante a concessão de patente, desde que atenda aos requisitos legais.

O pedido de proteção é realizado junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) pelo autor da invenção ou do modelo de utilidade, mas também pode ser realizado, segundo artigo 6º, § 2º, *in verbis*: “pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.”

Nas hipóteses em que o invento foi realizado em conjunto, o pedido de proteção poderá ser feito por todos os inventores, ou por qualquer deles, isoladamente, desde que, neste caso sejam nomeados e qualificados os demais, para ressalva dos respectivos direitos.

4.1.1 Patenteabilidade

A LPI não definiu o que é uma invenção, apenas afirma que “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

Porém de maneira diversa define o conceito de modelo de utilidade no seu artigo art. 9º, dispõe que: “É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”.

Sendo assim, o autor de uma invenção ou de um modelo de utilidade, para obter a patente, deve atender aos seguintes requisitos: a) novidade; b) atividade inventiva; c) aplicação industrial; e d) licitude.

O requisito da atividade inventiva é atendido sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (art. 13), para o modelo de utilidade será atendido sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.

A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (art. 15).

Em relação ao requisito da licitude deve ser observado o artigo 18, o qual afirma não serem patenteáveis:

[...]

I — o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II — as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III — o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade — novidade, atividade inventiva e aplicação industrial — previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais”

Com a alteração introduzida pela Lei nº 10.196 de 14 de fevereiro de 2001 passou a ser permitida a concessão de patente de medicamento, porém com um requisito especial, que é a prévia anuência da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Com o processamento de todos os trâmites legais e concluído o exame, será proferida decisão pelo INPI, deferindo ou não o pedido de patente formulado (art. 37).

Sendo deferido e pago os emolumentos, a patente será concedida, expedindo-se a carta-patente (art. 38).

A propriedade industrial possui caráter resolúvel, sendo assim os registros de marcas e patentes garantem às pessoas o direito de obter proteção às criações industriais. O INPI, enquanto autarquia, possui a missão de zelar por tais registros.

No caso das patentes, conforme prevê o art. 40 da Lei nº 9.279/96: “A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”. E ainda o parágrafo único, elenca que: “O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

Considerando que o prazo das patentes na Lei nº 5772, de 21 de dezembro de 1971, era menor que o previsto na Lei n. 9279/96, surgiram algumas discussões em torno da eventual aplicação do prazo maior. Tal questionamento chegou em 2007 ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do RESP 960728 em que a sociedade empresária Du Pont não conseguiu estender por mais cinco anos a patente do herbicida Clorimuron, de largo emprego em lavouras de soja e milho. A Du Pont entrou com recurso contra o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), mas a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendeu que a patente do herbicida teria expirado em 1998, e não em 2003 como pretendido pela sociedade empresária. A Turma seguiu integralmente o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, com julgamento em 17 de março de 2009 e publicação em 15 de abril de 2009.

Neste julgado, os advogados da Du Pont alegaram que o prazo de 20 anos da patente estabelecido pela Lei n. 9.279, de 1996, poderia ser aplicado à patente do Clorimuron. Para a defesa da sociedade ré, seria possível a concessão do benefício com base no Acordo

Trips (Tratado Internacional de Proteção de Propriedade Intelectual), do qual o Brasil se tornou signatário com promulgação do decreto nº 1355 de 30 de dezembro de 1994. O acordo daria a opção para países em desenvolvimento estenderem patentes em diversas áreas de negócios.

O Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, entretanto, entendeu que, na época da concessão da patente do produto, em 1983, valia ainda a Lei nº 5.771, de 1971, que estabelecia um prazo 15 anos. Para o TRF, não seria viável estender em mais cinco anos o prazo de proteção da patente, com base no Acordo Trips, para patentes concedidas na vigência daquela Lei. A Du Pont recorreu então ao STJ e usou basicamente a mesma argumentação.

Inicialmente, em seu voto, a ministra Nancy Andrighi considerou a natureza do Trips. Para ela o acordo não seria uma “lei uniforme”, ou seja, não foi feito para ser aplicado diretamente aos particulares. Apontou ainda que não seria amplamente aceito que esse tipo de tratado sobrepujasse toda a legislação nacional sobre o tema. A magistrada considerou que, apesar de o tratado ter data para seu início em janeiro de 1995, efetivamente seus efeitos só começariam em janeiro de 2000, existindo ainda uma opção, não exercida pelo Brasil, no sentido de estender por outros cinco anos a necessidade de alteração da legislação interna para alguns setores tecnológicos ali especificados.

A ministra Nancy Andrighi apontou que a Lei n. 9.279/96 veio ajustar a legislação nacional aos termos do acordo, pois o objetivo deste, na esteira das negociações para criação da OMC, era o de provocar a uniformização da legislação sobre patentes em todo o mundo, cabendo a cada país signatário a adaptação de sua legislação interna. A ministra considerou que o Trips não teria como superar a legislação então vigente no país para alterar relações jurídicas já constituídas, sendo, portanto, impossível estender o prazo de patentes concedidas antes da vigência da Lei n. 9.279, e a ementa¹⁴ ficou da seguinte forma.

4.2 Patentes Pipeline

A LPI introduziu o instituto com o objetivo de corrigir, em parte, a falta de patentes para produtos químicos, e processos e produtos de fins farmacêuticos e alimentares na legislação anterior (artigos 230 e 231 da Lei nº 9279/96). Tal instituto visava trazer diretamente ao sistema jurídico brasileiro as patentes solicitadas no exterior ou no

14 Ementa — Comercial. Recurso especial. Mandado de segurança. Patentes. Pedido de prorrogação, por mais cinco anos, de patente concedida na vigência da Lei nº 5.772/71, em face da adesão do Brasil ao Acordo TRIPS. Natureza do Acordo. Exame das cláusulas relativas às possíveis prorrogações de prazo de vigência do TRIPS para os países em desenvolvimento e das discussões legislativas no Congresso brasileiro durante a adesão ao Acordo. — Quando o STJ acatou, em precedentes anteriores, a prorrogação do prazo de 15 anos previsto na anterior Lei nº 5.771/71 para 20 anos, com base no acordo TRIPS, tomou por premissa necessária um fundamento que não chegou a ser questionado e que está longe de ser pacífico, segundo o qual tal Acordo, no momento de sua recepção pelo Estado brasileiro, passou a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas que tinham em um dos pólos detentores de patentes ainda em curso de fruição. — Em reexame da questão, verifica-se, porém, que o TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. — O argumento de que o Brasil não demonstrou interesse em fazer valer o prazo extra de quatro anos, como Nação em desenvolvimento, para aplicação do TRIPS desconsidera a existência de dois prazos de carência no corpo do Acordo, pois é nítida a diferença entre as redações dos §§ 2º e 4º do art. 65. Com efeito, o § 2º, quando cria o prazo geral de aplicação de cinco anos (na modalidade 1 + 4) fala expressamente que tal prazo é um direito do Estado em desenvolvimento; porém, ao tratar do segundo prazo adicional, no § 4º, a redação muda substancialmente, estando ali consignado que um Estado nas condições do Brasil “poderá adiar” a aplicação do Acordo em alguns pontos por mais 5 anos. A segunda ressalva é uma mera possibilidade, ao contrário da primeira. — O Brasil, conforme demonstram as transcrições das discussões legislativas juntadas aos autos, abriu mão do segundo prazo especial e facultativo de mais cinco anos constante no art. 65.4, prazo esse destinado à extensão da proteção a setores tecnológicos ainda não protegidos pelas antigas Leis de Patentes; mas não do primeiro prazo, porque, em relação a este e pelos próprios termos do Acordo, qualquer manifestação de vontade era irrelevante. — Em resumo, não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art.65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito. Recurso especial não conhecido.

Brasil, que não poderiam ser deferidas em face da proibição da lei anterior (Lei nº 5772/71).

O termo *pipeline*, cuja tradução para o português seria tubulação, refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda poderão ser protegidos. O *pipeline* também pode ser chamado de patente de revalidação.

O texto legal dispõe que: [...]

“Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente. [...]

Art. 231. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às matérias de que trata o artigo anterior, por nacional ou pessoa domiciliada no País, ficando assegurada a data de divulgação do invento, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu um marco na controvérsia sobre o prazo de validade das patentes *Pipeline*, que são aquelas concedidas por um país e, posteriormente, validadas em outro, o que se faz com base na análise dos requisitos de patenteabilidade realizada no país de origem, sem a necessidade de novo exame.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.145.637-RJ¹⁵, que teve como Relator o Desembargador, Vasco Della Giustina, da 3ª Turma, (convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), sendo julgado em 15/12/2009 e publicado em 08/02/2010).

Ficou fixado que o prazo de proteção conferido pelo Brasil é o mesmo que o prazo remanescente no exterior, a contar da data do depósito no Brasil, respeitado o limite de 20 anos estipulado pela legislação brasileira sobre propriedade industrial.

A discussão quanto à aplicação dos requisitos previstos na Lei n.º 9.279/96 às patentes *pipeline*, notadamente quanto ao critério da novidade, costuma ter início na peculiaridade de sua disciplina jurídica, isto é, no regime jurídico diferenciado traçado pela legislação or-

15 PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PATENTE PIPELINE . PRAZO DE VALIDADE. CONTAGEM. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DEPÓSITO NO EXTERIOR. OCORRÊNCIA DE DESISTÊNCIA DO PEDIDO. IRRELEVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E SISTEMÁTICA DE NORMAS. TRATADOS INTERNACIONAIS (TRIPS E CUP). PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS PATENTES. APLICAÇÃO DA LEI. OBSERVÂNCIA DA FINALIDADE SOCIAL.

1. O regime de patente pipeline, ou de importação, ou equivalente é uma criação excepcional, de caráter temporário, que permite a revalidação, em território nacional, observadas certas condições, de patente concedida ou depositada em outro país.

2. Para a concessão da patente pipeline, o princípio da novidade é mitigado, bem como não são examinados os requisitos usuais de patenteabilidade. Destarte, é um sistema de exceção, não previsto em tratados internacionais, que deve ser interpretado restritivamente, seja por contrapor ao sistema comum de patentes, seja por restringir a concorrência e a livre iniciativa.

3. Quando se tratar da vigência da patente pipeline, o termo inicial de contagem do prazo remanescente à correspondente estrangeira, a incidir a partir da data do pedido de revalidação no Brasil, é o dia em que foi realizado o depósito no sistema de concessão original, ou seja, o primeiro depósito no exterior, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento (v.g.: prioridade unionista). Interpretação sistemática dos arts. 40 e 230, § 4º, da Lei 9.279/96, 33 do TRIPS e 4º bis da CUP.

4. Nem sempre a data da entrada em domínio público da patente pipeline no Brasil vai ser a mesma da correspondente no exterior. Incidência do princípio da independência das patentes, que se aplica, de modo absoluto, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade patentárias como do ponto de vista da duração normal.

5. Consoante o art. 5º, XXIX, da CF, os direitos de propriedade industrial devem ter como norte, além do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, o interesse social. Outrossim, na aplicação da lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC).

dinária que as distingue das patentes ordinárias mercê da vinculação que as patentes *pipeline* guardam com a patente originária estrangeira.

A problemática que envolve o critério da novidade e as *pipelines* explica-se pela relação de dependência que a revalidação de patente estrangeira no ordenamento jurídico pátrio tem com a situação jurídica originária da concessão patentária. Questão essa que ainda não foi aprofundada nas discussões travadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade (autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.234).

A referida ação possui como relatora a Ministra Cármen Lúcia, sendo distribuída a ação em abril de 2009, havendo em março de 2010, parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, recomendando-se a modulação dos efeitos.

A Lei n.º 9.279/96 teve o condão de corrigir um estado de inconstitucionalidade, visto que, quando vigente o Código de Propriedade Industrial, de 1971, a vedação à patenteabilidade de medicamentos sacrificava totalmente o direito fundamental à proteção inventiva, consagrado no art. 5.º, XXIX Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a lei nova prestou-se a corrigir tal vício e a regra transitória da patente *pipeline* compensou, de certo modo, os inventores que, sob a égide da legislação anterior, encontravam óbices, ainda que contrários à Constituição, para proteger seus inventos.

4.3 Licença Compulsória

A licença compulsória é um mecanismo de defesa contra possíveis abusos cometidos pelo detentor de uma patente e que é acionado pelo governo do país concedente do privilégio. Através da licença compulsória o governo autoriza um terceiro a explorar o objeto da patente sem o consentimento prévio do seu detentor.

O conceito de licença compulsória é muito antigo, desde 1623 estava presente no Estatuto dos Monopólios do Reino Unido. O primeiro tratado internacional sobre patentes, a Convenção de Paris de 1883, também incorporou este dispositivo aos seus regulamentos. A licença compulsória era usada para forçar os inventores a usarem sua invenção no país concedente da patente. Posteriormente, através das sucessivas revisões da Convenção, o rigor na aplicação deste mecanismo foi sendo abrandado, as exigências de fabricação local foram sendo abandonadas, mas o mecanismo subsistiu como mecanismo de defesa contra possíveis abusos.

A licença obrigatória não revoga os direitos do detentor do privilégio. O governo que fizer uso deste dispositivo continua obrigado a oferecer ao titular da patente uma justa compensação pelo seu uso. Os direitos do titular continuam válidos, somente agora sua exploração não mais se fará sob um regime de monopólio.

O mais recente acordo multilateral sobre patentes, o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo ADIPC ou TRIPS), mantém o direito dos países membros da OMC de instituírem em suas legislações nacionais os dispositivos referentes a licenças compulsórias.

O artigo 31 de TRIPS detalha uma série de condições para que tais licenças sejam emitidas. Entre as condições que TRIPS admite para a concessão de licenças obrigatórias estão:

a) Emergência ou extrema urgência; b) Práticas anti-competitivas; c) Uso público não-comercial; e d) Patentes dependentes.

A legislação brasileira. Lei n^o 9.279/96 no seu Capítulo VIII, Seção III, relaciona as condições para a emissão de licenças compulsórias, onde se destaca:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusi-

va, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

O Decreto nº 3.201/99 dispõe sobre a concessão de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público, *in verbis*:

Art. 1º — A concessão, de ofício, de licença compulsória, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso apenas para uso público não-comercial, de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996, dar-se-á na forma deste Decreto.

Art. 2º — Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou através de licenciado, não atende a essas necessidades.

§ 1º — Entende-se por emergência nacional o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional.

§ 2º — Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País.

5. Conclusão

A Constituição Federal de 1988 trouxe como fundamento a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é neste contexto que o princípio da função social da propriedade tornou-se extremamente relevante. A busca pelo crescimento econômico e social com justiça obrigou o Estado a repensar a forma de aquisição e proteção das propriedades.

Na propriedade industrial também se aplica o princípio da função social da propriedade, uma vez que os inventos trazem bene-

fícios à sociedade. Desta forma, há necessidade de uma imposição de limites maior do que da propriedade material.

A função social da propriedade cumpre sua missão quando efetivamente coloca o coletivo acima do individualismo, sem perder de vista que os bens possuem valor e que cada indivíduo tem a possibilidade de obtê-los.

Podemos considerar que nas licenças compulsórias, há a aplicação do princípio da função social da propriedade.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

O CASO TELCO À LUZ DO CONFLITO ESPACIAL DE NORMAS

THE ANALYSIS OF THE TELCO CASE UNDER THE CONFLICT OF LAW RULES

*Ana Carolina Weber*¹

Resumo: Um dos aspectos mais importantes do estudo do Direito é refletir sobre os pontos de contato entre os seus diferentes ramos. Este artigo pretende analisar um relevante caso de direito societário cuja decisão teve de levar em consideração a aplicação do direito internacional privado. Por conta disso, o propósito do artigo é destacar os principais aspectos que devem ser considerados por um advogado de direito societário quando perante um caso semelhante ao aqui analisado.

Abstract: One of the most relevant aspects of studying Law is to reflect over the contacts points of the different Law subjects. This article intends to analyze a relevant corporate law case which decision had to take in account some issues of conflict of law. Therefore, it is the article purpose to point out the main aspects of conflict of law that shall be analyzed by a corporate lawyer when facing a case like the one described in the article.

1 A autora agradece a ajuda na revisão do texto aos bacharelados Michel Mancini, Hugo D'Aboim Inglez e Luiza Milani.

Palavras-chave: Direito Societário. Direito Internacional Privado. Alienação de Controle. Regras de Conexão.

Keywords: Corporate Law. Conflict of Law. Transfer of Control.

Sumário: I. Da Colocação do Problema. II. Da apreciação do caso concreto pela CVM. III. O Direito Internacional Privado. IV. Da teoria de qualificação. V. Das regras de conexão e sua aplicação à pessoas jurídicas. VI. O Caso Telco.

I. Da colocação do problema

Em maio de 2010, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários — CVM enfrentou questão que vem sendo recorrente no direito societário brasileiro em virtude da internacionalização do controle de sociedade anônimas sediadas no Brasil, que passam a ser detidos por companhias estrangeiras.

Trata-se do Processo Administrativo CVM nº RJ 2009/1956 em que a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários da CVM concluiu pela obrigatoriedade de realização de oferta pública de aquisição das ações (“OPA”) de emissão da TIM Participações S.A. (“TIM Participações”) pela Telco S.p.A (“Telco”), sociedade com sede na Itália.

Contra a decisão da área técnica da CVM foi interposto recurso ao seu Colegiado, de modo a afastar a exigência da OPA. O Colegiado deveria, portanto, analisar uma operação de reestruturação societária envolvendo empresas com sede no Brasil e na Itália.

A TIM Participações é uma companhia aberta com sede no Brasil, titular de 100% (cem por cento) das ações de emissão da TIM Celular S.A. e da TIM Nordeste S.A. O controle direto da TIM Participações era desempenhado pela TIM Brasil Serviços e Participações S.A., cujo capital social, por sua vez, era detido por uma subsidiária integral da Telecom Itália S.p.A. (“Telecom Itália”).

Foi sustentado pelos acionistas minoritários da TIM Participações que o controle da Telecom Itália havia sido alienado e, por isso, deveria ser realizada oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações.

Colocaram-se três questões para o Colegiado da CVM: (i) houve alienação de controle da Telecom Itália S.p.A.?; (ii) qual lei deveria definir o conceito de controle para fins de determinar se ele foi objeto de alienação?; e (iii) deveria ser efetuada oferta pública para aquisição de ações de emissão da TIM Participações?

De fato, o que houve no caso em análise foi um problema de conflito espacial de leis, uma vez que poder-se-ia aplicar à operação e à definição de controle tanto a lei brasileira quanto a italiana, pois ambas detinham contato com a situação.

O presente artigo se propõe à análise do posicionamento expressado pelos Diretores da CVM à luz dos princípios e regras de direito internacional privado.

II. Da apreciação do caso concreto pela CVM

Conforme referido, o controle da TIM Participações era exercido pela Telecom Itália, de cujo capital social a Olimpia S.p.A. (“Olimpia”) detinha 17,99%. A Olimpia, por sua vez, era controlada pela Pirelli & C S.p.A. (“Pirelli”), titular de 80% do capital social da companhia, cabendo os 20% restantes do capital social à Edizione Holding S.p.A e à Edizione Finance International S.A. (atualmente denominadas Sintonia S.A.).

Em 28.04.2007, um conjunto de sociedades, entre as quais a Sintonia S.A., celebrou um *Co-Investment Agreement*, por meio do qual seria constituída a Telco, com o objetivo de compra de 100% do capital social da Olimpia.

A operação de compra de ações de emissão da Olimpia foi implementada, passando a Telco a, num primeiro momento, (i) ser

titular direta de 100% do capital social da Olimpia, que por sua vez detinha 17,99% do capital da Telecom Itália, e (ii) deter diretamente 5,6% das ações de emissão da Telecom Itália.

Em um momento seguinte, a Olimpia foi incorporada pela Telco, conferindo a esta a titularidade de participação equivalente a 23,59% do capital votante da Telecom Itália.

Questionou-se, a partir daí, se a aquisição do montante global de ações pela Telco significou a alienação do controle acionário da Telecom Itália, que, em tese, seria exercido pela Olimpia. Ou seja, os acionistas minoritários da TIM Participações requereram junto à CVM a realização de uma OPA para aquisição de suas ações representativas do capital social da TIM Participações, uma vez que o controle dessa companhia teria sido supostamente alienado na Itália.

A Superintendência de Registro de Valores Mobiliários entendeu que a compra e venda de ações na Itália teria caracterizado alienação do controle da TIM Participações e, por conta disso, deveria ser efetuada, nos termos do artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976, *“oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle”*.

No exame do recurso interposto pela Telco, o Colegiado entendeu, por maioria, pelo não cabimento da OPA. É importante frisar a ausência de uniformidade dos votos dos Diretores da CVM, como se passa a relatar.

Vale destacar que o presente artigo enfatizará a fundamentação dos referidos votos no que diz respeito à aplicação do direito internacional privado e da eventual incidência de lei estrangeira. Ainda que relevante a discussão sobre a exigibilidade da OPA, esta não é objeto deste estudo.

O Relator do Processo Administrativo, Diretor Eliseu Martins, ao analisar a incidência do precedente Arcellor Mitall² e do artigo 11

da Lei de Introdução ao Código Civil, entendeu que a aplicação da legislação do país da sede da companhia em que ocorreu a operação da alienação de controle poderia implicar em soluções distintas para casos de essências semelhantes, “*dependendo do conceito de controle adotado pelos respectivos países*”.

Com efeito, o Relator afastou a incidência da regra de conexão prevista no artigo 11 da LICC — que prevê que as pessoas jurídicas devem ser regidas pela lei do local em que se constituíram — com fundamento na necessidade de proteção de minoritários e na imposição de um ônus injustificável às companhias que deveriam acompanhar continuamente as transferências de participações de controladores indiretos. Segundo o Diretor Eliseu Martins:

não me parece fazer sentido que caiba ao minoritário investigar em que país está localizado o controle da companhia na qual pretende investir ou já investe no Brasil, estudar sob quais hipóteses se dá a alienação de controle nesse país, para daí utilizar essas informações para análise da adequação do preço das ações dessa companhia, para decidir sobre compra ou venda etc. (...).

Assim, entendeu o i. Diretor que a operação em tela deveria ser regida pela lei brasileira, que, segundo ele, impunha o dever de a Telco efetuar uma oferta pública para a aquisição das ações de emissão da TIM Participação detidas por seus acionistas minoritários.

O Diretor Octavio Yazbek, ainda que tenha proferido decisão distinta no mérito, adotou as premissas expressadas pelo Diretor Relator quanto à lei aplicável à identificação do acionista controlador de uma determinada pessoa jurídica. Com efeito, o Diretor Octavio Yazbek reconheceu que a definição de acionista controlador de uma so-

2 Trata-se de Decisão do Colegiado da CVM proferida no Processo CVM RJ 2006/6209, Relator Wladimir Castelo Branco Castro, julgado em 25.09.2006, no qual adotou-se o entendimento “*de que a lei que deve regular a verificação da ocorrência, ou não, de alienação de controle é a da constituição da sociedade*”.

cidade anônima deve ser determinada de acordo com a lei que rege tal sociedade. Entretanto, para ele, apesar da referência a outro ordenamento jurídico, este não era o cerne do processo, devendo ser afastada quaisquer ponderações a respeito.

O Diretor Eli Loria, por sua vez, deslocou a análise da questão para uma outra esfera. Segundo o referido Diretor, a possibilidade de OPA decorre da natureza eminentemente obrigacional estabelecida pelo artigo 254-A da Lei das S.A., bem como da determinação do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Dessa forma, para o Diretor Eli Loria, como a obrigação de realizar a oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações se constituiria no Brasil, ela deveria ser regida pela lei brasileira.

Finalmente, a Presidente Maria Helena Santana expressou seu voto no sentido de reconhecer a existência de um conflito espacial de leis. Isso porque:

a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) possui em seu artigo 11 regra de que as sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituírem. Adicionalmente, a LICC estabelece em seu art. 9º que as obrigações são regidas pela lei do País em que forem constituídas. Isto posto, entendo que pelas normas de direito internacional privado, a OPA por alienação indireta de controle da TIM Participações se regerá pela lei brasileira (art. 9º) caso, de acordo com a **lei italiana**, tenha havido alienação de controle na operação de que se trata. (grifo acrescentado)

O Diretor Marcos Pinto acompanhou o voto do Diretor Relator no mérito o que permitiu, ao fim, a conclusão do Colegiado pelo provimento ao Recurso, decidindo-se pela inexigibilidade da oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações.

Apesar de a inexigibilidade da oferta pública ter sido reconhecida pela maioria dos Diretores (3 votos a 2), não houve uniformida-

de, entre os votos vencedores, quanto à análise do elemento de estraneidade presente no caso concreto.

Logo, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos elementos integrantes do direito internacional privado que deveriam ter conduzido a análise do caso presente.

III. O Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado apresenta-se como um ramo do direito com a função de apaziguar conflitos instaurados entre os sujeitos de direito e também entre os demais ramos do direito.

Em virtude das inúmeras relações jurídicas envolvendo entidades de diferentes nacionalidades ou pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos, pode ocorrer uma sobreposição de normas, provenientes de distintas ordens jurídicas que pretendem regular uma determinada situação concreta.

Com efeito, o direito internacional privado pressupõe a existência de elementos de estraneidade nas relações jurídicas, os quais, por sua vez, demonstram que os deveres e obrigações ali constituídos possuem pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico e, por isso, necessitam de uma norma de sobredireito para definir qual lei deverá incidir³.

3 BRAZ, Eliane. *Introdução ao Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p.7. “*Temos um fato de interesse do direito internacional privado quando a relação jurídica se relaciona a duas ou mais ordens jurídicas. O direito internacional privado indica a ordem jurídica a qual essa relação jurídica deve se submeter; determinando o direito primário adequado à sua apreciação.*”

A característica essencial do direito internacional privado está na conexão, pela qual o juiz é levado a considerar preceitos de ordem jurídica distinta da sua, embora essa determinação decorra de norma territorial (lex fori). É esse elemento estrangeiro (pessoa, coisa, ato jurídico, decisão judiciária) que identifica o objeto do direito internacional privado. Sem a sua existência não podemos falar em direito internacional privado.” A respeito também, dispõe BENDOR,

Nesse sentido, Clovis Bevilacqua assinala que a soberania e a diversidade de leis são, por assim dizer, duas expressões do mesmo fato, e que é na antítese estabelecida entre a concentração nacional e a expansão individual que se deve procurar a origem racional do direito internacional privado, cuja função sociológica é harmonizar esses dois princípios divergentes⁴.

Identifica-se, portanto, o direito internacional privado como o ramo de direito a solucionar o conflito interespaçial de leis⁵. Suas normas não solucionam o conflito que se instaura no caso concreto; no entanto, são um indicativo das normas nacionais que deverão decidir a questão controversa.

Duas grandes discussões permearam por muito tempo o direito internacional privado. A primeira delas dizia respeito ao seu papel uniformizador.

Segundo alguns autores, o direito internacional privado, enquanto expressão do direito interno, não teria funcionalidade, uma vez que não afastava de vez os conflitos de normas — cada direito nacional poderia conter regras de conexão de conteúdo distinto.

Rumou-se, então, para uma tentativa de uniformização, como a que ocorreu por meio de edição do Código de Bustamante⁶. Entre-

Ariel L.; BEN-EZER, Ayelet. *Conceptualizing Yahoo! v. L.C.R.A.: private law, constitutional review, and international conflict of law*. *Cardozo Law Review*, 2004, p. 5: “Generally speaking, constitutional law is purely domestic concern. International conflict of laws (in the private international law context) is also technically a branch of domestic law in that it varies from one country to the next, but it also involves numerous international considerations. Its subject matter— dispute involving foreign litigants or other foreign elements— raises questions relating to international jurisdiction, choice of law, and the enforceability of foreign judgement. Moreover, a conflict of law analysis often leads to the transference of a dispute to the court of another country or to the application of foreign law”.

4 STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 32.

5 Vale assinalar que a identificação do direito internacional privado com o conflito interespaçial de leis foi aceita de sobremaneira nos Estados Unidos da America que a cadeira da escola de direito que estuda esse tema se denomina “*Conflicts of Law*”.

tanto, percebeu-se que as normas internas ainda eram importantes em muitas situações e que as normas uniformizadoras não conseguiam indicar satisfatoriamente o direito interno a solucionar a disputa.

Um segundo aspecto muito discutido foi o campo de abrangência do direito internacional privado. Haroldo Valladão defendia a tese segundo a qual o direito internacional privado tem por objeto leis de qualquer natureza que abranjam conflitos de leis no espaço, quer nacionais, estaduais ou provinciais; civis, comerciais, penais trabalhistas, processuais ou fiscais⁷.

O professor Jacob Dolinger, expondo a situação de forma mais clara, demonstrou que o direito internacional privado tem de fato um campo de incidência amplo, não havendo qualquer impedimento para que surjam elementos de estraneidade em relações fiscais, trabalhistas, financeiras, penais e administrativas a serem solucionadas pelo direito internacional privado⁸.

No fundo, independentemente do ramo do direito com o qual o direito internacional privado dialogue, a questão a ser elucidada é o conflito de leis, mostrando que o direito internacional privado procura determinar, por meio de um complexo de normas, qual o direito a ser aplicado.

IV. Da teoria de qualificação

O Direito Internacional Privado trabalha com relações interindividuais estabelecidas entre sujeitos de direito pertencentes a siste-

6 O tratado mais importante de direito internacional privado ratificado pelo Brasil foi o Código de Bustamante, de 20.02.1928, promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.1929.

7 Pontes de Miranda defendia posição distinta, segundo a qual o direito internacional privado não poderia ser aplicado a questões ligadas ao direito público. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

8 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.257.

mas jurídicos diversos. O DIPRI surge como o ramo do direito solucionador dos conflitos estabelecidos nas relações jurídicas que apresentem elementos de estraneidade.

Quando da análise dos diferentes ordenamentos jurídicos que podem ser aplicados a um caso controvertido submetido ao DIPRI, antes de ser indicada a lei aplicável, o intérprete e o aplicador do Direito Internacional Privado têm uma etapa anterior a cumprir.

Amílcar de Castro, verificando essa situação, afirmou:

A ordem jurídica é um conjunto organizado de princípios gerais, de instituições, de regras, de conceitos, de normas ou critérios, destinados à apreciação de fatos reconstituídos por palavras, faladas ou escritas. Todos os seus elementos são interdependentes, como partes solidárias de um conjunto exclusivo. Sua parte visível compõe-se de instituições, enquanto estas se formam de disposições particulares; as quais, sempre informadas por princípios gerais ocultos, correspondem-se, agrupam-se e classificam-se, conforme as suas diferenças específicas. Em razão dessa classificação, cada qual conserva o lugar que lhe compete; na mesma ordem não pode ser deslocada de uma para outra categoria, nem postergada; nem pode ser transportada de uma para outra ordem.

*Por conseguinte, **quando se apresenta um fato reconstituído, para ser juridicamente apreciado, torna-se necessário preliminarmente resolver em que setor da ordem se devem buscar os critérios de julgamento***⁹. (grifamos)

Dessa forma, para que o DIPRI possa estabelecer qual a lei aplicável segundo suas regras de conexão é preciso, antes, saber quais as regras de conexão que serão aplicadas.¹⁰

9 CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 217.

10 AMORIM, Edgar. *Direito Internacional Privado*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41. "Ocorre que os conceitos variam de legislação para legislação, tanto no que tange ao linguajar como também à qualificação. A exemplo disto, podemos citar noção de personalidade que está

O procedimento da qualificação busca resolver esses questionamentos¹¹. A qualificação constitui, portanto, “*a operação pela qual o juiz, antes de decidir, verifica, mediante a prova feita, a qual instituição jurídica correspondem os fatos realmente provados*”, e, assim, passa a estabelecer qual a regra de conexão aplicável ao caso¹².

Jacob Dolinger reconhece que o processo de qualificação não é restrito ao Direito Internacional Privado, mas destaca que é neste ramo que a qualificação apresenta a sua maior e mais importante manifestação:

*A qualificação é um processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas. Além dos fatos, os próprios institutos jurídicos também exigem uma qualificação clara e definida*¹³.

O conceito e a compreensão da qualificação também são trazidos pelo próprio significado do vocábulo. Para a análise completa do tema, faz-se necessário escapar, por alguns instantes, do culto ao jurídico, para nos remetermos às elucidações trazidas pela própria língua portuguesa.

vinculada a certas controvérsias, como aquela de nascer com vida e com forma humana, ou somente nascer com vida.”

11 GRUENBAUM, Daniel, Qualificação lege comunitatis, in Paulo Borba CASELLA e Vera Lucia Viegas LIQUIDATO, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p.425-452. “*Portanto, antes de se chegar à lei aplicável — mas sempre já no processo de interpretação que conduzirá a sua aplicação — é preciso que se identifique a regra de conexão apropriada, o que depende da qualificação*”.

12 ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 76.

13 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.361.

O dicionário Aurélio nos traz o seguinte conceito para qualificação:

*Qualificar: indicar a(s) qualidade(s) de, classificar; emitir opinião a respeito de, avaliar, apreciar; atribuir qualidade(s), reputar, considerar.*¹⁴

Já o Houssais define o termo da seguinte forma:

1. Ato ou efeito de qualificar. 2. atribuição de qualificativo a pessoa ou coisa; determinação da qualidade de algo (...). 3. conjunto de atributos que habilitam alguém ao exercício de uma função; cabedal (...). 4. dir. civ. fornecimento de dados concernentes à própria identidade, profissão, residência, ao estado civil e domicílio. 5. Dir. pen. determinação da natureza da infração em face da lei penal, com o fim de classificar e estabelecer a gradação da pena a impor ao delinquente.¹⁵

Não podemos esquecer que o Direito Internacional Privado trabalha com ordens jurídicas diversas, e, por esse motivo, nosso estudo não pode ser restritivo ao direito brasileiro e à língua portuguesa. Assim, o dicionário norte-americano Black esclarece que:

*Qualification — 1. The possession of qualities or properties (such as fitness or capacity) inherently or legally necessary to make one eligible for a position or office, or to perform a public duty or function voter qualification requires one to meet residency, age, and registration requirements. 2. A modification or limitation of terms or language; esp., a restriction of terms that would otherwise be interpreted broadly he contract contained a qualification requiring the lessor's permission before exercising the right to sublet.*¹⁶

14 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1668.

15 Instituto Antônio Houaiss. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2345.

16 GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8th ed. Saint Paul: Thompson West, 2004, p. 1275.

Desta forma, com o auxílio das definições vocabulares, conclui-se pela necessidade de se buscar lei solucionadora do conflito somente após saber exatamente o conteúdo do que se está a solucionar. Por exemplo, se é uma questão relativa à uma obrigação de compra de ações por uma sociedade, deve-se buscar a regra de conexão que aponta a norma nacional a estabelecer deveres e responsabilidades das pessoas jurídicas.

Questão relevante à qualificação das categorias jurídicas para aplicação da regra de conexão diz respeito à determinação da lei que regerá o processo de qualificação. Como vimos anteriormente, pode ocorrer — e o normal é que ocorra — de dois sistemas jurídicos qualificarem diferentemente uma mesma questão.¹⁷ Por conta disso, precisa-se definir qual vai ser o sistema escolhido a reger a qualificação.

Três teorias foram estabelecidas entre os autores de DIPRI a fim de elucidar essa problemática.

Weiiis, Nussabaun e Anzilotti seguiram os ensinamentos de Etienne Bartin e colaboraram para a instituição de uma teoria, segundo a qual, para se definir a lei que vai reger a qualificação deve-se aplicar a *lex fori*. O professor Jacob Dolinger destaca os argumentos trazidos pelos referidos autores:

1) sempre que o juiz francês tem que decidir sobre a lei aplicável para a solução de uma questão ligada a mais de um sistema jurídico, é ao seu direito internacional privado que deverá recorrer; as normas conflituais internas hão de orientá-lo na escolha da lei aplicável. Se, preliminarmente, a esta escolha da lei aplicável se torna necessário classificar a questão jurídica, nada mais lógico do que ater-se ao seu pró-

17 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.361. “Como dito, há que se decidir que sistema jurídico irá qualificar. Não se confunda a lei qualificadora com a lei aplicável. Assim, é perfeitamente possível que a lei qualificadora seja a do foro, e, partindo desta qualificação, se venha a aplicar a lei material de outro sistema jurídico, assim como também pode acontecer que a lei estrangeira qualifique uma situação jurídica e disto decorra a aplicação da lei do foro.”

prio sistema. Realmente, não seria cientificamente lógico que, enquanto a segunda etapa de um processo segue determinada lei, a etapa anterior, que lhe é preliminar e prejudicial, seja solucionada por outro sistema jurídico.

*2) como admitir qualificação da questão pela *lex causae* — a lei estrangeira aplicável — se ainda não sabemos se ela será realmente a lei escolhida, tudo dependendo da qualificação que se der ao caso, eis que, se qualificada for a questão de determinada forma, aplicável realmente será a lei estrangeira, mas se qualificada de outra forma, aplicável será a lei do foro¹⁸.*

Em oposição a esta construção doutrinária, surgiram autores defendendo a aplicação da *lex causae* para determinar a lei qualificadora. Despagnet, na França, Pacchioni, na Itália, e Wolff, na Alemanha, foram os representantes desse pensamento. Para eles, dever-se-ia solicitar ao direito estrangeiro que eventualmente fosse aplicada a qualificação da relação jurídica em foco. A grande crítica que se fez a esses doutrinadores foi a de que deixaram de levar em consideração o fato de que a definição da lei aplicável é procedimento posterior à definição da lei que rege a qualificação. Não se poderia reger a qualificação por uma lei que, no futuro, não viesse nem a ser aplicada.

Uma terceira teoria foi a de Ernst Rabel, que propôs a qualificação por referência a conceitos autônomos e universais. Para ele, o juiz não deve ficar preso às qualificações estabelecidas em determinada lei¹⁹. Deveria o magistrado por meio de um método comparativo, buscar a criação de conceitos autônomos dotados de caráter universal. O grande problema deste pensamento é o irrealismo e a utopia que nele está presente.

No Direito brasileiro, Haroldo Valladão procurou sistematizar o processo de qualificação em algumas etapas: na primeira, se busca-

18 Id., p.366.

19 Nesse sentido, ver o estudo detalhado realizado por GRUENBAUM, Daniel. Qualificação *lege comunitatis*, in Paulo Borba CASELLA e Vera Lucia Viegas LIQUIDATO, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p.425-452.

ria a qualificação pelos conceitos da lei do foro (qualificação provisória). Em seguida, se, em razão desta qualificação, a lei aplicável for estrangeira e determinar critério qualificativo diverso, a qualificação provisória será corrigida por esta lei, transformando-se, desta forma, em qualificação definitiva.

Na verdade, apesar da excelência do raciocínio criado por Valladão, nos parece mais razoável a adoção da *lex fori* para a definição da qualificação²⁰. O professor Jacob Dolinger bem resume a posição que aqui se adota:

*A qualificação, que é ponto de partida do processo conflitual, deve reger-se pela lei do foro, pois, dependendo da qualificação a ser dada, haverá ou não aplicação de lei estrangeira. Sendo qualificada a situação de acordo com a lei do foro, e, atendido o comando do d.i.p. do foro, que indica a aplicação de lei estrangeira, verifica-se que esta, por sua vez, determina a aplicação da lei do foro (reenvio de 1º grau) ou de lei de terceiro país (reenvio de 2º grau), pode-se perfeitamente conceber o atendimento desta determinação da lex causae. O ponto de chegada e o ponto de partida não precisam reger-se pelo mesmo princípio.*²¹

Dessa forma, é a lei do foro que conduz a análise da qualificação a embasar a escolha da regra de conexão aplicável.

Ou seja, colocada a questão controversa perante um juiz e havendo elementos de estraneidades, ele deve verificar como a sua lei

20 No mesmo sentido, RODAS, João Grandino. *Direito Internacional Privado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70; AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 39; CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 230: “as qualificações não podiam ser outras senão as do fórum; e se a lei às vezes se desvia deste princípio é porque a ordem jurídica não anda necessariamente presa à lógica, mas às conveniências sociais, à justiça, à utilidade; entretanto, no silêncio da lei, não se deve admitir a prevalência da qualificação estranha, porque a questão está sendo resolvida no fórum, e a solução destina-se precipuamente a valer aí mesmo.”

21 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 369.

do foro qualifica a questão. Uma vez identificada a categoria jurídica, passa-se à busca da regra de conexão aplicável, que por sua vez poderá indicar o direito nacional ou estrangeiro como solucionador do litígio.

V. Das regras de conexão e sua aplicação a pessoas jurídicas

As regras de conexão são normas de sobredireito, isto é, pairam sobre as normas de direito material, as quais resolvem efetivamente as controvérsias levadas a conhecimento do juízo²². Tais regras não afirmam se há o direito ou não. Na verdade, representam o indicativo da norma pertencente a um determinado ordenamento jurídico que decidirá o caso em análise²³.

Os autores costumam classificar as normas de direito internacional privado em: normas unilaterais e normas bilaterais.

As normas unilaterais são aquelas que se referem apenas à aplicação do direito interno, sem que se manifestem sobre a aplicação do direito estrangeiro. Por exemplo, o Código Civil Francês de 1804 determinava que a lei francesa aplicava-se ao estado e a capacidade dos franceses, mesmo que residentes no estrangeiro. Tal dispositivo não continha qualquer disposição acerca do direito aplicável a outras pessoas que não os franceses.

Já as normas bilaterais são as regras de conexão típicas, pois não somente informam quando o próprio direito do foro deve ser aplicado, como também indicam quando o direito estrangeiro incidi-

22 JACOB DOLINGER. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

23 A norma de direito internacional privado tem a particularidade de revelar unidade formal, ao mesmo tempo que representa duas funções, intimamente conexas, no sentido de delimitar a eficácia das normas de ordem interna e de indicar a lei estrangeira que deve reger determinada relação. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 124.

rá. Diferentemente das normas unilaterais, elas delimitam tanto a aplicação do direito interno quanto do externo. Tais normas especificam exatamente qual o direito — nacional ou estrangeiro — deve ser aplicado à determinada situação jurídica.

É o que ocorre com o artigo 7º da Lei de Introdução, o qual estabelece que “*a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*”.

Alguns autores sinalizam para um fenômeno denominado bilateralização das regras de conexão. São hipóteses em que o aplicador do direito, a partir de um grupo de normas que determinam expressamente a aplicação do direito interno, conclui que o conceito estabelecido na norma permite remissão ao direito estrangeiro. Ou seja, se a regra de conexão do foro estabelece que a capacidade das pessoas físicas é regida pela lei local, pois esta é a lei de sua nacionalidade, conclui-se, ao bilateralizar tal norma, que para reger a capacidade de pessoas físicas não nascidas no foro deve ser adotada a lei de sua nacionalidade.

Além da natureza bilateral que as regras de conexão típicas apresentam, o comando contido em tais normas, ao determinar a aplicação do direito estrangeiro, deve ser entendido como a determinação de aplicação do direito estrangeiro em sua integralidade.

A doutrina inclusive já sinalizou — quando, em seus primórdios, discutia-se a aplicação da norma estrangeira determinada pela regra de conexão do foro — que a norma estrangeira deve ser aplicada de forma integral²⁴. Percebe-se, desta feita, que há uma diferença

24 MARQUES, Frederico. *O Direito Internacional Privado*. In: http://www.dip.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29 “*Cada Estado possui regras, em princípio aplicável dentro de suas fronteiras. Mas há relações jurídicas que extrapolam os limites de determinado Estado. Essas relações geram o tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, cuja resolução é tarefa precípua do Direito Internacional Privado. Por conseguinte, há nos ordenamentos nacionais regras criadas expressamente para reger a solução dessas situações multiconectadas, chamadas de normas indiretas ou conflituais.*”

entre a simples aplicação da norma-lei e a aplicação da lei em conformidade como seu ordenamento jurídico. Esta, inclusive, foi a orientação consagrada no artigo 412 do Código de Bustamante²⁵. O professor Jacob Dolinger nos ensina:

*Ao aplicar o direito estrangeiro determinado por regra do D.I.P, o magistrado deverá atentar para a lei estrangeira na sua totalidade, seguindo todas as suas remissões, incluídas suas regras de direito intertemporal, normas relativas à hierarquia das leis, seu direito convencional, seu direito estadual, municipal, cantonal, zonal, seu direito religioso, suas leis constitucionais, ordinárias, decretos, etc. (grifo acrescentado)*²⁶.

Caso seja indicada lei estrangeira para reger a solução do conflito em decorrência da incidência da regra de conexão, coloca-se para o julgador o dever de aplicar a referida lei em sua totalidade, inclusive examinando sua compatibilidade com as normas constitucionais do sistema na qual se insere, com a jurisprudência e com os demais ramos do ordenamento com os quais a norma dialoga.

25 Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos — Código de Bustamante — Havana — 1928: “Artigo 412 Em todo Estado contratante onde existir o recurso de cassação, ou instituição correspondente, poderá ele interpor-se por infração, interpretação errônea ou aplicação indevida de uma lei de outro Estado contratante, nas mesmas condições e casos em que o possa quanto ao direito nacional.”

26 DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 277. Complementando: “*Even assuming that these difficulties can be resolved satisfactorily, i.e. that constitutional review and private international law are not completely incompatible, their interaction raises a host of complex questions. For instance, when a choice of law provision provides that a transaction is to be governed by substantive law of a particular system refers to the entire law of that system, including its constitution. Presumably then, a rule of contractual interpretation that violated the designated country's constitution would be considered void and would not be applied by a foreign court applying the designated country's contract law, despite the parties' expectations and the constitutionality of the designated law under the forum court's constitution. It is not clear, moreover, that one country's courts are appropriate venue for constitutional review of a second country's laws under the second country's constitution.*” BENDOR, Ariel L.; BEN-EZER, Ayelet. Conceptualizing Yahoo! v. L.C.R.A.: private law, constitutional review, and international conflict of law. *Cardozo Law Review*, 2004, p. 5.

Os conceitos de bilateralidade da norma e de aplicação integral do direito estrangeiro ficam mais claros quando do exame do artigo 11 de Lei de Introdução ao Código Civil.

No que diz respeito às pessoas jurídicas e, por consequência, às sociedades anônimas, o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil adotou como regra de conexão a lei do local da celebração dos atos constitutivos (*lex loci celebrationis*).

O referido dispositivo expressamente determinou:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

A LICC, nessa regra de conexão tipicamente bilateral, estabeleceu que as sociedades anônimas devem ser regidas pela lei do local de celebração de seus atos constitutivos²⁷. Reconheceu, inclusive, uma prática que vem sendo desenvolvida por outros sistemas jurídicos e no direito convencional, como assinala Oscar Tenório²⁸:

No estudo comparativo do direito convencional sobre as sociedades, verificamos a preferência concedida ao princípio do reconhecimento da pessoa jurídica de acordo com as disposições de sua constituição em um dos Estados contratantes.

Assim, ao seguir o modelo de regra de conexão que já vinha sendo internacionalmente aceito, a LICC não foi unilateralista. Na verdade, nosso legislador caminhou bem e estabeleceu uma regra de conexão que permite a solução do conflito quando em uma relação entre pessoas jurídicas há um elemento de estraneidade.

27 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 199.

28 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Vol II. 9 ed. 1970, p. 9.

Além disso, ao determinar que as pessoas jurídicas devem obedecer às leis dos Estados em que se constituírem, o artigo 11 determina que seja aplicada com integralidade a lei do local da constituição de tais pessoas jurídicas.

Nesse sentido, se a regra de conexão brasileira determina que a uma sociedade anônima aplica-se a lei estrangeira, uma vez que tal sociedade se constituiu no exterior, aplica-se a lei alienígena às relações internas de tal sociedade, às relações com seus acionistas, ao estatuto social, às relações com seus controladores.

Dessa forma, tendo a Lei de Introdução ao Código Civil estabelecido a regra de conexão do local da constituição para as pessoas jurídicas, os direitos, deveres e atribuições atinentes à estrutura das sociedades e às suas obrigações com seus acionistas serão regidas pela lei do local onde elas se constituíram.

VI. O Caso Telco

O caso objeto do presente artigo diz respeito e a situação jurídica na qual havia um elemento de estraneidade a demandar a aplicação das regras de conexão.

O Caso Telco, como assim ficou conhecido, decorreu da reclamação de acionistas brasileiros titulares de ações de emissão TIM Participações, em virtude de suposta alienação indireta do controle desta companhia.

O elemento de estraneidade estava presente no fato de se discutir uma possível alienação de controle que ocorreu no estrangeiro. Assim, não é possível, como alguns diretores da CVM pretenderam, afastar as regras de conexão brasileiras, uma vez que se tratava de hipótese a exigir a aplicação do direito internacional privado.

Como já mencionado, havendo concorrência de dois sistemas jurídicos para regular uma mesma questão, é necessário e imprescindível recorrer às regras de conexão.

Ultrapassada a questão quanto à incidência ou não das regras de conexão, seria necessária qualificar a situação jurídica para saber qual a regra de conexão — dentre as estabelecidas pela Lei de Introdução ao Código Civil — que seria aplicável.

Vale ressaltar que está se discutindo a qualificação e a aplicação das regras de conexão com base no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi aqui que se instaurou o litígio e, por isso, deve se buscar na ordem jurídica deste foro as respostas a tais questionamentos.

Tratava-se de hipótese em que deveria ser verificado se a compra, pela Telco, de 100% do capital social da Olímpia — potencial acionista controladora indireta da TIM Participações — e sua posterior incorporação pela Telco configurariam alienação de controle da TIM Participações.

O caso é complexo, pois envolve potencial alienação indireta de controle. Para se concluir positivamente sobre a alienação, ela deveria ser verificada em sua origem, ou seja, analisar se houve uma efetiva alienação do poder de comandar os negócios sociais e prevalecer nas assembleias gerais, por aquele acionista que ao final da cadeia acionária detinha o controle.

Logo, a situação a ser qualificada é o complexo de relações jurídicas que envolvia a Olímpia de modo a permitir verificar se ela exercia efetivamente o controle sobre a Telecom Itália e se esse controle foi transferido para a Telco.

A caracterização desse controle e as obrigações decorrentes do seu exercício diz respeito à essência da sociedade anônima; à relação da sociedade com os seus acionistas a permitir que aqueles que detêm as ações suficientes possam exercer o controle. Assim, a qualificação da hipótese diz respeito a buscar a lei que rege as pessoas jurídicas, uma vez que busca-se a norma a regular as relações ínsitas e próprias da sociedade anônima.

Como destacado, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 11, determina que às pessoas jurídicas deva ser aplicada a lei

do local de sua constituição. Logo, deve ser aplicada à Olímpia, para fins de verificar o seu controle, a lei do local de sua constituição, ou seja, a lei italiana.

Somente com base na lei Italiana é que poder-se-ia verificar se houve alienação de controle e, por fim, analisar a eventual necessidade de realização de oferta pública para aquisição de ações por alienação de controle determinada pela lei brasileira.

Desta forma, percebe-se que uma análise técnica e detalhada do caso concreto permite verificar fundamentação diversa da que foi adotada por alguns diretores da CVM para julgamento do Caso Telco.

De fato, ainda que se tratasse de questão societária, não é possível afastar a aplicação do direito internacional privado, ramo de direito destinado especificamente à solucionar o conflito que se colocou perante o Colegiado daquela autarquia.

**DIREITO
ECONÔMICO**

**PROPORCIONALIDADE E TEORIA DOS JOGOS:
ESBOÇO DE UM MÉTODO COMUM**

**PROPORTIONALITY AND GAME THEORY: DRAFT OF A
COMMON METHOD**

Thiago Cardoso Araújo

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo principal a formulação de método que combine a aplicação da proporcionalidade à luz das contribuições fornecidas pela Teoria dos Jogos. Para tanto: (i) será brevemente investigada a proporcionalidade, fazendo-se a análise de sua utilização no cenário brasileiro, com ênfase na exposição de seus aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (ii) far-se-á a apresentação de alguns conceitos básicos da teoria dos jogos, que serão usados conjuntamente com os elementos referidos em (i) para a construção de método comum. Método este que consiste em tomar uma medida como proporcional quando promove o comportamento dos agentes num quadro que coexistam em que o ótimo de Pareto e o equilíbrio de Nash. Dessa forma, também estarão atendidos os aspectos da proporcionalidade. Por fim, esse método será cotejado com as recentes contribuições teóricas de Robert Alexy, notadamente a denominada fórmula-peso, no intuito de aferir a compatibilização do método apresentado com a construção referida, de modo a demonstrar a aderência daquele com um modelo teórico de justificação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos. Proporcionalidade. Direito Economico.

Abstract: The main goal of this paper is to formulate a method which combines the application of the principle of proportionality under the influence of the contributions provided by Game Theory. Therefore: (i) the proportionality will be briefly investigated, one will analyze its use in the Brazilian scene, emphasizing the exposition of its aspects: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense; and the paper will present some basic concepts of game theory, that will be used adjacently with the elements related in for the construction of a common method. Such method consists of taking a measure as proportional when promoting the behavior of given agents in a picture where Pareto optimal and the balance of Nash coexist. In this case, the aspects of the proportionality will also be taken care of. Finally, this method will be compared with the recent theoretical contributions of Robert Alexy, especially the so called weight formula, this will intend to survey the harmony of the method presented with the related construction, in order to demonstrate the adherence of the latter with a theoretical model of justification of the fundamental rights.

Keywords: Game theory. Proportionality. Economic law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Proporcionalidade; 2.1. Elementos da Proporcionalidade; 2.1.1. Adequação; 2.1.2. Necessidade; 2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito; 2.2. Posologia. 3. Teoria dos jogos e proporcionalidade: esboço de um método; 3.1. Teoria dos jogos. Introdução e conceitos básicos; 3.2 Proporcionalidade e teoria dos jogos: tentativas de um método comum; 3.2.1. Premissas e método; 3.2.2. Primeiro caso: o “jogo do apagão”; 3.2.3. Segundo caso: o “dilema do botijão de gás”. 4. O modelo teoria dos jogos/proporcionalidade: antecipando críticas; 4.1. Atribuição de recompensas; 4.2. Racionalidade versus Moral: o ultimatum game. 5. Fórmula-peso e teoria dos jogos/proporcionalidade: um esboço de compatibilização. 6. Síntese e Conclusão.

1. Introdução

A análise econômica do Direito não pode ser mais ignorada. Vista com desconfiança por alguns¹, seu sucesso pode ser aferido por um critério darwinista — entre nós, constata-se cada vez maior o número de publicações valendo-se desse aporte metodológico, cuja importância mostra-se ascendente.

De fato, verifica-se a incorporação da análise econômica do Direito no cenário brasileiro, haja vista a crescente produção literária nacional, bem como sua incipiente utilização na argumentação de decisões judiciais. Ganham destaque as coletâneas intituladas “Direito & Economia”² e o flerte de ministros do STF com o tema, conclamando os magistrados a avaliarem as consequências econômicas de suas decisões³. Além disso, constata-se a publicação de estudos de Direito Tributário⁴ e também de Direito Empresarial⁵ que se valem de instrumentos da análise econômica do Direito.

1 Por todos os atores pátrios que rechaçam o movimento, cita-se: LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

2 Além de artigos esparsos, destaca-se a *Revista de Direito Público da Economia*, editada por Egon Bockmann Moreira, cuja evolução, desde o seu primeiro número, em 2003, até a presente data, mostra a ascensão do tema, que sai do campo do Direito Econômico e da Regulação e avança para outros setores. Sobre as coletâneas, duas contam com o mesmo título, organizadas por Luciano Bennetti Timm, na primeira, e por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, na segunda. Confirmam-se: TIMM, Luciano Bennetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005; e SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio (orgs.). *Direito & Economia — Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Campus, 2005. De se destacar também as obras precursoras: FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994; e STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Trad. de Neusa Vitalle. São Paulo: Makron, 1993.

3 Discurso proferido por Nelson Jobim em 03.12.2002. Disponível em: http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1239&p_cod_area_noticia=ASCS. Acesso em: 12.09.2008.

4 CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

5 GALESKI JR., Irineu et RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Contudo, no âmbito do Direito Constitucional e, mais especificamente, da metodologia constitucional, são escassos os exemplos de utilização das ferramentas oferecidas pela análise econômica do Direito. Adota-se uma teoria explicativa para o fenômeno.

Com efeito, a partir da última década, percebe-se uma notável influência do pensamento de dois autores nas obras de Direito Constitucional pátrias: Ronald Dworkin e Robert Alexy⁶. Ganhou influxo, a partir daí, o desenvolvimento das análises à luz da teoria dos princípios e, a reboque, além de um rechaço ao positivismo, um discurso que apregoava a necessidade de um retorno aos valores, propiciado pela reunião do Direito à Moral⁷.

Porém, ao lado da defesa deste novo modelo de Direito, tido como desejável pelos autores neoconstitucionalistas⁸, verifica-se também o compartilhamento de tese preconizada por Ronald Dworkin: a crítica à análise econômica do Direito. Crítica que se desenvolve desde meados da década de 1980, em resposta aos escritos de Richard Posner e Guido Calabresi⁹, e se funda na alegada impossibilidade de se tomar a eficiência como um objetivo a ser alcançado pelo Direito¹⁰.

A mesma postura combativa frente à análise econômica do Direito, no entanto, não é percebida no exame do pensamento de Ro-

6 Podendo-se apontar a publicação da seminal obra de Eros Roberto Grau como o momento inicial da influência do aporte teórico dos autores. Confira-se: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação crítica). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

7 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

8 Sobre o neoconstitucionalismo, remete-se o leitor às coletâneas de Miguel Carbonell: (i) CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª. Ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005; e (ii) CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo — ensayos escogidos*. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

9 Cita-se como marco inicial o seguinte artigo: DWORKIN, Ronald. *Is wealth a value?* *In Journal of Legal Studies*, v. 9, 1981.

10 Apresentando os argumentos levantados pelos três autores referidos, sugere-se a leitura de HIERRO, Liborio L. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 16, 2002.

bert Alexy. Ao revés: muito embora o autor não tenha se posicionado em relação a essa questão, existem boas razões que indicam que Alexy possa se valer da análise econômica do Direito¹¹.

E a principal delas se assenta na concepção de uma ordem jurídica na qual coexistem, dentre as espécies de norma, os princípios. Esses, por não estarem assentados numa ordem fixa e imutável¹², conflitam nas circunstâncias fáticas concretas, sendo aplicados por meio de um raciocínio ponderativo, estruturado pela proporcionalidade.

Chega-se, então, ao objetivo do presente trabalho: valendo-se do aporte da análise econômica do Direito, compreendida como “um instrumento poderoso de análise de um vasto conjunto de questões jurídicas¹³”, conciliar a metodologia constitucional com um dos instrumentos utilizados por aquele movimento: a teoria dos jogos.

Desta feita, apresenta-se uma nova maneira de aplicar a proporcionalidade, a partir de uma metodologia aqui denominada “teoria dos jogos/proporcionalidade”.

Por fim, a partir das críticas lançadas a essa nova maneira de aplicar a proporcionalidade, retoma-se o exame das obras de Alexy, no intuito de demonstrar que o método apresentado revela elevada compatibilidade com as teses do autor referido.

Apresentado o plano de estudos, adentra-se aos meandros da proporcionalidade.

11 A mais imediata é a própria utilização de instrumentos econômicos, como as curvas de indiferença. Ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 168-169.

12 cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.* 2008, p. 160.

13 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown and Company, 1973, p. 19.

2. Proporcionalidade

Certos temas parecem compartilhar de um vício originado pelo seu sucesso. Assim como as teorias da relatividade e da seleção natural, a proporcionalidade, no âmbito do Direito, logrou tamanho sucesso ao ser incorporada ao senso comum (e à jurisprudência dos tribunais pátrios) a ponto de ser tomada sem que se empreenda nenhum juízo crítico acerca de seu emprego ou de sua conformação teórica. Em suma, a banalização acaba por acarretar espécie de simplificação.

Compartilhando do entendimento de Paulo Braga Galvão ao prefaciá-la obra de Fábio de Oliveira, admite-se que: “(...) a proporcionalidade, tem sido, mais recentemente no Brasil, objeto de considerável número de livros, como também de artigos publicados em revistas jurídicas, o que gera uma compreensível impressão de que já não haveria, a esta altura, muito a acrescentar a esse respeito¹⁴.” E, prosseguindo Galvão: “todavia, seja porque se trata, na verdade, de princípio de largo espectro, seja porque sempre resta a possibilidade de se desvelarem novas dimensões e de se aprofundar a análise de determinadas facetas de um tema¹⁵” deve o assunto ser retomado constantemente, a fim de que se aprimore seu entendimento e se robusteça sua aplicação.

Assim, volve-se à proporcionalidade a fim de que seja apresentada com uma nova ótica: inserindo-a como o elemento estrutural da técnica de ponderação, aqui definida como *mecanismo ou técnica de aplicação de princípios constitucionais em conflito*¹⁶.

14 GALVÃO, Paulo Braga. *Prefácio à 1ª edição de Por uma teoria dos princípios — o princípio constitucional da razoabilidade* (de autoria de Fábio de Oliveira), 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. xiii.

15 *Idem, ibidem*.

16 Compartilhando do entendimento, ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 110. Adianta-se que não se ignora que tal conceito não é imune a críticas. Exemplificativamente, Ana Paula de Barcellos,

Sendo definido que ponderar significa meio de aplicação de princípios concorrentes, a proporcionalidade presta-se, numa acepção inicial, a ser o elemento estruturante desse processo de ponderação, a equacionar como estes princípios irão interagir e como serão, isto é, em que grau, seja de cumprimento ou de restrição, serão aplicados no caso concreto em análise.

Embora a questão seja tormentosa, não se confunde a proporcionalidade com a razoabilidade¹⁷, bem como, em relação à sua natu-

que faz estudo detido acerca das diferentes acepções da ponderação, somente a toma como “forma de aplicação dos princípios” num primeiro momento. Barcellos explicita, então, que essa foi a forma como a discussão se iniciou no país, a partir da recepção das obras de Dworkin e Alexy, mas esclarecendo que o termo pode ser tomado de maneira mais elasticada, chegando a ponderação a servir para conceituar a atividade jurídica interpretativa como um todo. Humberto Ávila parece adotar essa linha de raciocínio, eis que, partindo da consideração de que a ponderação não seria “método privativo de aplicação dos princípios”, indica que a atividade de ponderação pode ocorrer envolvendo regras. Ver BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005, pp. 24-25; e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 52. No sentido do texto, Susana Pozzolo entende a ponderação como meio de resolver os “conflitos entre normas (princípios) que não se resolvem por meio dos critérios tradicionais de solução das antinomias” (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico — As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 108). Da mesma forma, MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo — a invasão do Direito*. São Paulo: Método, 2007, p. 95.

17 Destaca-se intenso debate acerca do tema, sendo que a maior parte dos autores que se debruçam sobre a questão reconhece uma diferença de origem, que não carrega maior influência quanto à sua aplicação. Defendendo este posicionamento, apontam-se Luís Roberto Barroso, Gustavo Binbenojm, Celso Antonio Bandeira de Mello e Suzana de Toledo Barros (confirmam-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 200; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 58; e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56). Apontando uma diferença funcional entre a razoabilidade e proporcionalidade, indicam-se Humberto Ávila, Margarida Lacombe e Willis Santiago Guerra Filho. Este último enuncia interessante distinção: a razoabilidade “tem uma função negativa: desobedece-la é ultrapassar o que as pessoas em geral consideram aceitável em termos jurídicos”. A proporcionalidade, por seu turno, “demarca aqueles limites e indica como se manter dentro deles,

reza, não pode ser considerada a proporcionalidade como um princípio¹⁸, tampouco como regra¹⁹. Constitui, em realidade, um *tertium genus*, espécie de *metanorma*, que tem por função informar e estruturar a aplicação de outras espécies normativas. Adotando-se a classificação defendida por Humberto Ávila, tem-se que a proporcionalidade é um postulado aplicativo normativo, sendo um “dever que estabelece a vinculação entre *elementos* e impõe determinada *relação* entre eles”²⁰. No presente caso, estes elementos seriam as normas conflitantes, e a relação é a de ponderação, exigindo-se mútua restrição, a partir da atribuição de pesos, decorrentes do raciocínio de aferição de graus de importância e graus de restrição (ou não aplicação).

Para que se examine como se dá esse raciocínio, impõe-se que se passe a cuidar dos elementos que compõem a proporcionalidade e de seu modo de aplicação, sua posologia.

2.1. Elementos da proporcionalidade

Para melhor explicar o que seriam a proporcionalidade e seus

mesmo que numa primeira vista não pareça irrazoável ir além” (Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.) et al. *Dos Direitos Humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 25-26, e também, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos Teóricos do Pragmatismo Jurídico. In: *Revista de Direito do Estado* nº 6, Rio de Janeiro: Renovar, p. 188, abr./jun. 2007; e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit* (2007), pp. 152-157).

18 Sendo este o ponto mais sensível em relação à percepção advinda do senso comum jurídico em relação à proporcionalidade. Contudo, embora a questão mereça ser tratada de forma mais aprofundada, a simples enunciação das seguintes questões parece colocar a natureza principiológica da proporcionalidade em xeque: pode ela ser aplicada “mais ou menos”, de modo gradual, com maior ou menor eficácia? Recebe a proporcionalidade diferentes pesos à luz do caso concreto? Conflita com outros princípios?

19 Afinal, se a proporcionalidade é regra, onde está a conduta que ordena? Ainda que se entenda que ela formule um comando ao aplicador no sentido de: se princípios colidem, *então* deve ser aplicada a proporcionalidade, não é isso bastante para que se dê a ela a natureza de regra.

20 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* (2007). p. 142.

elementos, utiliza-se da figura de uma escada, com três degraus. Cada um destes degraus seria um dos elementos da proporcionalidade. Assim, a medida somente seria proporcional se ao final do processo de análise fosse possível concluir que ela galgou todos os três degraus.

Assim, no momento de aplicar a proporcionalidade, deve o intérprete partir de uma ordem já estabelecida, iniciando-se pelo exame (i) da adequação, isto é, a aferição se uma medida é apta a atingir o fim desejado; (ii) da necessidade, ou seja, se o meio empregado revela-se o menos gravoso à consecução da finalidade; e, finalizando, (iii) da proporcionalidade em sentido estrito, que, de maneira sucinta, revela-se uma análise de custos e benefícios, envolvendo todas as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes. Por fim, rememora-se que somente é possível passar-se à etapa subsequente caso haja atendimento do exame anterior.

No entanto, como se verá a seguir, a aplicação de cada um dos elementos não se mostra isenta de dificuldades.

2.1.1. Adequação

Também denominado “subprincípio da idoneidade, da pertinência, da conformidade ou da aptidão”²¹, diz respeito à aptidão para se alcançar os fins desejados. Informa acerca de uma espécie de relação de causalidade entre meio e fim. Consiste o teste em dois momentos: no primeiro, o intérprete intenta descobrir o que motivou a edição de ato, e, no segundo, perquire-se acerca da congruência entre o meio adotado e o fim desejado²².

Luís Roberto Barroso, adotando denominação diversa para denotar a “existência racional e proporcional entre seus motivos,

21 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Op. cit.* p. 97.

22 BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 127.

meios e fins²³ — denominada pelo autor de razoabilidade interna (aferida somente dentro da lei) — fornece um exemplo de patente descumprimento deste elemento:

[...] se diante do crescimento estatístico de AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação²⁴.

Porém, antes que se trate da relação, a questão da escolha dos fins poderia também ser problematizada. Quaisquer fins são permitidos? São aceitáveis somente os fins não proibidos pelo ordenamento constitucional, ou, são legítimos exclusivamente aqueles permitidos pela Constituição? Jane Reis dispõe que a adequação “exige que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de *um fim constitucionalmente legítimo*”²⁵.

Sobre o ponto, a adoção de uma definição *negativa* de fim constitucionalmente legítimo mostra ser o entendimento mais coerente. A inteligência desse entendimento funda-se na necessidade de se afastar posições reducionistas, caracterizadas pela noção de que a atividade do legislador infraconstitucional deve se limitar a cumprir estritamente a Constituição. A uma, isso não seria desejável, vez que fulminaria qualquer espaço de discricionariedade legislativa²⁶. E, a duas: albergando a Constituição princípios que apontam em direção

23 BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.* (2003), p. 226.

24 *Idem, ibidem.*

25 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.* (2006), p. 324. E, falando em “fins constitucionalmente previstos”, MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Diálogo Jurídico* nº 5, v. I, ago. 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 17.06.2008.

26 O tema está intimamente ligado com a concepção que se faça da Constituição de uma ordem-moldura ou ordem-fundamento.

oposta, não se afigura possível que o legislador cumpra estritamente a Constituição. Deve haver algum campo para o exercício de sua discricionariedade.

Com isso, afirma-se que, para fins de exame da adequação, para que haja aderência ao conceito de fins constitucionalmente legítimos, ao legislador é conferida a prerrogativa de perseguir os objetivos não previstos, mas não proibidos pela Constituição²⁷.

Diante dessa afirmação, acerca do controle a ser exercido em relação aos fins, a razoabilidade externa (adequação da construção com todo ordenamento constitucional)²⁸, tal como proposta por Luís Roberto Barroso, mostra-se como um cânone de interpretação mais apto, devendo antecipar a utilização da proporcionalidade.

Ultrapassada essa etapa, examina-se o verbo: não é tão simples, entretanto, igualar a adequação como mera “aptidão para alcançar o resultado pretendido”. Adequado tem acepção mais ampla, não denotando somente o meio que logra a consecução do objetivo, mas “também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é *fomentada*”²⁹, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”³⁰.

27 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.* (2006), p. 327.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* (2003), p. 226.

29 Jane Pereira parece compartilhar do entendimento de que adequado é o que fomenta, ao lecionar que “a *idoneidade da medida* diz respeito à sua capacidade empírica *para contribuir para a realização do fim*”. Prosseguindo, reconhece que o tema não encontra consenso, podendo-se falar em duas variantes do subprincípio da adequação: versão débil e versão forte (versão forte: uma medida restritiva atenderá ao subprincípio da adequação quando constituir uma forma extremamente eficaz para atingir o fim desejado. Versão débil: a medida restritiva de direito será aceita, desde que de alguma maneira contribua para o atendimento ao fim almejado). Concatenando ideias, fica latente que a posição de “fomentar, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”, exposta por Virgílio Afonso da Silva, traduz o mesmo entendimento esposado pela versão débil, adotada por Jane Reis (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*(2006), p. 328).

30 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In *Revista dos Tribunais* nº 798, São Paulo: RT, abr. 2002, p. 36. O autor sustenta que uma tradução equivocada do termo *födern*, presente em julgado do Tribunal Constitucional Alemão, desencadeou o problema.

A distinção não é bizantina, sendo de vital relevância para o tema em estudo. Se adequação é fomentar, “resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado”³¹, basta que o alcancem em algum grau. Não se exige absoluta concatenação entre o meio e o fim. Uma medida só será inadequada se “não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”³².

Mal comparando, o atendimento à adequação diz respeito a uma obrigação de meio, e não de resultado. Tem, então, uma carga negativa: “apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada”³³.

Passa-se, então, à análise do segundo elemento da proporcionalidade.

2.1.2. Necessidade

Ultrapassado o primeiro exame e descoberta uma medida cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim querido³⁴, urge ingressar na análise do segundo aspecto da proporcionalidade: a necessidade.

Apresentada igualmente como “subprincípio da exigibilidade, do meio mais suave, da menor ingerência possível [...], da intervenção mínima, da indispensabilidade”³⁵, pode ser compreendida pela seguinte máxima do publicista francês Xavier Philippe: “de dois ma-

31 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*(2003), p. 78.

32 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* (2002), p. 37.

33 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*(2003), p. 80.

34 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* (2007), p. 164.

35 OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Op. cit.* (2007), p. 99.

les, faz-se mister escolher o menor”³⁶, ou seja, o meio adotado deve ser o meio mais suave, que cause menos transtorno ao cidadão, sendo aquele que menos o limite.

A necessidade diz respeito à frase cunhada por Jellinek, que se tornou verdadeiro lema da proporcionalidade: “Não se abatem pardais disparando canhões”³⁷.

J. J. Gomes Canotilho a subdivide em quatro elementos integrantes, visando instrumentalizar o exame, sendo eles:

a) a *necessidade material*, pois o meio deve ser o mais “poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados³⁸.

Parte do pressuposto, então, em especial o primeiro subaspecto, da existência de meios alternativos. Meios que, promovendo igualmente o fim pretendido, possam ser menos restritivos. A necessidade, assim, tem um viés intrinsecamente comparativo, ao contrário da adequação, que se vale de parâmetros intrínsecos³⁹ (somente o ato objeto da análise é considerado), assumindo caráter interno.

Diferentemente da adequação, a necessidade é, portanto, um juízo positivo. Não se afasta o meio somente por não ser este o menos lesivo. O intérprete apontará, dentre os vários meios existentes e

36 PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, apud BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* (2001), p. 361.

37 *Idem, ibidem.*

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 383.

39 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* (2002), p. 38.

aptos ao fim desejado, a existência de outro, “mais idôneo e [...] que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas”⁴⁰.

E essa comparação se dá em duas etapas: a primeira versa sobre a igualdade de adequação dos meios, e, em segundo lugar, afere-se o meio menos restritivo⁴¹.

Já na primeira delas, herdam-se dificuldades. Como visto antes, a adequação tem múltiplas dimensões (intensidade, qualidade e certeza, por exemplo). Com base nisto, fica o intérprete perplexo, vez que a utilização destas diferentes dimensões pode levar a resultados contraditórios; pode ser que o meio mais intenso não seja o que tenha maior probabilidade de atingir o meio. Existe algum critério que hierarquize os critérios?

Adota-se, como solução, em face da finalidade do exame (que pretende descobrir o meio que cause a menor ingerência possível, afinal), que será escolhido o meio menos gravoso *na média dos casos*. E, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, que se deva respeitar a escolha da autoridade competente em caso de dúvida acerca das condições fáticas subjacentes à adoção da medida e também ao conteúdo do princípio analisado⁴².

Na segunda etapa, tem-se como tarefa prévia delimitar quais são os direitos restringidos e em que medida eles o são. A partir daí, faz-se o cotejo com os meios alternativos aventados. Ganha o menos lesivo.

Percebe-se, então, da apresentação dos dois primeiros elementos, uma análise estritamente limitada às possibilidades fáticas de somente um princípio. Em outras palavras, os dois primeiros elementos referidos cuidam somente da maximização de um princípio.

40 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.* (2003), p. 82.

41 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* (2007), p. 170. Ou, na expressão de Peter Lerche, a necessidade tem dois núcleos: “meio mais idôneo e a menor restrição possível (*apud* BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, p. 81).

42 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* (2007), p. 172.

2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Enquanto a adequação e a necessidade consideram as possibilidades fáticas de um princípio, neste exame, há o “balanceamento das possibilidades jurídicas”⁴³, isto é, são considerados todos os princípios em colisão. Pierre Müller leciona que a proporcionalidade em sentido estrito impõe a obrigação de escolha do “meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”⁴⁴, ou seja, que mais considerar os princípios colidentes, salvaguardando-os ao máximo.

Agora é o momento de se fazer o sopesamento dos direitos envolvidos, a ponderação⁴⁵. O professor português Gomes Canotilho fala numa obrigação de “justa medida”:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão

43 STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 82.

44 MÜLLER, Pierre. *Le principe de la proportionnalité*, apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* (2001), p. 361.

45 Sobre sopesamento, ponderação e proporcionalidade, seu vínculo e a necessidade de se adotar um método (e não um sincretismo inviável), Virgílio Afonso da Silva é, mais uma vez, preciso ao afirmar que: “A simples menção a termos como restrição a direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade, que, via de regra, sobretudo na jurisprudência, são utilizados como se estivessem destacados de qualquer pressuposto teórico, exige uma clara compreensão da relação entre o *direito*, de um lado, e *seus limites ou restrições*, de outro. A precisão terminológica, neste ponto, é inafastável, pois ‘há diversos termos, que muitas vezes são usados em conjunto, mas que, analiticamente enfocados, são incompatíveis entre si. Ideias como a de limites imanentes, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria com termos como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento. Isso porque, entre outros motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno, ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito, isso exclui que outros fatores externos, baseados por exemplo, na idéia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra” (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* nº 4, Rio de Janeiro: Renovar, p. 36, out./dez. 2006).

de “medida” ou “desmedida” para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁴⁶.

Robert Alexy, referindo-se ao aspecto, formula a sua afamada “lei de ponderação”: “quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁴⁷, que é equiparada à proporcionalidade em sentido estrito.

Impõe-se ao aplicador a difícil tarefa de concertar os interesses existentes, visando à otimização de todos. Se há alguma perda trazida pela medida, a proporcionalidade *stricto sensu* determina que “o que se ganha com a medida deve ser mais lucrativo do que aquilo que se perde”⁴⁸. Há uma real análise de “custo-benefício”, em que se faz a ponderação entre dois princípios atingidos, para definir-se, tomando como meta um perfeito equilíbrio, “se o dano provocado a um deles em benefício da proteção do outro se justifica ante os objetivos maiores pretendidos pela Constituição”⁴⁹.

Chama a atenção dos estudiosos da análise econômica do Direito, desde logo, a simples menção de termos como análise de custo-benefício, de matriz eminentemente econômica.

De volta à proporcionalidade em sentido estrito, trata-se de etapa posterior ao uso da adequação e da necessidade, pois pode ser hábil a afastar a medida que, mesmo adequada e exigível, é desproporcional, resolvendo grande parte das aporias encontradas anteriormente, no exame da idoneidade. Se não se pode definir o meio menos restritivo, dada a multiplicidade de efeitos na ordem constitucional, somente a ponderação, com o emprego da proporcionalidade

46 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*(2002), pp. 383-384.

47 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

48 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Op. cit.* (2007), p. 103.

49 BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *Op. cit.*, p. 134.

em sentido estrito pode fornecer a resposta apropriada. Isto porque “não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro”⁵⁰.

Não é um exame fácil de ser feito, vez que não há parâmetro completamente objetivo para definir o que é uma vantagem, ou ainda, para identificar o grau de importância que cada princípio assume no caso concreto. Âmbito das críticas que apontam o irracionalismo da ponderação, avaliar o que é vantagem e o que será considerado desvantagem, isto é, atribuir peso (ou grau) à satisfação de um princípio ou classificar a importância de um princípio é exercício intelectual que depende de imensa subjetividade⁵¹.

Assume relevância, então, a apresentação da posologia, aqui chamada de “ortodoxa”, da aplicação da proporcionalidade.

2.2. Posologia

De modo sintético: $C_n, P_i \mathbf{P} P_k$ ⁵². Tal expressão, cunhada por Robert Alexy, chamada de “lei de colisão” estrutura a atribuição de pesos num conflito entre princípios a ser dirimido pela proporcionalidade.

Explica-se. Sob determinadas condições, numa conjuntura denominada qualquer (C_n), um princípio deve preferir (\mathbf{P}) outro, isto é, um princípio tem preferência sobre outro. Isso implica a formulação de uma regra, tendo uma validade genérica, estabelecendo, assim, relações de primazia *condicionadas*, servindo como “meio para a

50 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.* (2003), p. 85.

51 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* (2007), p. 173.

52 HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, p. 75.

apresentação dos pesos relativos de princípios em um ordenamento jurídico”⁵³.

Parte-se, então, de uma “relação de precedência” *prima facie*. Se estas fossem catalogadas e elencadas, acabariam por estabelecer uma ordem. Uma ordem fraca, flexível, de princípios hierarquizados abstratamente⁵⁴. E fraca porque pode ser invertida à luz do caso concreto. Ou seja, as precedências não podem conter determinações definitivas, elegendo um princípio “vencedor”⁵⁵. Isto é: o que se dá *a priori* não é necessariamente objetivo.

Daí a relevância da ideia dos pesos. Para que haja essa inversão, exigem-se razões suficientes, isto é, “mais peso”, que possibilite a argumentação e a ponderação nestes moldes. E, ao final, surgirá uma regra, tendo sido os princípios otimizados.

Explicar o funcionamento deste tão intrincado raciocínio não é empreitada simples. Mas, recorre-se à metáfora-mor da ponderação: a balança.

Tomemos um caso bastante explorado pela doutrina: o conflito entre a intimidade e a liberdade de expressão⁵⁶. Por conta de sua ligação aos direitos da personalidade, goza o direito à intimidade, o

53 *Idem, ibidem*.

54 Alexy é enfático, ao dispor que, de forma geral, “é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais”. E, seguindo, postula ser possível uma ordem flexível, compatível com a ideia de sopesamento, por meio de um sistema de preferências *prima facie*, como apresentado, podendo ser tal sistema construído a partir de “uma rede de decisões sobre preferências”. ALEXY, Robert. *Op. cit.* (2008), p. 162-163.

55 STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43.

56 Por todos, FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*; BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 235, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar, 2004.

direito de “ser deixado em paz”⁵⁷, de precedência abstrata em relação à liberdade de expressão.

Normalmente, há atos que dizem respeito somente à discricção pessoal do sujeito. Apresentam-se, como exemplo, os fatos que envolvem aspectos de sua vida emocional e afetiva, tais como: vida conjugal e relações familiares. Há, então, uma relação de precedência estabelecida. Na normalidade das situações, sob as condições-padrão, o direito à intimidade precede ao direito de liberdade de expressão. Em linguagem formalizada: $C_p P_1 \mathbf{P} P_1$. Essa a expressão da relação de precedência. Na nossa metáfora, isto implica que a intimidade, no mais das vezes, deve ser mais pesada que a liberdade de expressão.

Para que haja a inversão desta relação, argumentos, ou seja, peso deve ser fornecido a este último princípio. Isso pode ocorrer se a pessoa for “pública” (*newsworthy figure*)⁵⁸, em que há uma justificativa para que a proteção à intimidade seja diminuída. E dada a relevância da notícia, perpassando a esfera do interesse meramente individual, mais peso será fornecido à liberdade de expressão, que não mais que inverter a relação pré-estabelecida, pode até mesmo limitar enormemente a proteção à intimidade. Um caso pode clarificar o funcionamento da possibilidade dessa inversão.

José e Antonio são irmãos muito unidos, até que um dia há uma rusga e deixam de se falar. Não diz respeito a ninguém perquirir dos motivos da cisma, sendo vedado o acesso à intimidade dos mesmos para que se apure o fato.

Pois bem, mas e se supuséssemos que José e Antonio sejam tão unidos a ponto de constituírem uma sociedade empresarial? Uma sociedade, que, graças à união e ao talento dos irmãos, prospera, a

57 O termo foi formulado originalmente pelo Juiz Cooley, em *The elements of torts*, obra de 1873 (cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 139).

58 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 140.

ponto de, tempos depois, ser necessária a abertura de capital ao público, para ingestão de recursos para possibilitar novos projetos? E se a briga tiver se dado pelo fato de um dos irmãos discordar frontalmente da consecução desse projeto? Não terão os acionistas argumentos para, mesmo que isso invada a intimidade de José e Antonio, conhecer as razões da discussão? Não será isso algo que dê peso suficiente à liberdade de expressão para inverter a relação de precedência *prima facie*?

Mas e o meio dessa divulgação? Amplo e irrestrito? Direcionado somente aos acionistas? Em que grau deve haver a preservação do direito à intimidade? Até que ponto deve ser respeitada a liberdade de expressão? Vital que o meio seja adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito).

Infere-se daí a íntima relação do estudo da teoria da argumentação⁵⁹, uma vez que a atribuição de pesos, em respeito ao caso concreto, deve ser feita mediante justificação racional, controlada intersubjetivamente, e, mais do que isso, “aderível”, isto é, passível de lograr a aprovação⁶⁰ e adesão por quem dela tenha conhecimento.

E mais: constata-se da apresentação do exemplo a importância da proporcionalidade como o mecanismo que estrutura a inversão, ou, de outro modo, a confirmação da relação de precedência e em que grau deve ela se dar, aprofundando-a — isto é, limitando ainda mais o princípio que se provou “mais leve” —, ou minorando-a, quando houver mais razões para aproximar a importância de salvarguardar os confrontantes. Enfim, a partir de uma incidência da lei de colisão, deve ser também aplicada a lei de ponderação. Não basta

59 Junto com a distinção de princípios e regras (e seu corolário necessário: a ponderação), constitui o outro pilar do “pós-positivismo”. O tema é rico e conta com ampla literatura a respeito, destacando-se, apenas num recorte sucinto: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, já referido; ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito* — teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003; LACOMBE, Margarida. *Hermenêutica e argumentação* — uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

60 Ainda que para a parte que sofra a limitação esta se circunscreva à resignação.

saber que um princípio prefere outro, resta saber o quanto prefere outro, isto é, em que grau um deve ser aplicado e em que extensão o(s) outro(s) devem ser restringido(s), ou não realizado(s).

Apresentados os elementos da proporcionalidade, é momento de se verificar a sua aplicação, o seu funcionamento interno.

Em realidade, não subsistem maiores cuidados ulteriores⁶¹: perquirida e confirmada a efetiva colisão de princípios, e a existência de um meio objetivando um fim, resta a aplicação sucessiva dos elementos parciais da proporcionalidade.

Cabe, contudo, uma última observação: como antes referido, há entre os exames uma progressão lógica⁶². A análise da adequação deve preceder à da necessidade, que antecederá a proporcionalidade em sentido estrito. Há uma “ordem pré-definida em que as regras se relacionam”⁶³. O meio só será proporcional, portanto, se for adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, não podendo haver medida inadequada que seja necessária.

Apresentado um correto modo de aplicação da proporcionalidade, com a indicação dos requisitos e da posologia, passa-se agora a uma aproximação da proporcionalidade com outros olhos: como conjugar sua aplicação com a teoria dos jogos?

3. Teoria dos jogos e proporcionalidade: esboço de um método

3.1. Teoria dos jogos. Introdução e conceitos básicos

Do tabuleiro de jogos ao fim do mundo. Poucos ramos da ciência tiveram emprego tão amplo como a teoria dos jogos. A des-

61 O que não significa que a aplicação de cada um dos elementos seja extreme de questionamentos ou dificuldades, como apontado anteriormente.

62 STEINMETZ, Wilson Antonio. *Op. cit.* (2001), p. 154.

63 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* (2002), p. 34.

peito de relatos de sua aplicação já no século XVII⁶⁴, foi somente sistematizada satisfatoriamente em meados do século XX⁶⁵, mais precisamente em 1949, com a publicação de *Theory of Games and Economic Behaviour*, de autoria de John Von Neumann e Oskar Morgenstern, tidos como os pais da teoria dos jogos⁶⁶.

A proposta dos pesquisadores americanos não era simples. Pretendiam eles “permitir a abordagem de problemas econômicos sob um novo ponto de vista”, isto é, da perspectiva de um “jogo de estratégia”⁶⁷.

64 É comum nesse sentido a apresentação de Blaise Pascal e Pierre de Fermat (famoso pelo teorema que leva seu nome), dando solução a problema envolvendo jogo de dados, como os precursores do “estudo de jogos a partir de uma concepção matemática” (cf. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Coord. GT Arbitragem. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, v. 2, p. 176). E, investigando-se um passado mais remoto da teoria dos jogos, Castelar e Saddi indicam: “A despeito de a Teoria dos Jogos ter se popularizado após aquele evento bélico mundial — sobretudo após a Guerra Fria, depois que, em 1949, a ex-URSS explodiu sua bomba atômica na Sibéria —, suas origens remontam a muito antes disso. Por exemplo, a noção de um jogo como o espelho da realidade é recontada na coleção de histórias folclóricas gaulesas Mabinogion, datadas do século XI. Nelas, dois reis jogam xadrez enquanto seus exércitos lutam numa sangrenta batalha. Cada vez que um rei toma uma peça do jogo de xadrez, quer seja um peão, um cavalo ou um bispo, aparece um mensageiro para avisar que o exército daquele rei acabou de perder uma divisão ou um grupo de sua armada. Finalmente, um deles dá o xeque-mate. Um mensageiro ensangüentado entra e proclama: ‘O exército de Vossa Majestade está se dispersando. Vossa Majestade acaba de perder seu reino’. Outros jogos — como o chinês go, ou o hindu chaturanga — têm o mesmo significado militar de vitória, assim como o famoso jogo prussiano Kriegspriel” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 162).

65 Embora, em 1921, o matemático francês Émile Borel já tivesse publicado estudos sobre a teoria dos jogos, seus estudos voltavam-se para a busca de um jogo que resultasse em uma estratégia naval mais eficiente. Ver PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 161-162.

66 FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos para cursos de Administração e Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. XII.

67 DAVIS, Morgan D. *Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica*. Trad. Leonidas Hegeberg e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 15.

Deixam-se de lado as concepções meramente lúdicas de jogo, passando este a ser definido como “situações que envolvam interações entre agentes racionais que se comportam estrategicamente”⁶⁸.

Cuida-se de hipóteses em que há um “comportamento estratégico”⁶⁹ dos indivíduos. Há, então, um componente teleológico. As pessoas têm interesses e agem para que estes sejam satisfeitos⁷⁰. Estratégia é, então, algo que o indivíduo faz para atingir seu objetivo.

Assim, é a teoria dos jogos definida como “a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses com o fito de descobrir as melhores opções que, dadas certas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador racional”⁷¹.

Inicialmente restrita à Economia, a teoria dos jogos tem espectro bastante amplo se considerada como uma disciplina autônoma⁷². Mesmo na década de 1940, dada sua utilidade na visualização e na criação de estratégias, já tinha emprego militar⁷³, tendo sido utilizada

68 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 2.

69 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert. H.; PICKER, Randall. *Game theory and the Law*. Cambridge, Massachussetts, 1994, p. 1.

70 O que não representa novidade para nenhum estudante de Direito, desde a obra de Ihering.

71 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Coord. GT Arbitragem. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, v. 2, p. 183.

72 DAVIS, Morgan D. *Op. cit.*, p. 15.

73 O conceito de *brinkmanship*, cunhado por Thomas Schelling, designa a “estratégia de deliberadamente levar uma situação às suas conseqüências extremas”. Embora sirva para descrever a hipótese em que um empregado pede aumento, ameaçando demitir-se se não atendido, foi mais comumente usada para entender conflitos nucleares em que uma das partes poderia se valer da “máquina do fim do mundo”, isto é, bombardeio nuclear maciço. Crê-se que esse mecanismo, sempre trazido à baila, mas nunca utilizado, pautou a atuação de Estados Unidos e URSS no período da Guerra Fria (cf. ZUGMAN, Fábio. Teoria dos jogos: uma introdução à ciência que vê a vida como uma seqüência de jogos, capturado na internet em http://www.iced.org.br/artigos/teoria_jogos_fabio_zugman.PDF, acessado em junho de 2005, p. 3-6).

como ferramenta pela Biologia, na compreensão da evolução das espécies⁷⁴.

A partir daí, foi um passo para que se fizesse sua transposição para o terreno das ciências sociais, incluindo o Direito. Apenas como amostra do potencial da teoria dos jogos, transcreve-se exemplo de Fábio Portela Lopes de Almeida sobre as relações entre as casas legislativas:

A possibilidade de revisão dos textos legislativos aprovados na Câmara dos Deputados pelo Senado Federal é um incentivo para que os deputados aprovem textos compatíveis com a Constituição Federal e que sejam passíveis de aprovação pelas coligações partidárias dominantes no Senado. De outro lado, o controle de constitucionalidade das leis e a sanção presidencial também são obstáculos criados para evitar o arbítrio das duas casas. Como se vê, a produção legislativa pode ser resumida à idéia de que um “jogador” formula sua estratégia para maximizar os ganhos (no caso legislativo, para que seu projeto de lei seja aprovado) e, para isso, antevê o que possivelmente os outros jogadores (a outra Casa legislativa, o Presidente da República e o Supremo Tribunal Federal) estão pensando⁷⁵.

E, antes da utilização da teoria no âmbito da metodologia constitucional, necessária a prévia exposição de alguns conceitos básicos da teoria dos jogos.

O primeiro conceito a ser analisado é o de **jogador**. Até mesmo antes de ingressarmos na visualização de qualquer jogo, requer-

74 O pioneirismo nesse emprego deve-se a J. Maynard Smith, a partir do conceito de EEE: estratégia evolutivamente estável — “estratégia que se adotada pela maioria dos membros de uma população não poderá ser sobrepujada por uma estratégia alternativa”, que, na alentada explicação de Richard Dawkins, pode contribuir para se entender como alguns *genes* (e não indivíduos, como apregoavam os zoólogos até então), agindo egoisticamente, puderam contribuir para a sobrevivência de outros (cf. DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2001).

75 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Op. cit.*, p. 181.

se saber quem vai jogar. O jogador ou agente é, então, alguém que participa do jogo e tem objetivos nele. Não necessariamente será somente uma pessoa; pode também designar alguns, muitos ou incontáveis indivíduos, desde que estes possam ser redutíveis a somente uma vontade autônoma⁷⁶, destinada a tomar uma decisão exteriorizada por um movimento ou ação⁷⁷. No exemplo dado anteriormente, o jogador era a soma de todos os deputados, a Câmara⁷⁸, vez que seus membros se comportavam como um todo.

De modo mais simples, os jogadores são os indivíduos que interagem entre si, atuando com um “comportamento estratégico” que consiste em um agir com base no que se espera ou deseja que os outros ajam⁷⁹. Ou seja, além de agirem racionalmente, esperam que os outros assim o façam.

Assimilado o conceito, parte-se para a análise de um jogo. Trata-se de um jogo muito simples, bastante estudado, conhecido como “*matching pennies*”. Os nossos jogadores poderiam ser dois meninos, mas, com o propósito de familiarizar-se com o estudo da teoria dos jogos, desta vez dois professores de Direito serão os agentes. Digamos, um professor de Processo Civil e um de Direito Administrativo.

Cada um esconde uma moeda em sua mão. Conta-se até três, e depois as moedas são reveladas simultaneamente. Se as duas tiverem a mesma face revelada, e isto se dará nos casos em que ambos os professores escolherem a “cara” — notação {cara; cara} ou “coroa” — notação {coroa; coroa}, o Professor de Processo Civil perde a moe-

76 Apenas à guisa de especulação, talvez estes indivíduos sejam jogadores no jogo em que se determina a vontade do conjunto.

77 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 22-23. Nota-se que a inação pode ser também entendida como um movimento, o que não causa espécie a quem compreende a inconstitucionalidade ensejada por omissão legislativa.

78 Correta a observação de Morgan Davies no sentido que: “É de conveniência se encarar como um só jogador qualquer grupo que tenha interesses comuns com respeito ao jogo” (cf. DAVIES, Morgan D. *Op. cit.*, p. 16).

79 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 157.

da, que será passada ao de Administrativo. Este, por sua vez, perderá o jogo, e a moeda, se o resultado não apresentar “faces coincidentes”, isto é, se o resultado final for {cara; coroa} ou {coroa; cara}. Vê-se que este jogo, isto é, “a apresentação do processo de interação estratégica”⁸⁰, é extremamente simples, com regras claras e precisas. E como conceituaremos esse jogo? Utilizaremos para isso a chamada “**forma normal**”⁸¹.

Tabela A: “*Matching Pennies*” entre professores

		Professor de Processo Civil	
		Cara	Coroa
Professor de Direito Administrativo	Cara	+1; -1	-1; +1
	Coroa	-1; +1	+1; -1

Neste modelo de representação⁸², percebe-se uma tabela (na realidade, uma *bimatriz*) contendo as estratégias possíveis para cada jogador (escolher cara ou coroa) dispostas nas colunas e nas linhas. Ademais, percebem-se também as recompensas (do inglês *payoff*, que será usado doravante indistintamente) que cada jogador obterá, a partir das escolhas que o outro agente fez. Em cada célula contendo as recompensas, o primeiro número designa aquela obtida pelo jogador cujas escolhas estão representadas nas linhas (Professor de Direito Administrativo) e o segundo, as recompensas obtidas pelo jogador situado nas colunas (no nosso caso, o professor de Processo Civil).

80 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 12.

81 DAVIES, Morgan D. *Op., cit.* p. 43.

82 Além da forma normal, há também a forma estendida, mais apropriada para jogos sequenciais, o que não é o caso deste, em que os dois jogadores atuam ao mesmo tempo, sendo o “*matching pennies*” uma espécie de **jogo simultâneo**.

Extrai-se, da simples visualização deste jogo, importante classificação. Nesta disputa, é impossível que os dois professores ganhem ao mesmo tempo. E mais, os interesses são efetivamente antagônicos; a perda de um representa, *na mesma proporção*, o ganho do outro. Não há possibilidade de cooperação. Fala-se, então, num **jogo de soma-zero**.

Muito embora tenham se divertido bastante com um módico investimento⁸³, os professores logo compreenderam que, na vida real, a maior parte das interações comporta elementos de cooperação e de competição. Ali, o ganho de um não repercutia necessariamente na perda de outro. Estes jogos, mais complexos, interessantes e frequentes⁸⁴, são denominados de jogos de soma não zero, representativos da “maior parte dos conflitos reais”, em que “os participantes têm interesses comuns e opostos”⁸⁵.

Toma-se agora outro cenário, pego de empréstimo de Douglas Baird, Robert Gertner e Randall Picker⁸⁶. Estes autores america-

83 Não se adentrará na explicação, mas a solução deste jogo, isto é, seu equilíbrio, se dará quando os professores se valerem de uma “estratégia mista”, oscilando as ações a cada repetição do jogo. Fazendo isso na metade das vezes (isto é, obedecendo-se à seguinte regra: cada escolha por cara será sucedida por uma escolha por coroa) cada um não experimentará ganho ou perda, tendo um *payoff* final igual a zero. Para a demonstração e apresentação do conceito de “estratégia mista”, v. DAVIS, Morgan D. *Op. cit.*, p. 41-43.

84 DAVIS, Morgan D. *Op. cit.*, p. 80.

85 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Op. cit.*, p. 186.

86 Foram esses professores que primeiro se ocuparam em aplicar a teoria dos jogos ao Direito no livro *Game theory and the law*, analisando o comportamento estratégico como componente fático do estudo jurídico. Ver PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 164, e prosseguindo, comentam esses autores acerca da utilização da teoria dos jogos na análise de problemas jurídicos: “a doutrina jurídica reconhecesse desde há muito a necessidade de levar em conta o comportamento estratégico [...] demasiadas vezes, porém, ela não tem tirado partido das técnicas formais da Teoria dos Jogos para analisar o comportamento estratégico, senão para invocar um jogo simples como o dilema do prisioneiro como metáfora de um problema de ação coletiva. [...] essa incapacidade de dar melhor uso à Teoria dos Jogos é lamentável, uma vez que a moderna Teoria dos Jogos é suficientemente poderosa para iluminar o modo como as normas jurídicas afetam o comportamento das pessoas. O desafio é o de aplicar suas técnicas altamente especializadas, muitas das quais desenvolvidas apenas na última

nos tentam, com o auxílio da teoria dos jogos, descobrir qual seria a “lei”⁸⁷ mais apropriada a distribuir os custos envolvidos num acidente de trânsito⁸⁸. Em suma, a teoria é empregada para se chegar à melhor forma de responsabilidade civil nesta situação.

Inicialmente, e a apresentação deste modelo será suficiente para ilustrar a dinâmica dos jogos de soma não zero, imaginemos dois jogadores, um motorista e um pedestre. Cada um deles tem duas e as mesmas opções de conduta: ser precavido ou não ser cauteloso. A primeira “regra” desse jogo pode ser assim enunciada: se qualquer um dos agentes não tomar cuidado, um acidente fatalmente ocorrerá⁸⁹. E o que é pior: ainda que as partes sejam precavidas, existe uma chance em dez de que o sinistro ocorra. Além disso, ser precavido custa (é preciso andar mais devagar, prestar mais atenção à sinalização etc.). E se o acidente sobrevier, isso também representa gastos. No nosso cenário, todo o custo (arcar com a própria assistência médica, não auferir renda no período de recuperação etc.) será arcado pelo pedestre. Tem-se um modelo de ausência de responsabilidade civil, abaixo representado:

Tabela B: “Responsabilidade Civil sem responsabilidade civil”

		Motorista	
		Não toma cuidado	Toma cuidado
Pedestre	Não toma cuidado	-100; 0	-100; -10
	Toma cuidado	-110; 0	-20; -10

década, a um novo objeto”.

87 Aqui tomada na acepção de norma, mais especificamente, regra.

88 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert. H.; PICKER, Randall. *Op. cit.*, p. 7.

89 Felizmente isso não ocorre no cotidiano. Todavia, para que a teoria dos jogos possa apreender a realidade, esta deve ser simplificada de modo a ser “encaixada” nesse modelo de análise econômica.

Se a forma do jogo não guarda maiores diferenças em relação ao exemplo anterior, atenta-se para as recompensas. Estas merecem uma explicação adicional. Entende-se que o custo médio para se tomar cuidado, igual para o pedestre e para o motorista, equivale a 10 unidades econômicas (u.e., doravante), e que o custo do acidente, arcado exclusivamente pelo pedestre é de 100 u.e. E o que explica o resultado de perda de vinte u.e. no resultado “pedestre toma cuidado; motorista toma cuidado”? Ora, a perda de 10 u.e. deve-se à cautela do pedestre, e consoante a regra de 10% de probabilidade de acidentes ainda que o motorista não seja imprudente, tem-se que o gasto médio, nesse quadro, será de -100 (custo) \times $0,1$ (probabilidade). Esse resultado será somado à “despesa de cuidado”, chegando ao total de -20 u.e.

Este exemplo é muito importante, pois, além de provar que, em jogos de soma não zero, a perda de um não representa, necessariamente e na mesma proporção, o ganho de outro, demonstra bem o que significa uma **estratégia dominante**, que vem a ser o comportamento de um dos jogadores que lhe permita aferir uma recompensa maior, qualquer que seja a estratégia adotada pelo outro jogador. A estratégia dominante é, portanto, a estratégia preferível⁹⁰. Por estratégia, na perspectiva da teoria dos jogos, entendem-se as decisões que possam vir a indicar a linha de ação adotada pelo jogador com relação ao jogo⁹¹.

E o que isto significa? Voltando ao jogo, fiquemos apenas atentos à conduta do motorista. Não importa o que o pedestre faça, para o motorista, é sempre melhor não tomar cuidado. “Uma estratégia é dominante se é a melhor escolha para toda possível escolha feita pelo outro jogador”⁹². Por via oposta, uma estratégia é dominada por outra sempre que nunca é melhor que esta estratégia e em alguns

90 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005). p. 176.

91 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005). p. 165.

92 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert. H.; PICKER, Randall. *Op. cit.* p. 11.

casos pior⁹³. Não é o caso da conduta cautelosa do motorista, neste jogo. Aqui, tomar cuidado é sempre pior que ser imprudente, que é a **estratégia fortemente dominante** nesta interação.

Num jogo como esses, é extremamente simples determinar qual será o resultado típico. Parte-se somente de uma presunção: a de que o jogador escolherá uma estratégia dominante sempre que possível e nunca escolherá uma estratégia que é fortemente dominada por outro⁹⁴. A razão disso é óbvia: parafraseando Flavio Galdino, “ninguém joga para perder”⁹⁵. Interessante notar que isso implica necessariamente que o outro jogador, sabendo disso, procurará “antecipar” o movimento de seu adversário, escolhendo a melhor conduta para responder à “melhor escolha possível” do outro agente. Para assim atuar, no exemplo dado, o pedestre elimina da tabela a coluna “não toma cuidado”. E, assim, procurará minorar seus custos, não tomando cuidado, também. Chega-se, dessa forma, mediante a “eliminação interativa de estratégias estritamente dominadas”, à solução do jogo.

Questionável essa aplicação, vez que, mesmo sabendo que será inexoravelmente ferido, por um instinto protetivo, tenderá a tomar cuidado. Na verdade, sequer cruzará a rua. Mas, como já referido, o modelo simplifica a realidade, e não atravessar não é uma estratégia disponível.

A teoria dos jogos, então, possui uma “lei perversa”, que funciona como um postulado para a sua conservação e validade: “quanto maior o significado de um jogo — isto é, quanto mais amplas suas aplicações a problemas reais — tanto maior a dificuldade de tratá-lo analiticamente”⁹⁶. De fato, francamente injusta é essa norma que re-

93 *Ibidem*.

94 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.* p. 59.

95 GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil: os métodos alternativos de solução de controvérsias. In: *Questio Juris: Revista da Pós-Graduação em Direito da UERJ* nº 1, p. 181, dez. 2004.

96 DAVIS, Morgan D. *Op. cit.*, p. 17.

passa todos os custos para o pedestre. Sobre isso, os próprios autores o reconhecem, abandonando-o em prol de um regime de “repartição de custos”, lastreado no efetivo cuidado tomado pelo motorista e pedestre⁹⁷.

Mais questionável ainda a questão dos custos. Inicialmente, tomar cuidado é aferível pecuniariamente? Seria essa uma moeda apropriada para medir essa grandeza? E, ocorrendo o acidente? Poderão a dor, o sofrimento, as privações ser redutíveis a simples u.e.? Porém, por enquanto, passemos ao largo dessas questões. Afinal, todo dia, magistrados de todo o país atribuem o *quantum debeatur* de danos morais advindos do mais largo espectro de desgraças e infortúnios⁹⁸.

Mas, o que fazer quando o jogo não possui uma estratégia fortemente dominante? Como se chegar a um resultado provável? Abordaremos essa questão na análise do jogo mais famoso de toda a história da teoria dos jogos: o dilema do prisioneiro.

Impossível escrever qualquer trabalho sobre o tema sem mencioná-lo. Formulado por Albert Tucker, professor da Universidade de Princeton⁹⁹, consiste no seguinte cenário:

Dois homens são detidos, havendo sérias suspeitas, lastreadas em numerosos indícios, ainda que inconclusivos, de que tenham cometido conjuntamente um crime. Cada um dos suspeitos é colocado numa cela diferente, não havendo possibilidade de comunicação en-

97 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert. H.; PICKER, Randall. *Op. cit.*, p. 10-31.

98 Ou, como indica Bruno Salama: “os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do direito, contudo, freqüentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é tarefa trivial”. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia?. In: TIMM, Luciano Bennetti. *Direito & Economia*. 2ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53.

99 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Op. cit.*, p. 181.

tre eles, e faz-se, aos dois, a seguinte proposta: se um deles confessa o crime, e outro não, isso implica a liberação do “alcaguete” e a condenação por quatro anos daquele que não confessou. Se os dois confessarem, ambos serão apenados em dois anos. Todavia, a imperar a “honra entre os ladrões”¹⁰⁰, nenhum dos dois confessará e, por falta de provas, só serão condenados por vadiagem¹⁰¹, ficando presos os dois por um ano. Na representação formal, obtém-se o seguinte diagrama:

Tabela C: Dilema do prisioneiro

		Prisioneiro B	
		Não Confessa	Confessa
Prisioneiro A	Não confessa	-1; -1	-4; 0
	Confessa	0; -4	-2; -2

Sobre os *payoffs*, desta vez a unidade utilizada foi “anos de pena a ser cumprida”. E sobre o sinal negativo, nenhuma dúvida, pois não se vislumbra qualquer utilidade por ela trazida ao condenado.

Mas e quanto às estratégias fortemente dominantes? O dilema do prisioneiro não as possui. Como então resolvê-lo? Resta claro que o melhor resultado possível para cada um dos prisioneiros é obter sua liberdade, sendo que o segundo melhor resultado é a condenação por vadiagem.

Surge aí a importância do matemático americano John F. Nash Jr., que definiu, em artigo de 1951, *Non-Cooperative Games*, uma “noção de equilíbrio para modelos de jogos que não se restringia apenas aos jogos de soma zero”, e que tivesse aplicação mais ampla que os jogos solucionáveis por “eliminação interativa de estratégias forte-

100 DAVIES, Morgan D. *Op. cit.* p. 106.

101 *Idem, ibidem.*

mente dominadas”¹⁰². Este conceito mais geral de solução de jogos é chamado de **equilíbrio de Nash**.

Valemo-nos dos pontos *minimax* e *maximin*, empregados para se chegar à solução de jogos de soma-zero. Pela sua aplicação, sistematizada por John Von Neumann, o agente que adota o *minimax* garante que não ganhará nunca menos que um valor “a”, enquanto o outro agente, escolhida a estratégia *maximin*, tem assegurado que sempre obterá mais que “b”, seu ganho mínimo. Fábio Portela Lopes de Almeida fornece o seguinte exemplo de sua aplicação:

Duas irmãs estão brigando por causa da divisão de um pedaço de bolo, por não saberem como dividi-lo de forma eqüitativa. A mãe das duas, ao tentar resolver o conflito, diz a uma delas: “filha, você cortará o bolo e a sua irmã escolherá o pedaço”. Com esta orientação, a menina pensa no seguinte dilema: “se eu cortar um pedaço grande, a minha irmã o escolherá e a mim restará o menor pedaço”. Assim, ela tem um incentivo real para cortar o bolo o mais próximo possível da metade, ou seja, buscará assegurar o ponto maximin (o maior mínimo possível, já que a irmã decerto escolherá o maior pedaço), enquanto à irmã restará o minimax (o mínimo máximo, ou seja, a metade do bolo mais uma pequena porcentagem, já que é muito difícil cortar exatamente na metade um pedaço de bolo e deve-se considerar que ela deverá escolher o maior pedaço, mesmo que a quantia maior que a do outro pedaço seja mínima)¹⁰³.

Por este equilíbrio, “a combinação de estratégias que os jogadores provavelmente escolherão é aquela em que nenhum jogador

102 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 18.

103 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Op. cit.*, p. 187-188. Ou, sobre a regra fixadora de *maximin*, Roberto Gargarella explicita: “a mencionada regra afirma que, nesses momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Nesse sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras alternativas”. Confira-se GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls* — um breve manual de filosofia política. Trad. Alfonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.

ganhará mais se escolher uma estratégia diferente, *dada a estratégia que os outros escolhem*. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta à estratégia do outro”¹⁰⁴.

Isto é, “cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores”¹⁰⁵. O equilíbrio, então, é um par de estratégias, em que cada uma considera a outra, sendo-lhe a resposta mais apropriada. Desta maneira, ao agir assim, nenhum dos jogadores se “arrepende” da escolha feita¹⁰⁶.

No caso dos prisioneiros, resta claro que o melhor para cada um é sair livre. Mas isso exige confessar, o que pode acarretar, ao invés de liberdade, dois anos de “xadrez”, caso o outro também confesse. Que fazer então? Não confessar parece ainda pior. Se o outro resolve “dedurar” o comparsa, haverá uma consequência de 48 meses de duração. Porém, se o outro não confessa, tem-se uma solução “boa”, na verdade, menos ruim, para os dois: a condenação por vadiagem.

Mostraremos isso de outra forma: pensemos como o prisioneiro A. Inicialmente, ele considera a melhor escolha a ser feita caso o prisioneiro B escolha não confessar. Ignoramos, então, a segunda coluna (esta pode ser “tapada” para garantir melhor visualização). Vê-se, aí, que é melhor confessar (liberdade) que não confessar (pena de um ano). Partamos para a segunda coluna, escondendo agora a primeira. O que fazer quando o prisioneiro B confessa? Não confessar (condenação a quatro anos) ou confessar (prisão por dois anos)? A resposta é óbvia.

E, para o prisioneiro A, o mecanismo será o mesmo, só que agora serão bloqueadas as linhas, ao invés das colunas. Este raciocínio pode ser feito com o auxílio de setas, como visto abaixo:

104 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert. H.; PICKER, Randall. *Op. cit.*, p. 21.

105 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 61.

106 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Op. cit.*, p. 188.

Tabela D: Dilema dos prisioneiros. Demonstrando Nash

		Prisioneiro B	
		Não Confessa	Confessa
Prisioneiro A	Não confessa	-1; -1	-4; 0
	Confessa	0; -4	-2; -2

As *setas verticais* apontarão para o retângulo (resultado) mais favorável ao prisioneiro A, enquanto que as *setas horizontais* indicarão o quadro mais benéfico ao prisioneiro B. O equilíbrio, então, estará naquele para onde as setas convergirem. Esta é a melhor estratégia, a despeito do que o outro faça. Neste caso, o equilíbrio de Nash indica que a resposta do jogo será não cooperativa. O melhor a fazer é confessar. Isto porque o pior cenário possível, feita essa escolha, é uma pena de dois anos, metade do pior resultado possível caso não seja feita a delação. O problema é que o outro prisioneiro sabe disso, e agirá na mesma maneira, sendo bastante provável que ambos confessem, chegando, dessa maneira, ao equilíbrio de Nash.

O caso apresentado consiste em um jogo não repetitivo, no qual, dada a falta de parâmetros em relação ao comportamento do “adversário”, é mais difícil se impor a cooperação, representada por um quadro que apresenta a forma estratégica de jogo¹⁰⁷.

Um outro exemplo é o caso do taxista. Suponhamos que uma pessoa tenha ido a uma festa em uma noite fria e chuvosa. Em determinado momento, depois de todos os seus conhecidos já terem ido embora, tal pessoa, feliz e embriagada, resolve voltar para casa. Per-

107 Um jogo também pode ser representado pela forma extensiva, a qual ressalta três dimensões relevantes em um jogo: a ordem em que os jogadores fazem as apostas; se há alternativas com relação às informações que cada jogador tem acerca do comportamento dos demais e se é caso de um jogo de uma única vez ou repetitivo. Ver PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 160.

cebe, então, que perdeu sua bolsa, na qual estavam sua carteira e seu telefone celular. Para voltar para casa, a melhor opção é parar um táxi e tentar chegar a um acordo cujos termos são os seguintes: se o taxista concorda em levar a pessoa em casa, poderá receber o pagamento pela corrida com a promessa de uma gorjeta substancial. Tal acordo é, também, proveitoso para o taxista, pois em uma noite fria e chuvosa é mais difícil encontrar passageiros. Contudo, ele assume o risco de a pessoa não ter dinheiro em casa e ele não apenas deixar de ganhar como perder seu tempo, esforço e gasolina¹⁰⁸.

No caso em questão, os agentes, pessoa/passageiro e taxista, encontram-se em uma situação em que é melhor a obtenção de um acordo do que não fazê-lo, podendo chegar a um termo que seja satisfatório para ambas as partes. Cada um dos agentes pode até mesmo obter um benefício maior se não cumprir sua parte, levando-se em consideração que o outro cumprirá a que lhe cabe; e aquele que cumpre, em função do descumprimento do outro, perderia mais do que teria perdido em razão da ausência de um acordo¹⁰⁹.

Tabela E: Caso do taxista

		Taxista	
		Caminho curto	Caminho longo
Pessoa/ Passageiro	Paga	2; 2	-2; 4
	Não paga	4; -2	0; 0

108 LÓPEZ, Blanca Rodríguez. *Homo Economicus* e Individuo Liberal. Uma derivación de la moral a partir del interés propio. In: *Logos: Anales del Seminario de Metafísica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 38, p. 88-90, 2005.

109 O taxista perderia seu tempo, esforço e dinheiro, no caso de o passageiro deixar de efetuar o pagamento, dando um “calote”, enquanto o passageiro poderia perder mais dinheiro, na hipótese de o taxista fazer uma “volta”, percorrendo um caminho maior para maximizar seus ganhos (lembre-se que o passageiro estava embriagado e incomunicável).

O último conceito a ser apresentado será o de **ótimo de Pareto**. Descrito pelo matemático Vilfredo Pareto, é uma medida de eficiência. Um resultado é o ótimo de Pareto se “não houver outro possível acordo que habilite ambos os jogadores a conseguirem, *simultaneamente*, benefício maior”¹¹⁰. Em outras palavras, alterar um jogo situado neste ótimo necessariamente trará prejuízo para, pelo menos, uma das partes. E mais, o jogo não estará em Pareto se for possível atingir um resultado que traga maior recompensa para ambos.

Isto significa que não adianta aumentar o ganho de um jogador se isto implicar perda para seu oponente. Voltando ao dilema dos prisioneiros, percebe-se que a saída {confessar; não confessar} não é ótimo de Pareto no dilema dos prisioneiros. Neste jogo, como na maior parte dos casos, o equilíbrio de Nash não corresponde ao ótimo de Pareto, vez que existe resultado diverso daquele, em que os ganhos de todos os agentes poderiam ser incrementados.

Este jogo é a “melhor ilustração de que, em determinados processos de interação estratégica, o fato de cada jogador buscar o melhor para si leva a uma situação que não é a melhor para todos”¹¹¹, que, no caso, corresponderia à solução {não confessar; não confessar}. Ou seja, agir egoisticamente pode significar trazer prejuízo para si mesmo. Porém, no equilíbrio de Nash, não se trata do quanto se ganha, mas de quanto não se perde.

Não se trata, então, do “ótimo absoluto”, que é ótimo de Pareto, mas da adoção do “comportamento ótimo em relação ao comportamento do oponente”¹¹², ou seja, das possibilidades de comportamento que o adversário pode tomar. Garante-se, pelo equilíbrio de Nash, o menor sacrifício possível. Há, então, uma preocupação com segurança e conservação.

110 DAVIS, Morgan D. *Op. cit.*, p. 131.

111 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 73.

112 GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 180.

Explicados estes conceitos de modo bastante simplificado, retornaremos à proporcionalidade.

3.2 Proporcionalidade e teoria dos jogos: tentativas de um método comum

3.2.1. Premissas e método

Recapitulando, vimos nos tópicos anteriores que: (i) a maior parte das situações cotidianas pode ser formalizada em jogos de soma não zero; (ii) a maioria dos jogos de soma não zero tem sua solução nos pontos de equilíbrio de Nash; (iii) a proporcionalidade, nos aspectos adequação e necessidade, exige o cumprimento do princípio “ganhador” do conflito em seu grau máximo, eis que dizem respeito às condições jurídicas — de outra maneira, demandam a concretização do princípio em seu ótimo de Pareto; (iv) já a proporcionalidade em sentido estrito admite a restrição de um princípio a partir da maior importância assumida por outro no caso concreto.

Além disso, importante que se ressalte que a teoria dos jogos mostra claramente que a lei não determina os comportamentos, mas somente os influencia. O que permite afirmar, partindo da adoção da premissa da racionalidade do agente, que será até mesmo possível que o indivíduo escolha desrespeitar a lei, se isso se mostrar mais vantajoso¹¹³.

A “lei”, isto é, a norma jurídica, deve ser compreendida, então, como um sistema de incentivos, atribuindo vantagens pelo seu cumprimento, ou cominando *payoffs* negativos pelo seu descumprimento, influenciando o comportamento dos participantes do “jogo legal”¹¹⁴.

113 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 157.

114 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.* (2005), p. 165. Cita-se também o exemplo prático fornecido por Bruno Salama: “As condutas humanas, inseridas em determinado

Feitas essas considerações, a nossa proposta é a seguinte: sabendo que quase todas as aplicações da proporcionalidade se referem a situações em que um princípio pode ser concretizado sem que seu cumprimento em maior grau implique, *necessariamente no mesmo grau*, restrição de outro (o que caracteriza “o jogo dos princípios” como um jogo de soma não zero), a medida analisada será adequada e idônea se ela proporcionar o maior cumprimento do princípio atendido (isto é, concretizado) por esse meio, e se isto, ou seja, a implementação da medida, for o equilíbrio de Nash, a solução do jogo.

E quanto à proporcionalidade em sentido estrito? Pois bem, esta servirá para a análise das recompensas. A medida será proporcional em sentido estrito se o equilíbrio de Nash contiver o melhor atendimento possível (ou a menor restrição possível pela aplicação lei de ponderação, lembra-se), considerados todos os outros resultados possíveis do jogo, do princípio que não tiver maior importância no caso concreto, o “perdedor” da aplicação da lei de condição. Assim, propõe-se que deverá haver, para este, a menor distância possível de seu ótimo de Pareto. Salienta-se que o sacrifício mínimo dos princípios colidentes se dá a partir do maior cumprimento de outro, o que corroborará a medida como proporcional, passando nos seus três subexames.

De forma mais sucinta: (i) o ótimo de Pareto do(s) princípio(s) mais importante(s) deve coincidir com o equilíbrio de Nash; (ii) a solução do jogo deve proporcionar, para o(s) princípio(s) menos importante(s), a distância mínima possível de seu ótimo de Pareto, ou

contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em alta velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (em virtude, por exemplo, do prazer de dirigir em alta velocidade ou do menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja atuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização. Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.* (2008), p. 55.

seja, o grau de seu não cumprimento se justifica pela importância assumida pela realização do(s) outro(s) princípio(s)¹¹⁵.

Embora pareça a explanação acima muito árida e abstrata, vejamos num caso concreto como isto pode ser aplicado.

3.2.2. Primeiro caso: o “jogo do apagão”

Tomemos um caso já julgado pelo STF, na ADC nº 9/DF¹¹⁶. Ali se aferiu a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores edições, em especial seus artigos 14 a 18, os quais estipulavam sanções, que variavam desde sobretaxas até mesmo a suspensão no fornecimento de energia, para os consumidores que ultrapassavam seu consumo médio mensal se este fosse inferior a 100kWh, ou que passavam de 80% desse gasto médio se o consumo fosse superior a 100kWh. Por outro lado, haveria um bônus para aqueles que poupassem energia, ou seja, diminuíssem substancialmente seu consumo.

Da simples exposição da situação, resta claro um conflito, dada a escassez de energia, entre o interesse coletivo na manutenção da prestação desse serviço — sendo este fim deduzido de um sem-número de princípios, desde a livre iniciativa empresarial até a dignidade da pessoa humana —, e a autonomia do particular, para fruir do serviço da maneira que melhor lhe convier. Como isso poderia ser representado por um jogo?

115 Claro está que o melhor resultado possível é que os dois ótimos de Pareto coincidam no ponto de equilíbrio. Esta deve ser a meta de quem pratica o ato. Entretanto, nem sempre esse ideal poderá ser atendido.

116 *DJU* 23.04.2004, p. 6, Rel. Min. Néri da Silveira.

Tabela F: “Jogo do Apagão” com equilíbrio de Nash

		Consumidor	
		Poupa	Não poupa
Estado	Racionamento	+5; -2 ←	-2; -4
	Não racionamento	↑ +3; -3 →	↑ -5; -1

Os nossos jogadores são o Estado, que pode optar ou não pela implementação das medidas restritivas, isto é, as estratégias disponíveis para ele são {racionamento; não racionamento}, e um grupo grande¹¹⁷ (digamos a soma dos “consumidores médios”), mas não correspondente à totalidade dos consumidores, que, por sua vez, pode escolher acatar as medidas de racionamento, restringindo em maior ou menor grau sua autonomia.

Percebe-se claramente a interação entre as condutas. É óbvio que, se forem acatadas medidas de racionamento, isso significará maior cumprimento do interesse social e minorará a restrição sofrida pelo consumidor, graças ao bônus. Por sua vez, se as medidas não forem implementadas e houver poupança, essa restrição à liberdade de consumo será maior, e o atendimento do fim público será menos efetivo, vez que outros consumidores (e já foi dito que nesse jogo o agente consumidor não representa a totalidade destes) poderão não poupar, sendo bastante provável que, agindo egoisticamente, não o façam.

De maneira mais analítica, expliquemos os *payoffs* de cada uma das possíveis interações, considerando que o jogo terá duração média¹¹⁸:

117 Já vimos que não existe qualquer limitação ao fato de um jogador ser composto por mais de uma pessoa.

118 O que elimina, de plano, o argumento *ad terrorem* de quebra total do sistema, que, com certeza, iria distorcer as recompensas de maneira muito acentuada.

a){Racionamento; Poupa}: Ter-se-á o maior atendimento do interesse público e uma restrição minorada do consumidor, dada a atenuação proporcionada pelos bônus.

b){Não racionamento; Poupa}: Como já indicado, o interesse público não é tão bem atendido, vez que os outros consumidores podem não aderir voluntariamente, pois não existirão sanções ao atendimento das metas de consumo.

c){Racionamento; Não poupa}: O interesse público, nesse cenário, sofre perdas. Além do desgaste político da impopularidade da medida, o sistema energético passa a correr riscos se este comportamento se espraiar por todos os consumidores. Só não será pior que o último quadro, dado o incremento de receita ocasionado pelo pagamento de sobretaxas e por um mínimo de “poupança forçada” ensejada pelas suspensões de fornecimento. Para o consumidor, a situação também não mostra muitos ganhos. Além de arcar com as sanções, corre potencial risco de sofrer os efeitos danosos de um “apagão”, ou ainda, de danos causados pela oscilação acentuada de energia (por exemplo, quebra de eletrodomésticos), típicas de um sistema superutilizado, trabalhando perigosamente próximo de sua capacidade total.

d){Não racionamento; Não poupa}: O pior dos mundos possíveis. Todos os efeitos para o Estado da hipótese anterior, levemente amplificados pela possibilidade de repetição deste comportamento por outros consumidores. Retira-se a penalidade para o outro jogador, perseverando a possibilidade de danos e cortes abruptos de luz pela extrapolação da capacidade do sistema energético.

Como já demonstrado, viu-se que o equilíbrio de Nash encontra-se no mesmo quadro em que o ótimo de Pareto de um dos princípios colidentes (interesse público) está situado. Quanto ao outro princípio (liberdade individual), este não se encontra em seu ótimo de Pareto, mas bem próximo disso, o que pode ser explicado pela aplicação da lei da ponderação. Dada a escassez de energia (uma condição, i.e., C_n), o cumprimento do interesse público (P_1) tem alta importância a ponto de justificar um grau de restrição à liberdade (P_2).

Fica demonstrada, assim, a pertinência do “jogo de princípio”, apresentado pelo instrumental fornecido pela teoria dos jogos, para a aferição da proporcionalidade de uma medida.

E o inverso? Seria possível provar, pela representação formal de um jogo, que a medida é desproporcional?

3.2.3. Segundo caso: o “dilema do botijão de gás”

Retornemos ao caso dos “botijões de gás do Paraná”. Agora, os nossos jogadores são as revendedoras de GLP, de um lado, e os consumidores, de outro. As estratégias possíveis para o primeiro agente são: venda pelo sistema de pesagem em cada posto revendedor (majoritariamente caminhões), representado por {balança} e venda com pesagem por sistema de amostragem realizada pelo INMETRO {amostragem}. Seu oponente¹¹⁹, ou seja, o consumidor, pode optar por fiscalizar o produto, pesando na balança no ato da compra¹²⁰, ou, no caso da amostragem, fiscalizando por outros meios (constatação do lacre, do estado de conservação do botijão, ou até mesmo a pesagem feita em outro local etc.)¹²¹, isto é, {fiscalizar}. Poderá, porém, não fiscalizar o produto, quer seja na compra por pesagem no posto, ou por amostragem: {não fiscalizar}. Os princípios colidentes serão: liberdade de comércio e defesa do consumidor, em síntese. Graficamente, teremos:

119 Talvez os termos “opponente” e “adversário” não devam ser empregados em jogos de soma não zero, especialmente em aplicações voltadas para o Direito.

120 Não se pode esquecer, e o cotejo com a prática nos lembra disso cotidianamente, que a disponibilidade da faculdade não implica seu efetivo uso.

121 O senso comum deve também ser considerado. Aquele habituado a consumir o produto acaba, por experiência, reconhecendo empiricamente se “alguma coisa está errada” com o produto adquirido.

Tabela G: O “dilema do botijão de gás” com equilíbrio de Nash

		Consumidor	
		Fiscaliza	Não fiscaliza
Revendedoras	Balança	-5; +5 ←	-3; +2 ↓
	Amostragem	-2; +2 ←	-1; +1 ↓

Explicação das recompensas:

a) {Balança; Fiscaliza}: A restrição à liberdade de comércio será a mais alta possível para os revendedores, mesmo que isso implique o maior atendimento do interesse do consumidor, isto é, seu ótimo de Pareto.

b) {Balança; Não fiscaliza}: Aqui, a restrição à liberdade de comércio subsistirá, dado o custo de instalação de balanças, por exemplo, mas não será tão intenso como no quadro anterior, vez que a ausência de controle por parte do consumidor fatalmente ensejará a diminuição desta restrição. Apenas para ilustração, é bastante crível que as empresas não farão manutenção apropriada das balanças¹²². Já a defesa do consumidor será realizada pelo INMETRO e pela conduta, ao menos inicial, dos revendedores, que serão mais “cuidadosos” quanto à pesagem dos botijões, em face da simplicidade de controle a ser feito pelo consumidor.

c) {Amostragem; Fiscaliza}: Para os revendedores, a restrição será inequivocamente menor que todos os cenários que envolvem a instalação de balanças. Quanto aos consumidores, estes serão atendidos pelo trabalho efetuado pelo INMETRO aliado à sua conduta dili-

122Chegando, com base nisso, à situação extrema de deliberadamente lesar o consumidor, minorando ainda mais sua restrição ao livre comércio (os custos iniciais se compensariam com estes “ganhos”). Porém, pela ilicitude contida nesta “estratégia”, ela não foi considerada para o cálculo da recompensa.

gente de fiscalizar o produto comprado, denunciando qualquer anormalidade. Mas não num grau tão alto quanto presentes as balanças.

d) {Amostragem; Não Fiscaliza}: Aqui, tem-se o ótimo de Pareto para as revendedoras: a menor restrição possível. Contudo, a defesa do consumidor só será exercida pela fiscalização, não sua, mas do INMETRO.

E a solução, qual será? Embora, admite-se, seja pouco crível que essa fiscalização por parte do consumidor se dê efetivamente, o método demonstra que a obrigação de instalação de balanças nos caminhões deve ser afastada por desproporcional, pela não coincidência entre o ótimo de Pareto do princípio prevalente nesta colisão e o equilíbrio de Nash presente neste jogo. Este tipo de constatação diz respeito à adequação e à necessidade. Pode ser que houvesse coincidência, e mesmo assim a medida fosse invalidada por não se mostrar condizente com a lei de ponderação, isto é, o ótimo de Pareto do princípio não colidente poderia estar injustificadamente distante (o cumprimento do outro princípio não teria tamanha importância) do *payoff* existente no ponto de equilíbrio.

Mais uma vez, a teoria dos jogos mostra-se uma ferramenta adequada à compreensão e aplicação da proporcionalidade. Mas isso se daria em todos os casos?

Quais são as objeções que podem ser aduzidas à junção da proporcionalidade com a teoria dos jogos?

4. O modelo teoria dos jogos/proporcionalidade: antecipando críticas

4.1. Atribuição de recompensas

A primeira crítica aventada reside no raciocínio que distribui as recompensas a cada estratégia adotada. Não teria ela nada de econômico, sendo apenas uma “formatação matemática” de deliberações

subjetivas feitas no exame da proporcionalidade. O julgador considera as razões disponíveis e atribui, a partir da consideração destas à luz do caso concreto, um peso, ou recompensa, a cada princípio, expresso num algarismo.

E pior, essa “capa objetiva” poderia contribuir para um escamoteamento das razões analisadas ou facilitar uma distorção aos pesos atribuídos.

Sobre a presença de uma certa dose de subjetivismo na distribuição das recompensas, não há nada que se falar. Esta existe e deve ser reconhecida. Todavia, não há nisso qualquer espécie de decisionismo, já que, como visto nos dois exemplos dados no tópico anterior, a explicação dos *payoffs* faz o papel de justificação racional da relevância dada às razões existentes. Quanto mais explícito for o processo de consideração e valoração dos motivos, mais perto se chegará da meta da “objetividade possível”¹²³. O ponto será retomado, mas, por ora, sustenta-se emprego de solução diversa.

Sem embargo, a crítica a isso poderia ser afastada com a substituição de “moedas” no *payoff*. Esta deixa de denotar o grau de cumprimento (ou restrição, se o número for negativo) para indicar o proveito pecuniário de cada uma das partes, o que é um meio indireto de calcular o atendimento do princípio, sem resvalar no subjetivismo do julgador.

E antes que se objete que o Judiciário não tem conhecimento técnico para aferir isso, faz-se sucinta réplica: parágrafo 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99, que tem a seguinte redação: “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades”.

Pois bem. Numa decisão acerca da constitucionalidade de um ato legislativo, cuja proporcionalidade seja questionada, pode ser sempre admitida pessoa que demonstre estes cálculos.

123 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* (2003), p. 288.

Mas e quanto às outras aplicações da proporcionalidade? Que fazer? Nesses casos, pode-se sempre apelar ao perito, ainda que este não disponha de bases tão acuradas para a realização desta avaliação. Também podem ser utilizadas as informações trazidas pelas partes, devendo ser considerada pelo julgador a parcialidade desses dados.

Obviamente, esses fatos dificultam muito a aplicação do modelo. Apenas como exemplo: retomando o “dilema do botijão de gás”, como calcular o ganho do comprador se ele fiscaliza e se as balanças em cada ponto de venda são utilizadas? Há de se chegar a uma função matemática que equacione o tempo e o esforço gastos em um montante, que será somado à chance de discrepância no peso e o ganho médio numa condenação cível em ação proposta pelo consumidor. E este não é o único problema. Como calcular o ganho médio? Seria o valor da condenação deduzido das despesas gastas, que incluíram o esforço e o tempo dispensados (novamente nos valeríamos daquela função referida). Enfim, como uma *matriosbka*, a substituição das moedas esconde um problema dentro do outro, indefinidamente, mas não infinitamente. Há uma grande dificuldade, mas não uma impossibilidade nessa demonstração, o que confere força às críticas nesse sentido, não sendo elas, contudo, intransponíveis¹²⁴.

Além do exemplo fornecido pelo “caso do apagão”, vale-se aqui de exemplo trazido por Alexy, a fim de demonstrar a fórmula-peso, tratada anteriormente. Partindo-se do dever legal de apor advertências em embalagens de cigarro, alertando para o risco à saúde pelo seu consumo, seria possível o emprego, nos moldes do caso envolvendo restrição do consumo de energia elétrica, de função que

124Entretanto, pertinente mencionar o alerta trazido por Luís Fernando Schuartz acerca de métodos “ideais” que apresentam dificuldades de operacionalização. No entanto, aquilo que, em teoria, é no melhor dos casos um *second-best* metodológico, pode converter-se na solução preferida do ponto de vista social quando contabilizamos os *custos com a tomada da decisão e os custos associadas a decisões eventualmente equivocadas*. Ver SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)* nº 245, Rio de Janeiro, Ed. Atlas, p. 125, mai./jun./jul./ago. 2007.

equacionasse todas as grandezas¹²⁵, talvez envolvendo menor dificuldade para a aferição de todas as variáveis e suas probabilidades de ocorrência.

Frisa-se que, por duas vezes, foram utilizadas expressões caracterizadoras de incerteza: “probabilidade” e “chance”, que influenciam diretamente a construção dos *payoffs* envolvidos em cada jogo, revelando, desta forma, a compatibilidade do método proposto com a segunda lei de ponderação proposta por Alexy, desenvolvida quando da enunciação da fórmula-peso¹²⁶ e assim expressa: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.

Transladada essa lei para a “linguagem” da teoria dos jogos aplicada à proporcionalidade, pode-se construir que, “quanto maior for a certeza em relação às premissas fáticas, maior deve ser a influência para majorar (ou diminuir) os *payoffs* estimados”.

Assim, nada obstante a dificuldade empírica para a construção das funções que permitam alcançar os *payoffs*, para aferição da proporcionalidade em medidas que afetem as liberdades econômicas, tem-se que a posologia apresentada pode se mostrar pertinente e adequada¹²⁷.

125 Ilustrando a possibilidade, mas no contexto da análise da fórmula-peso, José Vicente dos Santos Mendonça comenta: “Alexy pretende demonstrar que juízos racionais quanto a graus de satisfação e restrição de princípios, ainda que difíceis, podem ser elaborados. Alguém poderia objetar que, no exemplo do tabaco, há importâncias numéricas em jogo, o que tornaria a gradação, em alguma medida, mais fácil. Veja-se: a obrigação de que as empresas coloquem avisos vai ter um custo operacional de X, vai importar uma redução esperada de consumidores de Y, significará uma possível demissão de Z empregados. Os gastos com saúde pública relacionados ao consumo de tabaco podem ser vistos em W. MENDONÇA, José Vicente. *Neoconstitucionalismo e Valores Jurídicos: uma proposta de substituição de paradigma*. Dissertação de mestrado em Direito Público UERJ, 2005, p. 60.

126 O ponto será retomado mais adiante.

127 E numa visão mais ambiciosa, dentro de uma concepção radical, dita normativa, da análise econômica do Direito, que tem por agenda a proposição de reformas legislativas com o objetivo de incrementar a eficiência, em algumas versões, ou a maximização de riqueza, na concepção

Mas o que fazer fora do mercado? Como agir quando as moedas não apresentarem a menor similitude, ou seja, quando os princípios forem de natureza totalmente diversa? Dá-se um exemplo singular, sempre lembrado pela doutrina. Para *otimizar* a instrução criminal, é necessário interrogar o suspeito, que sofre de problemas cardíacos. Há efetivo risco de que o sujeito sofra um infarto no meio do interrogatório, podendo chegar ao extremo de sua morte. Este risco também existe, ainda que de maneira minorada, no caso da não realização do interrogatório. Teremos o seguinte quadro:

Tabela H: “Instrução criminal x Risco de vida”

		Suspeito	
		Infarta	Não infarta
Estado	Interroga	+3; -5	+5; -1
	Não interroga	-1; -2	-1; 0

Algumas explicações preliminares são necessárias: a “moeda” desse jogo foi o atendimento dos princípios colidentes; no caso, busca da verdade material (concretizada pela melhor instrução criminal) *versus* incolumidade física do suspeito. Sobre os *payoffs*, estes são bastante claros, cabendo apenas a enunciação de algumas presunções feitas: (i) o infarto sofrido durante o interrogatório é mais grave

de Posner, mostra-se pertinente a citação de Luciano Timm, substituindo-se o enfoque contratual por outro, conferido pela lei: “A teoria dos jogos, para além de explicar o comportamento dos contratantes, contribui para a abordagem normativa do direito contratual e para sustentar necessidade de se criar incentivos à cooperação, que tende a gerar um saldo positivo a ser dividido entre as partes”. Sobre a diferença entre um viés normativo da análise econômica do Direito e outro descritivo, dito positivo, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.* (2008), especialmente p. 52-60. Uma defesa do viés normativo, entendendo que a “eficiência deve ser associada à produção de normas jurídicas” pode ser encontrada em SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (orgs.). *Op. cit.* (2005), p. 81 e seguintes. E, acerca da visão do Direito como instrumento para maximizar riquezas, ver POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473 e seguintes.

que o sofrido em qualquer outra circunstância; (ii) o infarto se deu no meio do interrogatório, impossibilitando seu prosseguimento, o que diminui a realização da instrução criminal; (iii) levado a cabo o interrogatório sem que infarte, o suspeito será condenado, ficando apri-
sionado, com consequências negativas para sua saúde, o que explica a recompensa negativa.

Como transformar isso em dinheiro? Seria possível quantificar a vida de alguém?¹²⁸ Como calcular antecipadamente os custos advin-
dos à extensão do infarto, bem como os benefícios econômicos trazi-
dos pelo êxito da instrução criminal?

Uma solução pouco honrosa para a defesa do método seria antecipar que a proteção à vida pertence ao núcleo mínimo da digni-
dade da pessoa humana. Afinal, para que alguém possa ser digno, é necessário que antes esteja vivo. Não poderia, então, ser avaliado sob o parâmetro da proporcionalidade, pois o núcleo essencial é, de plano, retirado de qualquer possibilidade de ponderação, sendo apta a aferir isso a vedação do excesso.

Tal solução sequer seria coerente com a adoção de uma concepção mais ampla de ponderação, eliminando a possibilidade de delimitação *a priori* do núcleo essencial. De outra forma, a adoção da teoria absoluta impossibilita o recurso ao núcleo essencial.

Além disso, essa “saída pela tangente” não afasta o problema, só toma a parte pelo todo. Se o exemplo é inapropriado, outros mil poderiam ser formulados, salientando a impossibilidade de se reduzir a uma moeda única todos os “ganhos e perdas” dos princípios colidentes. O problema não está no grau de constrição de um princípio, mas na diferença da natureza dos princípios em comparação e na aparente impossibilidade de se valer de medida pecuniária para mensurar seu atendimento ou restrição.

128 Alguns *sites* se propõem a realizar este cálculo. Espera-se que, a título de divertimento, apenas. Exemplo disso é o www.humanforsale.com.

É bem verdade que adotar outra medida, que permita uma comparação direta entre diferentes valores, parece tarefa extremamente difícil. Tarefa árdua livrar-se da herança utilitarista de se valer do dinheiro para mensuração. Afinal, como indica Ian Shapiro, “assim como o termômetro serve ‘para medir a temperatura’ e o barômetro ‘para medir a pressão atmosférica’, o dinheiro ‘é o instrumento de medida de quantidade de dor e de prazer’”¹²⁹, permitindo uma comparação interpessoal. Neste caso, figura como meio de comparar a satisfação e a restrição de princípios. Sobre as críticas acerca da impossibilidade de não ser o dinheiro inteiramente satisfatório, haja vista, dentro do tema abordado, a diferença substancial entre a ontologia dos princípios, aduz-se, um tanto cinicamente, que seria ônus do cético em provar isso e de encontrar outro meio, ou então, “dar adeus à política e à moral”¹³⁰. De modo expresso, cita-se Bentham:

Se, tendo uma coroa no bolso, e não estando com sede, hesito entre comprar com ela uma garrafa de clarete para beber e dispor dela para auxiliar uma família que vejo perecer por falta da mínima assistência, a longo prazo, tanto pior para mim: mas o certo é que, enquanto continuo hesitando, os dois prazeres, de satisfação dos sentidos, num caso, e de compaixão, no outro, têm para mim o valor exato de cinco *shilings*, são exatamente iguais para mim¹³¹.

Dessa forma, em nome do argumento emprestado do utilitarismo¹³² de que o dinheiro não é uma boa medida, mas a melhor dis-

129 SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32.

130 *Idem, ibidem*.

131 BENTHAM, Jeremy. *Jeremy Bentham's Economic Writings*. W. Stark (ed.). Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1952, v. I, p. 117, *apud* SHAPIRO, Ian. *Op. cit.* (2006), p. 33.

132 Sobre as raízes do utilitarismo na análise econômica do Direito, ver SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Análise econômica do Direito e seus limites jurídicos: apontamentos para uma interpretação do papel da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República). In: ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes de (org.). *Democracia, direito e política*: estudos internacionais em homenagem a Friederich Müller. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2006, p. 416. O

ponível e que isso é provado pelo fato de que “o homem rico é mais apto a ser feliz, em média, que o homem pobre”¹³³, pode-se defender a utilização da “moeda” para atribuição das recompensas na metodologia apresentada.

autor citado critica fortemente a influência do utilitarismo, vez que a regra de felicidade para o maior número traz implícita a possibilidade de “instrumentalização do outro”, o que faz do utilitarismo e, a reboque, a análise econômica do direito incompatíveis com os direitos fundamentais. E, embora não aponte como causa o “pecado original utilitarista”, também contra a análise econômica do direito, eis que esta tem o condão de “submeter o campo do direito a uma racionalidade que desconhece os direitos fundamentais”, ver LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 102. Entretanto, possível antever que a crítica é dirigida, tal como visto em relação ao positivismo, a um “utilitarismo espantoso”. Denunciando uma certa resistência atávica ao utilitarismo no Brasil, expressada pelo bordão “não vi, não gostei”, confira-se CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Utilitarismo: ética e política. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; ANDRADE, Luiz Felipe Netto de; SILVA, Sahd (orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 191. Admitindo essa ligação, Rachel Sztajn comenta o ineditismo de Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, em realizar uma “análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais”. Ver SZTAJN, Rachel. *Op. cit.* (2005), p. 74. Em realidade, o tema envolve complexidade que excede, e muito, os limites deste artigo. Para uma apresentação crítica do utilitarismo, ver o primeiro capítulo de KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, tratando-se ali também da diferença entre o utilitarismo de ato e o utilitarismo de regra. Sobre uma desvinculação entre análise econômica do Direito e utilitarismo, cita-se Richard Posner: “A maximização da riqueza [pedra de toque para a concepção de análise econômica do Direito feita pelo autor] é uma ética de produtividade e cooperação social — enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e anti-social [...] E uma ética de produtividade e cooperação social é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que o seria a ética utilitarista pura. Confira-se: POSNER, Richard. *Op. cit.* (2007), p. 526. Todavia, tanto o utilitarismo quanto a análise econômica do Direito parecem imbrincados a partir de seu intrínseco consequencialismo. Sobre essa ligação e para uma exposição da adoção de uma postura consequencialista no Direito, à luz do pragmatismo, ver ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188-190. De se ressaltar que os autores, a partir da obra de Amartya Sen, destacam que o consequencialismo, junto com o *welfarismo* (“a exigência de que o agente adote a “promoção da felicidade — ou do ‘bem-estar [...] — como critério para se determinar qual é a ação ‘moralmente boa’ em cada caso) e o *sum-ranking* (a possibilidade de medir a utilidade/felicidade/bem-estar total de um estado de coisas a partir da soma das utilidades individuais), constituem os três aspectos centrais do utilitarismo.

133 BENTHAM, Jeremy. *Jeremy Bentham's Economic Writings*. W. Stark (ed.), Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1952, v. I, p. 438, *apud* SHAPIRO, Ian. *Op. cit.* (2006), p. 32.

Entretanto, em relação aos direitos fundamentais e às intervenções por eles sofridas, como demonstra o exemplo do “interrogado com cardiopatia”, a utilização do método combinada com o emprego de valores monetários para a explicitação de recompensas não se afigura possível, levando a resultados pouco convincentes e implicando, quiçá inconscientemente, uma postura “alter-indiferente”, o que pode ser explicado pela forte relação entre os direitos fundamentais e a moral neles plasmada¹³⁴.

Todavia, não é esta a única crítica que pode ser levantada contra o método. Outras serão abordadas a seguir.

4.2. Racionalidade *versus* Moral: o *ultimatum game*

Toda a teoria dos jogos se alicerça em alguns poucos pilares. E um dos mais sólidos afirma o seguinte: as interações se dão entre “agentes racionais”. E o que significa ser racional? Tão-somente que o agente age para obter a maior utilidade possível, isto é, jogador racional é aquele que “pretende sempre maximizar seus ganhos médios”¹³⁵. E nada se fala a respeito dos meios para atender os princípios, se lícitos ou não, morais ou imorais. Bom é obter o ganho ótimo e ponto final¹³⁶.

134 Nesse sentido, a concepção de direitos fundamentais como trunfos, de Ronald Dworkin. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

135 ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Op. cit.*, p. 183.

136 De forma mais enfática, Richard Posner aponta: “o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações — *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai que-

Felizmente, nem sempre agimos racionalmente. Por vezes, por falta mesmo de capacidade de previsão sobre as consequências de nossas escolhas, levados pelo imediatismo da emoção¹³⁷. Têm-se aí os ditos crimes “passionais”, como exemplo do afirmado¹³⁸. Sem embargo, em algumas situações, nossa conduta não é racional por conta da adoção de valores. Deixamos de lado a tentativa de maximizar proveitos em nome de um sentimento de pertença a uma Moral. Ronaldo Fiani resume a questão da seguinte maneira:

Um [...] tipo de comportamento que poderia ser descrito como não sendo orientado pela racionalidade é aquele motivado pelos nossos

brá-lo, o motorista que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer reguladas pelo sistema jurídico, quer as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico”. Ver POSNER, Richard, *Op. Cit.* (2007), p. 473-474.

137O tema é imensamente debatido na literatura econômica, sendo uma das premissas da “nova economia institucional” o reconhecimento da “racionalidade limitada”, a partir da H. Simon, que indica que os tomadores de decisão, longe de serem hiperracionais podem experimentar deficiências em termos de conhecimento de todas as alternativas, incerteza acerca de eventos exógenos e falha no cálculo de consequências, imediatas e de longo curso. Sobre o tema, ver WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações?. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (orgs.). *Op. cit.* (2005), em especial p. 20. Sobre a substituição do paradigma do *homo economicus* hiperracional pelo da racionalidade limitada, que propiciou o surgimento da economia comportamental, cita-se Dan Ariely: “A economia tradicional presume que todos somos racionais — que conhecemos todas as informações pertinentes a nossas decisões, que podemos recalcular o valor das diversas opções com que nos deparamos e que estamos cognitivamente desobstruídos ao pesar as ramificações de cada escolha possível. [...] Entretanto, [...] todos somos muito menos racionais em nossas decisões do que a teoria tradicional presume. Nossos comportamentos irracionais não são aleatórios nem insensíveis — são sistemáticos e previsíveis. [...] Essa idéia simples é a base da economia comportamental, um campo emergente que se concentra na idéia (bem intuitiva) de que nem sempre nos comportamos de maneira racional e que sempre tomamos decisões erradas. Ver: ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 195-196. Ver também MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 489.

138Negando peremptoriamente que a escolha emocional é sempre a pior escolha, o neurologista português António Damásio postula que as emoções e os sentimentos são parte indissociável do “bem-decidir” (cf. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004).

valores, quando abrimos mão de nossas escolhas em nome de um imperativo ético, religioso ou político. Quando nossas ações são motivadas por valores, conhecemos as alternativas possíveis e as consequências de nossas escolhas (ao contrário de quando agimos emocionalmente), mas deliberadamente deixamos de levar isso em consideração para fazermos ‘o que tem de ser feito’¹³⁹.

Um bom exemplo de jogo em que a racionalidade cedeu a um sentimento moral pode ser dado a partir de um experimento realizado pelos departamentos de Neurologia e Ciências Biomédicas da UFRJ: o *Ultimatum game* (com variações)¹⁴⁰.

A experiência consistia em algumas etapas. Na primeira, dois participantes deveriam dividir um montante. O proponente decidia como o dinheiro seria dividido (90%/10%; 50%/ 50%; 30%/70% etc.) e o aceitante podia acolher ou recusar a oferta. Se a proposta era aceita, a quantia era dividida como proposta. Se fosse rejeitada, ambos os participantes nada ganhavam¹⁴¹. Em suma, o proponente lançava um ultimato ao outro jogador: ou minha proposta ou nada.

Repare que seria sempre melhor para o aceitante, procurando *otimizar* seus ganhos, aceitar qualquer divisão, mesmo que francamente desigual. Entretanto, não foi isso o que aconteceu. Quase todas as vezes que uma divisão de “nove partes para uma” era proposta, esta sofria recusas (92%), e ainda as que eram mais próximas de um equilíbrio eram rejeitadas, em menor grau (a divisão 7/3 teve 55% de reprovação)¹⁴².

139 FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 10.

140 Ver ARRUDA-CARVALHO, Maithe et al. Moral emotions and human reciprocity. In: *Brain Res Cog, submetido*, p. 3.

141 ARRUDA-CARVALHO, Maithe. *Op. cit.*, p. 3.

142 ARRUDA-CARVALHO, Maithe et al. *Op. cit.*, p. 4. Ressalta-se que este tipo de proposta desigual também não era comum, o que igualmente contraria a racionalidade na atuação do proponente. Todavia, há uma boa razão para que seja assim. Crê-se que a divisão mais igualitária deve-se à expectativa de repetições indefinidas do jogo, com outros agentes, o que acabaria por ensejar a construção de uma “reputação”. Ao final, o indivíduo com boa reputação

Isso, por si só, já inviabilizava a tese de que os jogadores atuam sempre racionalmente. Contudo, as coisas ficam piores para a teoria dos jogos. A implicação deste comportamento atípico com a moral se torna mais patente em etapa posterior.

Nesta variação do *ultimatum game*, aqueles que desempenharam o papel de aceitantes poderiam, a partir dos ganhos obtidos na etapa anterior, “punir” ou “recompensar” os proponentes, na seguinte medida: uma unidade econômica (u.e.) “investida” pelo aceitante representava penalidade de três u.e. em caso de “punição”, ou bônus de três u.e. em caso de “recompensa”.

De fato, não há investimento nenhum. O gasto para premiar ou punir não seria restituído em nenhum momento. Qual seria a solução do *homo economicus*, do jogador racional? Talvez praguejar contra os proponentes mais “egoístas” (na verdade, os mais “racionais”), fazer uma prece pelos outros e garantir o montante já ganho, mas nunca perder recursos para recompensar ou punir quem quer que seja. Mais uma vez, o previsto não foi corroborado pela realidade. Muitos dos antigos aceitantes realmente “pagaram para ser juizes”, o que levaria qualquer matemático à loucura¹⁴³.

E o que explica isso? Mais tarde interrogados sobre o que os motivou a essa atitude, estes “juizes que compraram a toga” responderam majoritariamente: “gratidão” e “indignação”. E o que não são esses sentimentos que não emanam morais? Não seriam elas um “imperativo” que as levava a ter seus ganhos diminuídos para “fazer o que deveria ser feito?” Resumindo: “as emoções morais influenciam as interações econômicas”¹⁴⁴, o que problematiza a aplicação da teo-

poderia elevar moderadamente o seu ganho médio amparado num comportamento inicial “mais solidário”. A partir de experimento semelhante, Tom Vanderbilt expõe: “os pesquisadores descobriram que as pessoas costumam rejeitar ofertas abaixo de 50% mesmo que isso signifique que sairão sem nada”. Ver VANDERBILT, Tom. *Por que dirigimos assim? e o que isso diz sobre nós*. Trad. Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 27.

143 ARRUDA-CARVALHO, Maithe *et al.* *Op. cit.*, p. 5.

144 *Idem, ibidem.*

ria dos jogos nas interações sociais. Dito de outra forma: o “senso de justiça”¹⁴⁵ interfere na racionalidade.

E, no caso da metodologia proposta, essa interferência pode se dar de maneira mais acentuada. Isso porque os princípios, como visto na parte inicial deste trabalho, funcionam como uma “porta de entrada” da Moral no Direito; são eles, em realidade, um ponto de concentração desse senso de justiça.

De outra maneira: a premissa da teoria dos jogos que postula a racionalidade dos agentes revela-se incompatível com o objeto da aplicação ora proposto: os princípios jurídicos, dado seu alto grau de vinculação com a moral. Em suma: o veículo não é apropriado ao passageiro.

Esta, talvez, seja uma crítica mais forte, mas não diretamente endereçada ao modelo de aplicação da proporcionalidade a partir da teoria dos jogos. Isto porque, no experimento acima, o foco era o “ganho econômico individual”. Pois bem, naquele modelo, a “moeda” era o grau de cumprimento ou restrição dos princípios, ultrapassando as limitações individuais e econômicas¹⁴⁶. Ainda que restringida, a junção da teoria dos jogos com a proporcionalidade para exame de atos estatais segue sendo um modelo justificável, ainda que, na prática, seja de difícil aplicação.

Nada obstante o pessimismo, vislumbra-se uma maneira de “salvar o método”, isto é, de se propor solução às insuficiências apontadas, reabilitando sua aplicação.

A tentativa envolve, inicialmente, o abandono da utilização de medidas pecuniárias para a atribuição de recompensas, e o reconhe-

145 VANDERBILT, Tom. *Op. cit.* (2009), p. 27.

146 Entretanto, poder-se-ia objetar: em nenhum dos “jogos” analisados, os princípios eram os agentes. A concretização ou restrição dos princípios era vista por meio de sua titularização pelos agentes. Sem embargo, seria possível apresentar esquematicamente a interação tratando os princípios como agentes. Porém, ao fim e ao cabo, seriam seus titulares que exerceriam diferentes condutas, concretizando ou restringindo os princípios.

cimento de que a teoria dos princípios, admitida a sua aplicação por ponderação, forma, junto com uma teoria da argumentação, forçosa via de mão dupla¹⁴⁷.

A partir daí, pretende-se superar o aparente paradoxo entre agente racional *versus* aplicação de pautas morais, e, a um só tempo, promover uma maior compatibilização com a teoria de Robert Alexy, notadamente a partir dos escritos mais recentes do autor.

5. Fórmula-peso e teoria dos jogos/proporcionalidade: um esboço de compatibilização

Para tentar reabilitar sua teoria à luz das censuras lançadas à proporcionalidade, notadamente seu caráter subjetivo e irracional, Robert Alexy desenvolve o tema envolvendo a atribuição de pesos aos princípios conflitantes, desenvolvendo a “fórmula-peso”. Essa fórmula, em sua enunciação mais completa, lida com um conflito hipotético entre um princípio I e outro princípio J, e se apresenta, reunindo três variáveis de cada um deles (peso ou grau de intervenção — **I** ou **W**, peso em abstrato — **G** e uma grandeza **S**), da seguinte forma: $G_{i,j} = IP_i \times GPA \times SP_i / WP_j \times GPA \times SP_j$

Tais variáveis podem assumir valores de uma escala triádica, com a seguinte notação: “**I**” (leve, reduzido ou fraco), “**m**” (médio ou moderado) e “**s**” (sério, grave, alto ou forte).

Verifica-se que tal escala poderá ser adotada pelo método teoria dos jogos/proporcionalidade, substituindo-se a referida escala por uma numérica, que varie de 1, para uma promoção leve, até 3, denotando uma concretização forte (e de modo análogo, valores negativos, na hipótese de restrição ou compressão de princípios).

147 ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*. In: *Doxa: cuadernos del filosofía del Derecho*, n. 5, 1988, p. 148-150.

E mais: considerando o tema abordado, a variável **S**, comum a todos os princípios envolvidos, assume especial importância. Trata-se de uma grandeza epistêmica, atinente ao grau de certeza da suposição empírica acerca da relação entre a medida analisada e a realização de um princípio e não-realização de outro, dando origem a uma segunda lei de ponderação, que diz: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção¹⁴⁸”.

Com isso, verifica-se que a ponderação deve ser compatibilizada com um espaço de discricionariedade, cuja visualização é exacerbada num contexto de prognósticos difíceis¹⁴⁹. Em suma, em caso de dúvida robusta ou acentuada dificuldade na análise das considerações fáticas, deve ser respeitada a vontade do legislador/administrador¹⁵⁰.

A partir desses dois elementos, verifica-se que a fórmula-peso, tal como o método teoria dos jogos/proporcionalidade, deve ser vista como uma maneira de apresentar, simbolizar a argumentação. É ela, a argumentação, que atribui os pesos: como indica Alexy: “as sentenças ou proposições, que são unidas pela fórmula-peso, devem ser justificadas por outros argumentos¹⁵¹”.

148 ALEXY, Robert, *op. cit.* (2008), p. 150.

149 ALEXY, Robert, *op. cit.* (2008), p. 591.

150 Tal quadro não possui expressão meramente acadêmica. Um exemplo é fornecido por Robert Alexy: como decidir acerca da “criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis*”? De consensual, somente os princípios colidentes: liberdade *versus* saúde. Sobre o grau de restrição, poucas são as certezas, e muito menos acerca dos resultados da medida em relação a cada princípio. Diante dessa situação, o Tribunal Constitucional Federal, ao constatar, em julgamento realizado em 1994, que não existem “conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou de outro caminho”, assumiu posição de deferência ao legislador, entendendo que a criminalização, levada a cabo pela atividade legiferante, seria proporcional, teria de ser aceita. (Ver BVerfGE 90, 145 (183) *apud* ALEXY, Robert. *Op. cit.* (2008), p. 591).

151 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 161.

Dessa forma, tem-se que atribuir pesos, seja via fórmula-peso, seja por meio do emprego da metodologia teoria dos jogos/proporcionalidade. Em suma, é dependente da ponderação, o que significa o abandono da hipótese de que o uso da proporcionalidade implica um único resultado correto, ou que seu emprego seria neutro.

Da mesma forma, seria possível propugnar a reunião das propostas, a partir de um método teoria dos jogos/proporcionalidade que se valesse da escala triádica preconizada por Alexy. Nessa reelaboração, a atribuição de pesos é dependente da argumentação, o que se dará somente nos casos em que não seja possível a utilização de grandezas monetárias. Essa hipótese, como visto, pode se apresentar nos casos de conflitos entre direitos fundamentais.

Muito embora isso esvazie um aparente rigor matemático do método, por outro lado representa um inegável avanço em relação às alegações de decisionismo e arbítrio na utilização da proporcionalidade, especialmente por conta da grandeza **S**, que pode ser aplicada no método teoria dos jogos/proporcionalidade.

Transladada essa lei para a “linguagem” da teoria dos jogos aplicada à proporcionalidade, pode-se construir que “quanto maior for a certeza em relação às premissas fáticas, maior deve ser a influência para majorar (ou diminuir) os *payoffs* estimados”.

E, além disso, a referida construção permite uma reunião menos traumática de um método lastreado numa racionalidade moralmente indiferente à utilização dos princípios jurídicos, visceralmente atrelados à Moral.

6. Síntese e Conclusão

Ao final deste trabalho, chega-se às seguintes conclusões parciais:

1. O movimento da análise econômica do Direito vem ganhando adesão no cenário jurídico nacional. Contudo, no âmbito do

Direito Constitucional, em especial, na metodologia constitucional, são poucos os trabalhos que se valem do instrumental legado pelo movimento;

2. Uma das razões possíveis para a explicação do fenômeno repousa na crítica feita por Ronald Dworkin, um dos autores mais influentes nesse campo de conhecimento, notadamente a partir da divulgação de suas obras no Brasil, iniciada em meados da década passada. Todavia, não se percebe a mesma postura na obra de Robert Alexy;

3. Ao contrário: constata-se a utilização de instrumentos econômicos na construção de sua teoria. Destaca-se no ponto a aplicação da proporcionalidade. Este postulado aplicativo normativo é empregado como um elemento que estrutura a ponderação, sendo esta a espécie de raciocínio que resolve os conflitos havidos entre os princípios constitucionais;

4. A proporcionalidade é composta por três elementos: (i) a adequação: exame consistente em saber se uma medida é apta a atingir o fim desejado; (ii) a necessidade, ou seja, se o meio aferido revela-se o menos gravoso à consecução da finalidade; e, por fim, (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que, de maneira sucinta, revela-se uma análise de custos e benefícios envolvendo todas as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes, ao contrário de (i) e (ii), que somente se referem às possibilidades jurídicas de um princípio;

5. A aplicação da proporcionalidade, numa esquematização “ortodoxa”, isto é, baseada nos escritos de Alexy produzidos na década de 1980 e 1990, postula seu emprego a partir da utilização em progressão lógica de seus três elementos, por meio de procedimento que define qual princípio obterá, naquela situação em concreto, maior grau de cumprimento em relação a outro, que será restringido, ou não-cumprido. Constata-se, então, a possibilidade de inversão de uma ordem hierárquica definida *prima facie*, em consideração aos elementos fáticos subjacentes à conjuntura do conflito entre os princípios;

6. A partir da semelhança entre certos aspectos da proporcionalidade e da Teoria dos Jogos, ramo de conhecimento que estuda situações de interações entre agentes que se comportam estrategicamente, faz-se esboço de um método comum: uma metodologia “teoria dos jogos/proporcionalidade”;

7. Nesta visão, será proporcional não mais a norma que atenda aos três elementos da proporcionalidade. Outra forma de atender a proporcionalidade se dará a partir do cumprimento da seguinte exigência: será proporcional a norma que promova, em seu ótimo de Pareto, o princípio preponderante na colisão. E mais: a interação entre os princípios colidentes também deve atingir uma situação que atenda ao equilíbrio de Nash, reforçando a necessidade de atendimento, no máximo possível, de todos os princípios envolvidos;

8. Não obstante a exemplificação, partindo de situações já apreciadas pelo STF, este procedimento poderá ser problematizado. A principal crítica adiantada indica a incompatibilidade entre racionalidade, tônica da Teoria dos Jogos e a Moral, idéia-motriz do Direito Constitucional contemporâneo. Além disso, destaca a impropriedade de se utilizar valores pecuniários como meio de aferir o peso dos princípios constitucionais colidentes;

9. Desenvolve-se então uma estratégia para a superação da crítica: a compatibilização da metodologia teoria dos jogos/proporcionalidade com a fórmula-peso de Alexy, abandonando-se a técnica de atribuir medidas pecuniárias às recompensas decorrentes das estratégias adotadas na interação entre os agentes;

10. Em seu lugar, adota-se uma “tradução cardinal” dos pesos atribuídos aos princípios, valendo-se dos graus de restrição/concretização de cada um. Além disso, o método em comum poderá se socorrer da grandeza epistêmica formulada por Alexy, base da chamada segunda lei de ponderação, assim definida: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”; e

11. Transladada essa lei para a “linguagem” da teoria dos jogos aplicada à proporcionalidade, pode-se construir que, “quanto maior for a certeza em relação às premissas fáticas, maior deve ser a influência para majorar (ou diminuir) os *payoffs* estimados”.

Por fim, deve-se salientar que o método teoria dos jogos/proporcionalidade, com a utilização de pesos atribuídos monetariamente, apresenta-se válido e pertinente para conflitos no campo das liberdades econômicas.

Entretanto, a reformulação da proposta, à luz do influxo da fórmula-peso, apresenta duas vantagens: (i) demonstra que o pensamento de Alexy é, em algum grau, compatível com os postulados do movimento da análise econômica do Direito e (ii) robustece o esboço do método em comum teoria dos jogos/proporcionalidade, de modo que possa ser também utilizado para a solução de choques entre direitos fundamentais, apoiados por princípios jurídicos.

Dessa maneira, verifica-se que o método teoria dos jogos/proporcionalidade não se volta apenas aos conflitos havidos no mercado, movidos por uma lógica de eficiência.

Mais que isso, pretende-se também como um instrumento de justiça equitativa.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECER

CVM — INVALIDADE DO ITEM 13.11 DO ANEXO 24 DA INSTRUÇÃO Nº 480 — LEGALIDADE E COMPETÊNCIAS NORMATIVAS — PRIVACIDADE E SEGURANÇA INDIVIDUAL

Sumário: I. Hipótese e consulta. II. Notas teóricas. II.1. Princípio da legalidade e delegação legislativa. II.2. Direito de privacidade. II.3. Segurança individual. III. Invalidade da exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 da CVM. III.1. Competências normativas da CVM e seus limites: incompetência para veicular a exigência. III.2. Privacidade, sigilo da remuneração, segurança individual e acesso do público a informações sobre valores mobiliários e companhias que os tenham emitido: a inconstitucionalidade material da exigência. IV. Conclusão

I. Hipótese e consulta

1. Consulta-me o Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças — IBEF, por seu advogado, Dr. José Roberto Castro Neves, acerca da validade da exigência introduzida pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM no subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480, de 07.dez.2009, expedida pela autarquia para regular uma série de temas envolvendo o mercado de valores mobiliários.

2. O subitem 13.11 do referido Anexo se insere em um item geral (item 13, composto de 16 subitens), que trata das informações que devem ser divulgadas no sítio da CVM na Internet e nos próprios sítios das companhias sobre a remuneração de seus administradores. De forma específica, o item 13.11 prevê que devem ser divulgados,

em relação ao conselho de administração, à diretoria estatutária e ao conselho fiscal, os valores da maior remuneração individual, da menor remuneração individual e da remuneração individual média, além do número de membros de cada órgão¹.

3. O consulente considera que a exigência contida no item 13.11 em questão é inválida, tanto porque a CVM teria extrapolado seu poder normativo ao editá-lo quanto porque haveria, na hipótese, violação às garantias constitucionais que protegem a segurança individual, a intimidade e o sigilo de dados pessoais (Constituição art. 5º, *caput*, X e XII). Segundo o consulente, a divulgação na Internet da maior remuneração dos integrantes de cada um dos órgãos das companhias referidos acima torna automaticamente pública a remuneração recebida por determinados indivíduos em particular, já que é apenas natural, e corresponde às regras de experiência, que a maior remuneração será recebida pelos presidentes dos órgãos em questão.

4. Já se pode adiantar que tem razão o consulente em relação aos dois pontos referidos. E isso porque **(i)** a CVM não dispõe de competência normativa para veicular a exigência contida no item 13.11 em questão; e **(ii)** de todo modo, a exigência veicula uma restrição inválida às garantias constitucionais que protegem a privacidade e a segurança individual. As razões que conduzem a tais conclusões serão expostas na seqüência de acordo com o roteiro inicialmente proposto.

II. Notas teóricas

II.1. Princípio da legalidade e delegação legislativa

5. No direito brasileiro, o **princípio da legalidade**, genericamente

1 CVM, Instrução nº 480/2009, Anexo 24, subitem 13.11: “Em forma de tabela, indicar, para os 3 últimos exercícios sociais, em relação ao conselho de administração, à diretoria estatutária e ao conselho fiscal: a. órgão; b. número de membros; c. valor da maior remuneração individual; d. valor da menor remuneração individual; valor médio de remuneração individual”.

mente considerado — CF, art. 5º, II —, reserva à *lei* a criação de deveres e obrigações². Vale dizer: todo ato que interfira com o direito de liberdade e propriedade das pessoas depende de lei prévia que de algum modo o autorize³. É verdade que essa enunciação haverá de ser compreendida hoje em sentido algo diverso do que já foi no passado. Em *primeiro lugar*, “lei” já não significa apenas lei formal — isto é: ato editado pelo Poder Legislativo — e sim um conceito mais abrangente de *juridicidade*, em cujo ápice está a própria Constituição, sem exclusão, é claro, das leis formais⁴.

6. Em *segundo lugar*, a nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes — alimentada pela crise do Legislativo, da própria lei formal e pelo crescimento do papel do Executivo⁵ — tem levado a doutrina a elaborar em torno do princípio da legalidade uma formulação mais sofisticada, capaz de acomodar as necessidades contemporâneas. Nessa linha, já se tornou corrente a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei⁶, de um lado, e, de outro,

2 CF/88, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

3 V. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001, p. 165 e ss..

4 Sobre o tema da substituição do conceito de legalidade estrita pela ideia de juridicidade, que abarca a lei, mas também a ordem constitucional (e, em certos contextos, o direito internacional e o direito comunitário), v. o trabalho pioneiro do autor português Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, 2003. Na literatura nacional, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, e Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006.

5 Sobre o tema, veja-se Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000; Vicente Paulo Francisco Rão, Fatores políticos e sociais da legislação delegada, *Revista dos Tribunais* 742:765, 1997, p. 766-7; e Alexandre Santos de Aragão, O poder normativo das agências reguladoras, *Revista Forense* 354:3, 2001, p. 354-5.

6 Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que irão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. Há consenso de que a eliminação completa dessa atuação subjetiva no momento da aplicação é praticamente impossível, de modo

entre reserva de lei formal ou material⁷. E a própria Constituição brasileira de 1988 contempla, juntamente com a lei formal, variados instrumentos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei.

7. Com efeito, a Carta de 1988 confere ao Poder Executivo competência para (i) a edição de leis delegadas⁸; (ii) a edição de atos normativos primários, por meio de decreto, no espaço reservado à Administração (e.g., art. 84, VI⁹); e (iii) a edição *extraordinária* de atos normativos primários — as medidas provisórias — sem prévia autorização do Congresso¹⁰. O art. 62, § 1º da Constituição lista as matérias que não podem ser objeto de medidas provisórias e que, por isso, estão submetidas à reserva de lei formal¹¹.

que a distinção entre a reserva absoluta e relativa acaba por ser visualizada em termos de grau ou extensão. V. Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, 2002, p. 378.

7 Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que, normalmente, incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação. Tais ideias encontram-se sinteticamente expostas na notável conferência do Professor Alberto Xavier, Legalidade e tributação, *Revista de Direito Público* 47-48:329, 1978.

8 CF/88, art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

9 CF/88, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI — dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. De parte isso, previsões como a do art. 103-B, que trata do Conselho Nacional de Justiça, sugerem uma excepcional competência normativa autônoma.

10 CF/88, art. 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

11 CF/88, art. 62, § 1º: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I — relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

8. Nada obstante toda essa construção, cujo propósito evidente é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade, permanece válida a concepção clássica do direito constitucional brasileiro¹² de que é vedada a delegação de funções de um Poder a outro¹³ fora das hipóteses constitucionais¹⁴; ou, ao menos, de que a delegação, ainda que possível, não pode ser “em branco”, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias que permitam o controle de seu exercício. Trata-se de uma exigência básica da separação de poderes que um Poder não concentre competências — as suas próprias e mais as que eventualmente receba de outro Poder —

II — que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III — Reservada a lei complementar; IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

12 A Constituição de 1967/69 dispunha textualmente: “Art. 6º (...) Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investida na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Não obstante a textualidade do dispositivo, ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas, copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe, mas não foram questionadas. Confirme-se. Pela Lei nº 1779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo, inclusive quanto ao trânsito do café entre a produção e o escoamento, fixação de quotas etc. Semelhantemente se passara com o açúcar desde o Decreto nº 22.779, de 01.06.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, com fulcro na Lei nº 4.595/64. Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a Lei nº 3.244/57, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo.

13 Confira-se, a propósito, o seguinte excerto de trabalho doutrinário do Ministro Carlos Mario da Silva Velloso: “no Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no *Segundo Tratado de Governo Civil*, deixa expresso que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação do soberano, e quem age por delegação não pode delegar o que não lhe pertence, o que se enuncia na máxima latina: *delegata potestas delegari non potest*”. (Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 90:179, 1989, p. 180).

14 Nessa linha, CF/88, ADCT: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todo os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa”.

sem estar submetido a controle¹⁵. O tema da delegação legislativa merece uma nota adicional.

9. O direito brasileiro conhece, e o ponto é tradicional, a figura do **poder regulamentar**. Trata-se de competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo para expedir atos normativos administrativos destinados a explicitar e detalhar o modo e a forma de execução de lei¹⁶ ou, eventualmente, de dispositivo autoaplicável da Constituição¹⁷. Em qualquer caso, porém, o regulamento, por definição, é ato normativo subordinado, por força da separação de Poderes e do princípio da legalidade. Não pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente, já que, como regra geral, somente a Constituição e a lei serão vias legítimas para a criação de obrigações para os particulares¹⁸.

15 Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, 1989, p. 26: “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos Poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo intangível”.

16 CF, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

17 Admitindo-se ser possível que a Constituição condicione diretamente a atividade administrativa, sem intervenção de lei, é natural que um regulamento possa ser editado para ordenar e uniformizar a aplicação do mandamento constitucional.

18 Nesse sentido, que expressa o ponto de vista da quase totalidade da doutrina, v. por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 94: “Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 68: “Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, depende de lei”; e M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, pp. 3-5: “[Regulamentos] não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigorante”. Vejam-se, ainda, Carlos Mário da Silva Velloso, *Delegação legislativa — A legislação por associações*, *Revista de Direito Público* 90:179; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 1990, p. 337; Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1999, p. 159-69; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*, 2ª ed., p. 314.

10. Embora a enunciação do conceito não apresente maiores dificuldades, não é incomum que, no espaço de conformação atribuído pela lei ao administrador, misturem-se e confundam-se criação e aplicação do direito, sendo difícil isolar conceitualmente os dois domínios em cada caso. Muitas vezes, a fronteira que separa o exercício ordinário do poder regulamentar da chamada *delegação legislativa* pode ser bastante tênue, reforçando a importância de se dar ao tema o devido tratamento teórico.

11. A expressão delegação legislativa é empregada, em geral, para descrever hipóteses nas quais o legislador fixa determinados parâmetros — mais ou menos gerais — e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada determinado tema. Embora o ato expedido com fundamento na delegação legislativa seja inferior à lei e a ela vinculado¹⁹, o espaço de criação outorgado ao Executivo pode ser substancialmente mais amplo aqui do que no exercício tradicional do poder regulamentar. Diversos sistemas constitucionais do mundo, tais como os dos EUA, Inglaterra, França, Itália e Alemanha, passaram a adotar mecanismos de delegação legislativa, seja mediante previsão expressa na Constituição — *e.g.*, os *decreti-leggi*, na Itália, e as *ordonnances*, na França —, seja em decorrência de construção jurisprudencial, como no caso dos EUA²⁰.

12. Também no Brasil a delegação legislativa tem sido admitida, mas entende-se que, além de subordinada à legislação, que sem-

19 Sobre esse ponto específico, v. Clémerson Merlin Clève, *A atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 134. Embora não trate da questão nesses termos, Alexandre de Moraes considera que a evolução do entendimento liberal sobre a separação dos Poderes e sobre o conceito de lei, e a necessidade de descentralização administrativa tornaram plenamente aceitável a possibilidade de delegação legislativa. O autor também ressalta que o disposto no art. 49, V, que confere ao Congresso Nacional poderes para sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, deve ser aplicado para controlar os atos normativos das agências reguladoras (Agências reguladoras, *Revista dos Tribunais* 791:8, 2001).

20 Sobre o tema, vejam-se Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, *Administrative law and process*, 1999; e Jerry L. Mashaw e Richard A. Merrill, *Administrative Law: the American public law system*, 1985. Em língua portuguesa, confira-se a análise do fenômeno em Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152 e ss..

pre terá preferência²¹, a delegação deve vir acompanhada de parâmetros capazes de nortear a ação administrativa e, ao mesmo tempo, sujeitá-la a alguma espécie de controle posterior²². Sobretudo quando a delegação envolva a possibilidade de o Executivo restringir direitos, seus parâmetros devem ser especialmente claros e definidos, e isso por duas razões. Em *primeiro lugar*, para que o eventual atingido pela norma possa identificar — ou ao menos prever razoavelmente — a restrição a seu direito²³. E, em *segundo lugar*, porque a vagueza

21 Como aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz, a competência regulamentar constitui um “poder administrativo concretizador do exercício de uma função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto” (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes — O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, 1994, p. 69). V., também, Gustavo Binbenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006, p. 169; e STF, DJ10.out.2003, ADI-AgR 2489/MA, Rel. Min. Carlos Velloso: “O regulamento não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou nega algo que a lei concedera, pratica ilegalidade. A questão, em tal hipótese, comporta-se no contencioso de direito comum. Não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

22 É também nessa linha, aliás, o direito norte-americano, para o qual a delegação legislativa poderá ser legítima uma vez que o órgão legislativo fixe parâmetros, *standards* adequados e capazes de pautar e limitar a atuação normativa do órgão delegado. V. Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152: “(...) o primeiro é que a delegação legítima é aquela que pode, a qualquer momento, ser retirada daquele que recebeu a delegação. Se isto não fosse possível, o Congresso teria simplesmente abdicado dos seus poderes legislativos, o que seria inconstitucional, porque a Constituição estabelece a doutrina da separação dos poderes e confere ao Congresso todos os poderes legislativos. O segundo critério é aquele que diz respeito à fixação de standards, ou de padrões que limitam a ação do delegado. A qualquer momento, então, a Corte Suprema pode ser chamada a verificar da constitucionalidade da delegação, assim do regulamento, porque poderá verificar se este obedeceu aos standards ou padrões fixados pelo Legislativo. (...) O terceiro critério utilizado pela Corte Suprema, para aferir da legitimidade da delegação legislativa, é o da razoabilidade desta.” (negrito no original). A Suprema Corte, de fato, já coibiu aquilo que considerou “delegações excessivas” de poder normativo. V., como um exemplo, o caso citado em Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 1986, p. 144, referente ao *National Industrial Recovery Act*, de 1933, o qual, entre outras medidas, autorizava o Presidente a proibir o transporte de produtos do petróleo obtidos com violação da lei: “*In Panama Refining Co. v. Ryan, the Supreme Court held that the Act was an excessive delegation of the legislative power to the executive because it did not set any standards for when the president should exercise his discretionary power to prohibit shipment of these products*”.

23 Trata-se do *princípio da clareza e determinação das normas restritivas de direitos*. V. Gilmar

da norma poderia levar a autoridade que vai aplicá-la a encontrar espaço para, ao lado das restrições legítimas, impor outras, ilegítimas²⁴.

13. O tema já tem sido examinado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Corte considerou válida delegação, ainda na vigência da Carta anterior, por entender (i) que as circunstâncias da realidade justificavam a delegação e (ii) que os parâmetros previstos em lei, que deveriam balizar a atuação do Executivo, não eram arbitrários, nem constituíam um “cheque em branco”²⁵. Em outra ocasião

Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 35-6: “*Princípio da clareza e determinação das normas restritivas* [de direitos fundamentais]. O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador”; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 248; e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2003, p. 769 e ss.: “A determinabilidade das restrições — incluindo, como diz, entre nós, Gomes Canotilho, a exigência de clareza das normas legais e a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal — é, em primeiro lugar, um factor de garantia da protecção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de acção que lhe está garantida o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal”.

24 A Suprema Corte norte-americana tem uma tradicional jurisprudência pela qual se consideram inválidas as normas restritivas de direitos que sejam vagas, gerais e que não definam claramente a conduta que pretendem impor ou proibir. V. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, 2001, p. 459: “*Vagueness: A statute will be held void for vagueness if the conduct forbidden by is so **unclearly defined** that persons ‘of common intelligence must necessarily **guess at its meaning** and differ as to its application.’* *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926). (...) *The proscription against vagueness stems from the Due Process Clauses requirement that people be given **fair notice** of what conduct is prohibited.* (...) *The other main function of the vagueness doctrine is to **curb the discretion** afforded to law enforcement officers or administrative officials”* (negrito no original).

Sobre o mesmo tema, v. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2003, p. 771: “Com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda de outros bens dignos de protecção”.

25 STF, *DJU* 4.abr.2003, RE 290079-6/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão. A Corte considerou válida delegação, levada a cabo na vigência da Carta de 67/69 acerca do salário-educação (que, à

o STF declarou inválida delegação legislativa exatamente porque ela não vinha acompanhada de qualquer parâmetro. Confira-se trecho desse último acórdão:

O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo — livre de quaisquer parâmetros legais —, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina — a qual, acrescenta-se, se revelou extremamente complexa —, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).²⁶

14. O mesmo tema foi examinado indiretamente na ADIn nº 1668²⁷, na qual se considerou inválido dispositivo da Lei da ANATEL (Lei nº 9.472/97) que conferia à agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório simplificado de outorga do serviço de telefonia²⁸. Na hipótese, destacou-se que a delegação (i) não foi acompanhada de parâmetros (mesmo porque o art. 210 da Lei nº 9.472/97 excluiu expressamente a aplicação das Leis nºs 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 às concessões, permissões e autorizações dos serviços de telecomunicações e uso de radiofrequência²⁹); e (ii) foi feita ao próprio órgão que procederia às licitações em concreto.

época, não tinha natureza tributária). Vale conferir trecho do voto do Ministro relator: “Portanto, a atribuição de competência ao Poder Executivo para fixar e alterar a alíquota do salário-educação, em razão da flutuação do custo atuarial do ensino fundamental, não era arbitrária, ilimitada, verdadeiro cheque em branco, como se alega, mas sujeita a condições (critério previsto em lei) e limites (custo atuarial do ensino fundamental) também previstos em lei”.

26 STF, *DJU* 14.dez.2001, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence.

27 STF, *DJU* 23.out.1997, ADI 1668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

28 STF, *DJU* 23.out.1997, ADI 1668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

29 Ademais, as outras disposições sobre o tema “licitações” contidas na própria Lei da ANATEL também eram objeto de impugnação por inconstitucionalidade na mesma ocasião.

15. A necessidade de que a delegação legislativa seja acompanhada de parâmetros decorre de algumas razões bastante simples. Em *primeiro lugar*, o legislador não está autorizado a transferir incondicionalmente os poderes-deveres que lhe foram atribuídos pela Constituição, esvaziando o princípio da legalidade e desequilibrando o sistema de divisão de Poderes instituído pelo constituinte³⁰. Em *segundo lugar*, a delegação é excepcional e os parâmetros devem operar como o antídoto possível à concentração de poderes no Executivo, já que viabilizam algum controle sobre a atividade³¹. Por fim, veja-se que a Constituição de 1988 proibiu delegações incondicionadas mesmo na hipótese de lei delegada, disciplinada pelo art. 68 da Carta³². Tendo em conta a unidade da Constituição e o dever de coerência imposto ao intérprete³³, não faria sentido admitir delegações irres-

30 Também nesse sentido, Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006, p. 272-284.

31 Não se está de acordo, portanto, com a tese da deslegalização, admitida por alguns notáveis autores, sobretudo no âmbito do direito administrativo, tais como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2001, p. 166, e Alexandre Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2002, p. 422-3.

32 CF/88, art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º — Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º — **A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.** § 3º — Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda” (negrito acrescentado).

33 A existência de tal dever chega a ser intuitiva, qualificando-se como pressuposto de racionalidade da ordem jurídica. Nessa mesma linha, a questão já foi objeto de referência expressa pelo Supremo Tribunal Federal. V. STF, *DJU* 9.jun.1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. O tema, inserido no âmbito da chamada teoria da argumentação, tem merecido diversos estudos aprofundados, de que são

tritas, sobretudo para agentes administrativos que, ao contrário do Chefe do Poder Executivo, não contam com legitimidade democrática direta, já que não são eleitos³⁴.

16. Em suma, é possível concluir que as delegações legislativas, respeitada a preferência da lei, têm sido consideradas compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se, contudo: (i) que sejam expressas, uma vez que excepcionam a regra geral decorrente do princípio da legalidade, não sendo possível presumir ou inferir a exceção; (ii) que sejam necessárias em função da realidade a ser regulada, não se reconhecendo ao legislador a faculdade de se demitir de suas atribuições caprichosamente³⁵; e (iii) que venham

exemplos: Aleksander Peczenik, *On law and reason*, 1989; Neil McCormick, Coherence in legal justification. In: Aleksander Peczenik, Lars Lindahl e Bert C. van Roermund (eds.), *Theory of legal science. Proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science*, 1984, p. 235-51; e Robert Alexy e Aleksander Peczenik, The concept of coherence and its significance for discursive rationality, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e a dissertação de mestrado de Marina Gaensly, *O princípio da coerência. Reflexões de teoria geral do direito contemporânea*, 2005 (mimeo).

34 Na mesma linha, rejeitando a possibilidade de delegação legislativa sem parâmetros — que identifica simplesmente como delegação legislativa —, sem prejuízo de admitir as hipóteses de reserva legal relativa, nas quais o legislador pode atribuir ao Poder Executivo a tarefa de desenvolver conceitos relativamente indeterminados e complementar a disciplina legal, v. Clèmerson Merlin Clève, Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais, *Revista Forense* 382: 209, 2005, p. 237: “No Brasil, portanto, mesmo depois do advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que admitiu um sensível elasticamento do poder normativo do Chefe do Executivo, o regulamento, como ato de eficácia externa, goza de uma função acessória, secundária, apresentando-se, sempre, como medida destinada a facilitar a execução da lei que o precede (princípio da precedência) e, mais, que o vincula (princípio da preeminência). Não há, aqui, lugar para o regulamento autônomo, para a partilha de matérias entre a lei e o regulamento (como ocorre, *v.g.*, na França), sequer calhando, exceto a eventualidade da lei delegada, possibilidade de lícita delegação de poder normativo do legislador para a Administração. Não há fundamento, portanto, para os regulamentos delegados (encontráveis em outras ordens jurídicas). A delegação legislativa, em território brasileiro, haverá de atender necessariamente ao especificado no art. 68 da Constituição, sendo certo que qualquer outra iniciativa configura delegação indébita, vedada, inconstitucional, ainda que velada, informal, ou sutil”.

35 Esse elemento — necessidade da delegação — foi destacado pelo STF no julgamento do RE

acompanhadas de parâmetros capazes de balizar o exercício de competência atípica por parte do Poder Executivo. Quando a delegação envolver a possibilidade de o Executivo restringir direitos, esses parâmetros devem ser especialmente claros e definidos.

II.2. Direito de privacidade

17. O direito à intimidade e à vida privada é protegido pelo art. 5º, X, da Constituição de 1988³⁶. A inviolabilidade do domicílio e dos dados pessoais, de que cuidam os incisos XI e XII do mesmo artigo³⁷, desenvolvem, de certo modo, essa mesma proteção. Essa a dicção do dispositivo constitucional:

Art. 5º (...)

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

nº 290079-6/SC, no qual se discutia a validade de norma que atribuiu ao Poder Executivo a possibilidade de modificar a alíquota do salário educação. Um dos argumentos utilizados pelo STF foi a necessidade da delegação tendo em conta as circunstâncias da realidade a ser regulada; no caso, a variabilidade dos custos atuariais no tempo, insuscetível de apreensão pelo legislador. O Ministro Ilmar Galvão destacou o ponto nos seguintes termos: “Na verdade, como facilmente se percebe, não foi sem motivo que o Decreto-Lei nº 1.422/75 deixou de instituir, diretamente, a alíquota do salário-educação: considerou as dificuldades para a mensuração das despesas educacionais com o ensino primário e sua variabilidade, fatores esses incompatíveis com o caráter estático da disciplina legal (...)”.

36 Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.”

37 CF/88, art. 5º: “(...) XI — a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

18. De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só³⁸. A intimidade e a vida privada são esferas diversas³⁹ compreendidas em um conceito mais amplo: o de ***direito de privacidade***. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais e financeiras, vida familiar e profissional, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

19. A Constituição, é verdade, não apresenta uma lista dos fatos ou dados que integram esse espaço próprio da privacidade. Nada obstante, entende-se tradicionalmente no direito brasileiro que as informações acerca do patrimônio de um indivíduo, de sua renda e de suas movimentações bancárias são protegidas pelo direito de privacidade. Com efeito, doutrina⁴⁰ e jurisprudência⁴¹ relacionam o sigi-

38 O artigo *The right to privacy*, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na *Harvard Law Review* em 1890, marca o início da construção dogmática desses direitos.

39 A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia de intensidade. Sobre o tema, v. Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos — a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, 2000, p. 140 e ss. e Antonio Fayos Gardó, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, p. 25 e ss..

40 Miguel Reale, Os direitos da pessoa e o sigilo bancário, In: *Questões de direito privado*, 1997, p. 61: “Na realidade, uma conta bancária, qualquer que seja a sua modalidade, constitui uma projeção de personalidade do correntista que a constitui, valendo-se do serviço prestado pela instituição financeira. A sua assunção como titular do depósito ou da aplicação diz bem do vínculo pessoal de domínio que surge como resultado de um ato de vontade. Em se tratando, aliás, de um investimento, este traduz uma opção de livre iniciativa, outro valor pessoal que a Constituição vigente assegura em nada menos de dois Artigos (o 1º e o de nº 170) sendo declarado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”; e Arnoldo Wald, O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70, *Revista Ajuris* 56:14 e ss: “Garantidos os direitos da personalidade pelas Constitui-

lo bancário — fenômeno praticamente universal⁴² e especialmente antigo⁴³ — a uma proteção ao direito individual do cliente de não divulgar seus dados financeiros, em resguardo de sua privacidade. E a legislação dispõe sobre o dever das instituições públicas e privadas de preservarem o sigilo dessa espécie de dado, a que tenham acesso por razões funcionais, além de regularem as hipóteses admitidas de “quebra” desse sigilo⁴⁴. A informação acerca da remuneração do indi-

ções, o aspecto personalístico do sigilo bancário tem sido reconhecido em todos os países e constitui um dos seus principais fundamentos legais. Assim, na excelente e exaustiva monografia que Maurice Aubert, Jean Philippe Kernen e Herbert Schonle dedicaram ao sigilo bancário, esclarecem que o mesmo, ‘entendido em sentido amplo e independentemente de toda vinculação contratual, tem sua fonte no direito de cada um à proteção de sua personalidade. (...)’. No mesmo sentido, manifesta-se a doutrina francesa quando afirma que: ‘No plano jurídico e moral, o segredo dos negócios encontra seus fundamentos na necessidade de garantir o respeito da intimidade da pessoa humana e uma das armas mais condenáveis da concorrência desleal constitui em violar o segredo da vida privada dos homens de negócio.’ .

41 V. STF, *DJ* 19.out.2001, MS nº 21.729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio: “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal”. E STJ, *DJ* 28.mar.1994, REsp nº 37.566/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo: “O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X)”.

42 Confirmam-se sobre o ponto: Misabel Abreu Machado Derzi, *O sigilo bancário e a administração tributária*, in *Grandes questões do direito tributário*, 2001, p. 285 e ss.; Álvaro Mello Filho, *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, Revista Forense nº 287, p. 466 e ss.: “É tal a relevância do sigilo para a estabilidade e progresso das relações sociais, que ele é adotado e prescrito no Direito universal”. Sobre aspectos de direito comparado, vejam-se na doutrina brasileira especialmente os trabalhos de Sérgio Covelio, *As normas de sigilo como proteção da intimidade*, 1999; Álvaro Mello Filho, *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, Revista Forense nº 287, pp. 466 e ss.; Miguel Reale, *Os direitos da pessoa e o sigilo bancário*, in *Questões de Direito Privado*, 1997, p. 57 e ss.; e Arnoldo Wald, *Sigilo bancário e direitos fundamentais*, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 22, p. 14.

43 Max Weber, *História Económica General*, 1984, p. 223 e ss.

44 Nessa linha, v. a Lei Complementar nº 105/2001, que “Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências”. É bem de ver que a constitucionalidade das hipóteses de “quebra” de sigilo previstas pela referida Lei Complementar foram objeto de impugnação em ao menos cinco ações diretas de inconstitucionalidade, todas pendentes de julgamento. São elas: ADIn 2386/DF, ADIn 2390/DF, ADIn 2397/DF e ADIn 2859/DF, relatadas pelo Min. Dias Toffoli; e ADIn 4010, relatada pela Min. Ellen Gracie.

V., também, a Lei 10.174/2001, que altera a redação do §3º do art. 11 da Lei nº 9.311, para assim dispor: “A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores”. E, ainda, CP, arts. 153 e 154: “Art. 153 — Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa. (...) § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.(...) Art. 154 — Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

Na jurisprudência, v. *e.g.*, STF, *DJ* 12.mai.2000, MS 23452/RJ, Rel. Min Celso de Mello: “A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. — O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). (...) A QUESTÃO DA DIVULGAÇÃO DOS DADOS RESERVADOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DOS REGISTROS SIGILOSOS. — A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito — enquanto depositária desses elementos informativos —, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável — com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar — a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa — e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos,

vídúo é, por evidente, informação sobre a sua renda e patrimônio, de modo que é tranqüilo afirmar que ela integra, igualmente, seu espaço de privacidade, constitucionalmente protegido⁴⁵.

20. Isso não significa que o direito à privacidade, e em particular o direito ao sigilo acerca da remuneração, possa ser encarado como um direito absoluto⁴⁶. Na realidade, há relativo consenso no sentido de que os direitos em geral não são absolutos⁴⁷. E no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção, como, *e.g.*, o *grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, e a circunstância de o indivíduo ser titular de algum mandato público. A privacidade de indivíduos de vida pública — políticos, atletas, artistas — sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determina-

seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social — a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade”.

45 STF, *DJ* 05.out.2007, RE 461366/DF, Rel. Min. Marco Aurélio: “Sigilo de dados — Atuação fiscalizadora do Banco Central — afastamento — inviabilidade. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal”.

46 STF, *DJ* 28.set.2007, AIAGR 655298/SP, Rel. Min. Eros Grau: “O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes”. Na mesma linha, *DJ* 10.set.1999, RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso.

47 STF, *DJU* 12 mai. 2000, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

das condutas. No caso das pessoas públicas, portanto, o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor⁴⁸.

21. Seja como for, e em qualquer hipótese, também não se haverá de admitir livre restrição à garantia constitucional de privacidade, sob pena de ela já não ter qualquer serventia. Com efeito, muito embora se entenda que a restrição a um direito fundamental seja possível, ela deverá justificar-se com fundamento em outras normas constitucionais⁴⁹. A lógica dessa afirmação é simples e decorre da compreensão conjunta dos princípios da supremacia⁵⁰ e da unidade⁵¹ da Constituição: apenas outro elemento constitucional pode restringir um direito de estatura constitucional. Mas mesmo um elemento constitucional também não poderia, é claro, autorizar o total esvaziamento de outro⁵². E, por isso, eventual restrição a um direito fundamental

48 V. Pedro Frederico Caldas, *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, 1997, p. 99 e ss.; e Miguel Angel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 120 e ss.

49 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 338: “a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)”.

50 V. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 32: “O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* — pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior —, o *cronológico* — onde a lei posterior prevalece sobre a anterior — e o da *especialização* — em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.”; e Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, p. 120: “Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão.”

51 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 196 e ss..

52 Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, In: Luís Roberto Barroso (org.), *A*

deve, ademais, atender aos requisitos da proporcionalidade⁵³, que servirá de filtro para investigar a legitimidade da medida⁵⁴.

22. Nesse contexto, o tema específico do direito ao sigilo acerca da remuneração pessoal tem sido objeto de interessante discussão envolvendo agentes públicos. Atos normativos de vários entes da Fe-

nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2006. p. 345: “De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais”.

53 A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª. edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 ss. É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, 2003), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798:23, 2002) investe grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

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

deração têm determinado, nos últimos anos, a divulgação da remuneração de seus servidores. A restrição à privacidade aqui está diretamente relacionada a outras disposições constitucionais que decorrem do princípio republicano e que tratam da publicidade dos atos do poder público, e em particular dos gastos públicos, necessária para viabilizar o controle social por parte da população. Até porque, não custa lembrar, a sociedade custeia de forma compulsória a estrutura estatal por meio do pagamento de tributos e tem o direito de controlar a adequada aplicação dos recursos.

23. A questão envolvendo os servidores públicos, porém, permanece controvertida. Há decisões variadas do Tribunal Superior do Trabalho, ora condenando empresas paraestatais a indenizar seus funcionários por danos morais, por conta da divulgação na Internet de suas remunerações, ora deixando de condená-las⁵⁵. A questão foi também examinada, de certo modo, pelo Superior Tribunal de Justiça

55 Os casos envolvendo a divulgação de listagem nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado, pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) configuraram exemplo do que se acaba de afirmar. Em razão dessa conduta, os seguintes acórdãos do TST, *e.g.*, condenaram a empresa a indenizar empregados: *DEJT* 11.nov.2009, AIRR 3706/2007-322-09-40, Rel. Min. Fernando Eizo Ono; e *DEJT* 19.fev.2010, RR 371340-44.2007.5.09.022, Rel. Mauricio Godinho Delgado: “A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão-somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares”. Por outro lado, isentaram a empresa de qualquer responsabilidade, *e.g.*: TST, *DEJT* 12.jun.2009, RR 3534/2007-022-09-00, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; *DEJT* 16.out.2009, RR 3668/2007-022-09-00, Rel. Min. Barros Levenhagen; *DEJT* 13.out.2009, RR 2211/2008-411-09-00, Rel.^a Min.^a Maria Cristina Iri-goyen Peduzzi: “Não existe nas regras de regência entre servidor público e administração cláusula de confidencialidade sobre os valores remuneratórios, ao contrário, a regra é, e deve ser, de total transparência, em abono, também, ao princípio da moralidade”; e *DEJT* 12.mar.2010, RR 352800-08.2008.5.09.0411, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga: “No caso, o Reclamante não tinha garantido juridicamente o sigilo de sua remuneração bruta. Ao contrário, enquanto empregado de Autarquia Estadual, nos termos do art. 33, § 6º, da Constituição do Estado do Paraná, estava expressamente sujeito à divulgação de seus ganhos pessoais, que exige a publicação anual dos valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos. Logo, a divulgação feita pela Autarquia Estadual, em ato decorrente de obrigação que lhe foi imposta pela lei, não configura lesividade e, portanto, não induz dano moral”.

em decisão proferida em 2002. Aquela Corte entendeu que a remuneração dos servidores públicos consta de lei, de modo que todos os interessados podem ter acesso a tal informação, mas que a remuneração individual de cada servidor está protegida por sigilo por conta do direito à privacidade, de modo que a Administração não pode conceder certidão nominal dos ganhos de cada servidor⁵⁶.

24. Mais recentemente, disputa envolvendo a publicação na Internet da remuneração de servidores do Município de São Paulo chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de suspensão de segurança, decidida por seu Presidente, o Ministro Gilmar Mendes. O Ministro acabou por suspender a execução de liminares que haviam obstado as iniciativas municipais no âmbito da Justiça de São Paulo, destacando, no entanto, a delicadeza da divulgação de dados individuais para a proteção da privacidade dos servidores públicos e a necessidade de proporcionalidade na medida. Confira-se:

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculem à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados pessoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal. (...) Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional. Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a seguran-

56 STJ, RO em MS 14.163/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.08.2002.

ça dos servidores (a daqueles que dele dependem). Entretanto, no presente momento, diante das considerações acima expostas, entendendo que as decisões impugnadas geram grave lesão à ordem pública, por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, com violação da regular ordem administrativa e com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos.⁵⁷

25. A questão trazida pelo consulente, porém, difere essencialmente daquela relativa à divulgação da remuneração dos servidores públicos, como se verá na sequência, já que aqui se cuida de executivos de empresas privadas. Por ora, e como síntese deste tópico, basta observar que o direito de privacidade, que resguarda as informações acerca da remuneração dos indivíduos em geral, pode ser objeto de restrição, como qualquer outro direito fundamental. Essa restrição, porém, deverá ter por fundamento outra norma constitucional e se mostrar proporcional, não se admitindo, em qualquer caso, o esvaziamento completo do direito à privacidade.

II.3. Segurança individual

26. O direito à segurança vem expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (...).* (negrito acrescido)

27. O chamado direito à segurança encerra, como se sabe, ao menos duas grandes dimensões: a segurança pessoal do indivíduo e

57 STF, *DJe* 04.ago.2009, SS 39024/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

a segurança jurídica. A dimensão que interessa de forma mais específica a este estudo é aquela primeira: trata-se do direito — ou ao menos da pretensão — de cada pessoa de viver a salvo de ações criminosas e da violência em geral contra sua vida, sua integridade física e seu patrimônio. Não há necessidade de discorrer sobre o tema aqui. Basta o registro de que o direito à segurança individual estabelece duas espécies de relações entre o indivíduo e o Poder Público. *Em primeiro lugar*, cabe ao Estado agir de modo a garantir uma ordem pública segura, sobretudo em relação a ameaças de terceiros, de modo que as pessoas possam viver com um mínimo de tranquilidade⁵⁸. Como registra José Afonso da Silva, cabe ao Estado assegurar a convivência social harmônica de modo que “*todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses*”⁵⁹.

28. *Em segundo lugar*, o próprio Estado pode ser o agente da violência e da insegurança. Daí porque há um conjunto de normas que visam a proteger os indivíduos de arbitrariedades e violências que podem ser cometidas pelo próprio Poder Público: várias das garantias penais previstas no art. 5º da Constituição Federal tratam desse aspecto em particular⁶⁰. Como bem resume José Afonso da Silva, a

58 Nesse sentido, segurança pública também encerra um direito social, como previsto no art. 6º da Constituição, e merece proteção policial, na forma do art. 144 da Carta. Confira-se a redação dos dispositivos referidos: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I — polícia federal; II — polícia rodoviária federal; III — polícia ferroviária federal; IV — polícias civis; V — polícias militares e corpos de bombeiros militares”. Sobre o tema, v. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2005, p. 72.

59 José Afonso da Silva, *Constituição e Segurança Jurídica*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

60 CF/88, art. 5º: “XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas

“segurança pública protege a pessoa contra ataques criminosos de outros indivíduos privados, enquanto as garantias penais protegem as pessoas contra as arbitrariedades dos agentes públicos”⁶¹. Na mesma linha, também José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar o conteúdo do art. 27 da Constituição da República portuguesa, destaca a dupla dimensão do direito à segurança, sublinhando, porém, sua essencialidade, em qualquer vertente, para o desfrute dos demais direitos fundamentais⁶²:

*Além do direito à liberdade, o n.º 1 garante o **direito à segurança**, o qual significa essencialmente garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões (cfr., porém, AcTC n.º 479/94). Desde a Constituição de 1822 (art. 3.º), onde a ideia de segurança pessoal significava a <proteção que o governo deve dar a todos para poderem conservar os seus direitos pessoais>, que a segurança representa mais uma garantia de direitos do que um direito autónomo. O sentido do texto actual comporta duas dimensões: (a) dimensão negativa, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjetivo à segurança (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão positiva, traduzindo-se num direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)*⁶³ (grifos no original).

aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI — a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII — não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...) XLIX — é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

61 José Afonso da Silva, *Constituição e Segurança Jurídica*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

62 V., também, José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2005, p. 72; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira*, 1975, v. III, p. 80.

63 José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2007, pp. 478-9.

29. É certo que o dever do Estado de proteger a segurança individual ou, de forma mais geral, de assegurar a convivência pacífica entre os indivíduos, não envolve apenas a atividade repressiva da polícia. Um conjunto amplo de outras atividades estatais é relevante para o sistema de proteção dos indivíduos. A edição de normas, e.g., penais (mas não apenas penais) é da maior relevância para essa finalidade⁶⁴, assim como o aparelhamento das estruturas destinadas a aplicá-las (como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário). Em um plano muitíssimo mais concreto, também a adequada iluminação dos logradouros públicos, ao lado de outras políticas públicas, é reconhecidamente importante na prevenção à prática de determinados delitos. Com efeito, “*a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia (...)*”⁶⁵.

30. Se o direito à segurança impõe ao Estado o dever de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seu patrimônio, faria pouco sentido que o próprio ente estatal impusesse aos particulares a prática de atos que incrementem os riscos a sua própria segurança. Em outros termos: um ato do Poder Público que gere um incremento de risco à segurança individual parece claramente ilegítimo, a menos que esse mesmo ato tenha por fundamento razoável uma outra norma constitucional. O mesmo raciocínio que se desenvolveu acerca das possíveis restrições ao direito à privacidade se aplica aqui, já que a segurança individual é igualmente um direito fundamental⁶⁶.

64 Sobre o tema, v. Dieter Grimm, A função protetiva do Estado. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *A constitucionalização do Direito — Fundamentos teóricos e aplicações específicas*, 2006, pp. 149-165.

65 José Afonso da Silva, Constituição e Segurança Jurídica. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

66 Para alguns autores, aliás, o direito à segurança seria o mais fundamental dos direitos. V. José Eduardo Carneira Alvim, *Ação civil pública e direito difuso à segurança pública*, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>; acesso em 03.mai.2010: “O direito à segurança, na verdade, é o direito guardião dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada, e o chamado Estado de direito se

31. Pois bem. É inegável que, no contexto histórico-cultural do Brasil, a divulgação pública de dados financeiros dos indivíduos, incluindo sua remuneração, repercute negativamente sobre sua segurança individual. Está-se diante de um conjunto de informações capazes de tornar o indivíduo e sua família alvo de ações criminosas diversas, que incluem seqüestros, golpes, extorsões e outras vicissitudes brasileiras. Mesmo sem a divulgação públicas de dados precisos acerca da remuneração do indivíduo, a circunstância de sua capacidade financeira e patrimonial ter alguma notoriedade, ou de poder ser observada por conta de sinais exteriores, já representa um risco⁶⁷. Lamentavelmente, a retrospectiva dos crimes de seqüestro no Brasil (para limitar o exame a esse crime) ilustra o que se afirma. Apenas no âmbito empresarial⁶⁸, diretamente relevante para este estudo, é possível citar os casos rumorosos de Antônio Beltran Martinez (1986); Luís Salles (1989); Abílio Diniz (1989); Roberto Medina (1990); Ignácio de Loyola Damásio, filho de Vera Loyola (1998); Patrícia Abravanel, filha de Silvio Santos (2001); e Washington Olivetto (2001)⁶⁹.

transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída”.

67 O perfil dos seqüestros tem sofrido alguma alteração ao longo dos últimos anos no Brasil. Os donos de grandes fortunas passaram a contar com recursos sofisticados de proteção (seguranças armados, carros blindados, sistemas de segurança via GPS, etc.), de modo que o público alvo dessa espécie de crime foi ampliado para incluir também outras camadas da população, em especial as classes média e média alta. Sobre o tema, v. Crime emergente, *Revista Veja* 24.mar.1999, disponível em http://veja.abril.com.br/240399/p_110.html, acesso em 03.mai.2010. V., também, a posterior avaliação da *Veja* sobre essa mesma reportagem, exclusiva em sua versão eletrônica: *Em dia: seqüestros*, disponível em <http://veja.abril.com.br/em-dia/seqüestros-303122.shtml>, acesso em 03.mai.2010.

68 No meio artístico, igualmente suscetível à divulgação pública desse tipo de informação, são conhecidos também os casos do cantor Latino (1998); de Daniela de Almeida, dançarina do grupo Axé Blond (1999); de Catarina Luiza Nogueira, mãe do pagodeiro Salgadinho (1999); de Wellington de Camargo, irmão dos cantores Zezé Di Camargo e Luciano (1999); e de Pedro Buarque de Holanda, produtor de cinema casado com a atriz Mariana Ximenez (2009).

69 Há outros casos que envolvem empresários cujo patrimônio era conhecido apenas em âmbito regional. São exemplos, dentre muitos, os seqüestros dos empresários Sidnei Hahnemann, proprietário da paranaense Transportes Mann (2006); e Antônio Pascoal Bortolotto, dono do grupo matogrossense Todimo (2009).

32. A restrição à segurança pessoal do indivíduo, portanto, também deve ser considerada quando se avalia a possibilidade de divulgação pública de sua remuneração e/ou de seus dados financeiros. Como qualquer outro direito fundamental, o direito à segurança individual pode até ser objeto de restrição por parte do Estado, desde que o fundamento que justifique tal restrição — derivada, no caso, da divulgação pública de seus dados financeiros — tenha respaldo em outra norma constitucional. Em qualquer caso, porém, a medida restritiva deve-se mostrar proporcional, não se admitindo o completo esvaziamento da segurança individual.

33. Feitos os registros teóricos pertinentes, cabe agora aplicar os elementos identificados acima à hipótese trazida pelo consulente.

III. Invalidade da exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 da CVM

III.1. Competências normativas da CVM e seus limites: incompetência para veicular a exigência

34. A CVM foi criada pela Lei nº 6.385, de 07.dez.1976, que lhe delegou competência para editar normas aplicáveis às companhias abertas sobre determinados temas. A Instrução nº 480/09, de fato, afirma estar sendo editada com fundamento nos arts. 21 e 22 da Lei nº 6.385/76. Importa examinar, então, as disposições específicas da lei, de modo a aferir se elas conferiram, ou não, competência à CVM, e dentro de que limites, para dispor sobre o tema do subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09.

35. O art. 4º da Lei nº 6.385/76 lista as finalidades que o exercício das competências atribuídas à CVM haverá de perseguir, valendo transcrever o inciso VI do dispositivo, que trata do acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e sobre as companhias que hajam emitido esses papéis:

Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de: (...) VI — assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

36. Examinando os art. 21 e 22 da Lei nº 6.385/76, com fundamento nos quais a Instrução nº 480/09 foi editada, inexistente um dispositivo que trate de forma específica da competência da CVM para dispor sobre a divulgação de informações relativas à remuneração dos executivos das empresas. O art. 22, § 1º, I, prevê de forma geral que “§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre: I — a natureza das informações que devam divulgar e a periodicidade da divulgação;”. Já outro dispositivo específico cuida de informações que devem ser prestadas por administradores em geral sobre a negociação, por eles, de valores mobiliários emitidos pela companhia. Trata-se do art. 22, § 1º, inciso V, que tem a seguinte redação:

*Art. 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na Bolsa ou no mercado de balcão.
§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre: (...) V — informações que devam ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras;*

37. O tema particular da remuneração dos administradores das companhias, e do nível de divulgação que se haverá de dar a tal dado, foi disciplinado pela chamada Lei das S.A. — Lei nº 6.404, de 15.dez.1976, editada poucos dias depois da Lei nº 6.385/76. Quanto à remuneração propriamente dita, o art. 152 da Lei nº 6.404/76 prevê que cabe à assembléia geral fixar o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza. Ou seja: a assembléia geral pode decidir fixar a remuneração de forma global ou, eventualmente, de forma individual, quando,

então, a informação sobre a remuneração restará sendo pública⁷⁰. A decisão, de todo modo, nos termos da legislação, fica reservada à assembléia de cada companhia. Confira-se a dicção do dispositivo:

Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

38. O art. 157 da Lei das S.A., por seu turno, prevê que, mediante solicitação de acionistas, os administradores têm o dever de informar, *e.g.*, benefícios ou vantagens indiretas ou complementares que tenham recebido ou estejam recebendo da companhia ou de sociedades coligadas ou controladas (alínea *c*), bem como as condições do contrato de trabalho firmado pela companhia com os diretores e empregados de alto nível (alínea *d*). Os §§ 5º e 6º do mesmo art. 157 conferem à CVM (i) competência para decidir no caso de os administradores, valendo-se das ressalvas que a lei prevê, se negarem a prestar alguma das informações listadas no dispositivo; e (ii) competência normativa para dispor sobre os termos e a forma como a informação sobre a modificação das posições acionárias dos administradores na companhia deve ser apresentada⁷¹.

70 Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 209: “O diploma de 1997, na esteira moralizadora da Lei n. 6.404 de 1976, nesse particular, e a par de uma alteração semântica (‘tendo em conta’, em vez de ‘tendo em vista’), atribui à assembléia geral a competência para dispor sobre os *fringe benefits* e verbas de representação dos administradores”.

71 Lei 6.404/76, art. 157: “O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações

39. Embora não haja previsão específica nesse sentido na lei, parece razoável supor que — respeitadas suas disposições, é claro — a CVM dispõe de um poder normativo geral para disciplinar os termos e a forma como as informações listadas no art. 157 da Lei nº 6.404/76 devem ser prestadas. Note-se, aliás, que boa parte dos demais subitens do item 13 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 trata justamente da forma como os dados ali referidos hão de ser prestados. O art. 157, porém, não inclui em sua listagem, como informação a ser prestada, o valor da remuneração individual dos administradores. Veja-se que não seria consistente supor que teria havido um lapso do legislador ou, ainda, que, por conta da delegação geral para expedir normas sobre a natureza das informações a serem divulgadas (art. 22, § 1º, D), a CVM estaria autorizada a criar o dever de divulgar o valor da maior remuneração dos executivos das companhias. Três razões conduzem a essa conclusão.

que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia. § 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes. § 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem. § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. § 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso. § 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia”.

40. *Em primeiro lugar*, a delegação genérica contida no art. 22, § 1º, I, não transfere à CVM o poder de editar qualquer espécie de norma sobre informações a serem prestadas pelas companhias. A previsão geral da lei há de ser interpretada em conjunto com os demais dispositivos do mesmo diploma, sob pena de consagrar delegação legislativa inválida pela ausência de parâmetros que possam pautar a edição de tais normas. Como se registrou, o legislador não está autorizado a transferir incondicionalmente os poderes-deveres que lhe foram atribuídos pela Constituição, esvaziando o princípio da legalidade e desequilibrando o sistema de divisão de Poderes instituído pelo constituinte. Embora nas sociedades contemporâneas a delegação de parcela de poder normativo a entidades da Administração Pública seja muitas vezes inevitável, ela continua a apresentar caráter excepcional. E é nessa medida em que os parâmetros operam como o antídoto possível à concentração de poderes, viabilizando algum controle sobre a atividade dessas entidades que, a despeito de todas as garantias que receberam do legislador, não se equiparam, em termos de legitimidade democrática, aos agentes públicos eleitos.

41. *Em segundo lugar*, também não é coerente argumentar que teria havido um lapso do legislador, que teria “esquecido” de mencionar o dever de informar a remuneração individual dos executivos. O argumento é implausível tanto porque o próprio art. 157 trata da divulgação das vantagens indiretas e das condições do contrato de trabalho — dados que estão próximos da remuneração individual, mas com ela não se confundem, até porque preservam um caráter impessoal —, quanto porque o art. 152 faz menção expressa à remuneração dos administradores que, a juízo da assembleia geral, será fixada de forma global ou individual. Ou seja: inexistente fundamento legal para o exercício da competência normativa que a CVM pretendeu exercer ao incluir o subitem 13.11 no Anexo 24 da Instrução nº 480/09 e, mais que isso, a art. 152 da Lei nº 6.404/76 dispõe sobre a matéria, gozando de preferência sobre atos infralegais.

42. Por fim, *e em terceiro lugar*, sem ingressar no debate sobre se uma nova legislação *poderia, validamente*, conferir à CVM o poder

de obrigar as companhias a divulgarem as remunerações individuais de seus executivos, é certo que o exercício dessa eventual competência dependeria de delegação legislativa expressa, já que envolveria restrição (válida ou inválida, não é o caso de investigar neste tópico) do direito fundamental à privacidade. Como registrado acima, ao delegar à Administração Pública competência normativa para restringir direitos, o legislador deve ser expresso e veicular parâmetros especialmente claros. Não é esse o caso aqui, como se viu.

43. Em suma: embora a CVM disponha de competência normativa especialmente ampla para disciplinar a prestação de informações por parte das companhias, essa competência não é ilimitada e não inclui o poder de determinar a divulgação na Internet das remunerações individuais dos executivos das empresas — como pretende fazer o subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução Normativa nº 480/09 — especialmente se a assembléia geral da companhia respectiva houver decidido fixar a remuneração em tela de forma global.

III.2. Privacidade, sigilo da remuneração, segurança individual e acesso do público a informações sobre valores mobiliários e companhias que os tenham emitido: a inconstitucionalidade material da exigência.

44. A segunda questão suscitada pelo consulente supera, ainda que para fins argumentativos, a discussão sobre a competência normativa da CVM, e envolve a validade e/ou invalidade da opção feita pela CVM ao veicular o subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09, tendo em conta os bens jurídicos em tensão, a saber: a privacidade e a segurança individual dos executivos das companhias, de um lado, e, de outro, o acesso do mercado a informações sobre as companhias que emitem valores mobiliários.

45. Como se viu, a restrição a direitos fundamentais, nos quais se incluem a privacidade e a segurança, é admitida desde que haja fundamento razoável em outra norma constitucional. Não é este o

caso aqui. A hipótese que afeta o consulente é diversa daquela que envolve os servidores públicos no que diz respeito ao tipo de bem jurídico que pretende justificar a restrição à privacidade dos indivíduos. A restrição, no caso dos executivos das companhias, não se funda em qualquer elemento constitucional específico, mas em uma previsão legal geral: o art. 4º, VI, da Lei nº 6.385/76, já referido, que provê sobre a divulgação, ao público, de informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido. Tal previsão legal visa à tutela dos interesses patrimoniais dos eventuais investidores do mercado de capitais, e não das relações entre a estrutura estatal e os cidadãos no contexto de uma República. Garantir ao investidor informação adequada é, sem dúvida, da maior importância para o mercado de valores mobiliários, mas não tem *status* constitucional.

46. Com efeito, ao comentar a listagem de informações cuja divulgação é exigida pelo art. 157 da Lei das S.A., a doutrina destaca a dupla motivação do dispositivo⁷². Primeiro, e este é seu objetivo principal, trata-se de obrigar a revelação “*de fatos negociais relevantes da mesma companhia que possam interferir na cotação, negociação e liquidez desses mesmos valores [mobiliários], no mercado de capitais*”⁷³. Segundo, e no que se refere mais especificamente ao dever dos administradores de informar negociações pessoais envolvendo valores mobiliários da companhia, e também de outras sociedades controladas ou pertencentes ao mesmo grupo (art. 157, § 1º, *a*), ob-

72 V. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 284; e Nelson Eizirik, Ariadna B. Gaal, Flávia Parente, Marcus de Freitas Henriques, *Mercado de Capitais — Regime Jurídico*, 2008, p. 462: “O dever de informar a que se submetem os administradores de companhias abertas, previsto no artigo 157 da Lei das Sociedades Anônimas, pode ser analisado sob dois aspectos: a) o primeiro refere-se às informações que devem ser prestadas aos acionistas da sociedade, as quais se desdobram no dever de declaração no termo de posse (artigo 157, caput) e no dever de revelação à assembléia geral ordinária (artigo 157, §§ 1º e 2º); b) o segundo consiste no dever de comunicação e de divulgação de informações que possam influir no mercado de capitais de uma forma geral (artigo 157, §4º)”.

73 Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 284.

serva-se o claro propósito de evitar o chamado *insider trading* que ocorre “*quando alguém se vale de informação privilegiada, ainda não disponibilizada ao público, para realizar operações com valores mobiliários em benefício próprio ou de terceiros, trazendo prejuízo aos demais investidores e afetando a credibilidade do mercado*”⁷⁴. A própria CVM, ao divulgar o conteúdo da Instrução nº 480/09, destaca que o objetivo da divulgação de informações em geral sobre a remuneração dos administradores é propiciar maior clareza para o investidor acerca do custo da administração para a própria companhia e acerca da política de incentivos adotada pela empresa em relação a seus executivos⁷⁵.

47. Ocorre que, como se viu, a divulgação ao público da remuneração recebida por um indivíduo vulnera seu direito à intimidade e à privacidade, garantido pela Constituição. E também põe em risco sua segurança pessoal, igualmente assegurada pela Carta, já que, como se viu, a divulgação de sua situação financeira e patrimonial pode tornar o indivíduo e sua família alvos de ações criminosas diversas. No caso em tela, porém, inexistente fundamento de *status* constitucional que justifique essa espécie de restrição a direitos fundamentais. Há aqui apenas o interesse geral, previsto em lei, de proporcionar ao público investidor informações sobre valores mobiliários negociados e sobre as companhias que os tenham emitido.

48. É possível que dados sobre a política de remuneração dos administradores de uma companhia possam ser relevantes para as

74 Julio Ramalho Dubeux, *A comissão de valores mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro*, 2006, p. 47.

75 CVM, Edital de Audiência Pública nº 7/08, versão prazo 30.mar.2009, p. 20: “Compreender a remuneração dos administradores é importante por, pelo menos, dois motivos. Primeiro, é necessário identificar com clareza o custo da administração para o emissor. Em outras palavras, interessa para o emissor e para o investidor saber quanto dinheiro é gasto, abrangendo todas as suas diversas formas, para que as atividades do emissor sejam geridas. A estrutura e política de remuneração também evidenciam o regime de incentivos a que estão sujeitos os administradores. É por meio da remuneração que o emissor incentiva os seus administradores a privilegiarem ações de curto, médio ou longo prazo e a perseguirem metas estabelecidas pela organização”.

avaliações e decisões levadas a cabo pelos investidores, mas esse interesse não autoriza a violação do direito à intimidade e à segurança dos indivíduos. A conclusão que se apura, portanto, é simples. A previsão que exige a publicidade da remuneração individual de determinadas pessoas para o fim de incrementar o nível de informação disponível para o público investidor não é válida, pois essa espécie de finalidade, por relevante que seja, não autoriza restrição dessa intensidade aos direitos fundamentais à privacidade e à segurança.

49. Uma última nota, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Como já se tornou corrente, o princípio se decompõe em três elementos e busca verificar, em relação aos atos estatais em geral: (i) a adequação entre meio e fim, isto é: a relação lógica que deve haver entre os motivos do ato, os meios por ele empregados e os fins que pretende realizar; (ii) a necessidade-exigibilidade da medida e, em particular, se não haveria meio menos gravoso para realizar os fins visados; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que vem ser a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, à luz do sistema constitucional⁷⁶.

50. A rigor técnico, não seria o caso de sequer aplicar aqui os testes do princípio da proporcionalidade, já que, como se viu, a restrição a um direito fundamental deve, preliminarmente, fundar-se de algum modo em outra previsão constitucional, o que não ocorre no caso. A avaliação acerca da proporcionalidade da medida restritiva é um juízo posterior que pressupõe, no caso de direitos fundamentais, que o fundamento da restrição seja outro direito fundamental ou um fim público de *status* constitucional. Seja como for, e ainda que se procedesse a tal exame, parece certo que o subitem 13.11 aqui em discussão não resistiria ao requisito da necessidade-exigibilidade,

76 Note-se que os dois primeiros elementos do princípio estão expressamente previstos na legislação brasileira que regula o processo administrativo. De acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

também conhecido como “vedação do excesso” ou ainda “princípio da menor ingerência possível”, por força do qual se exige que os meios utilizados pelo Estado para atingir os fins por ele visados devem ser os menos onerosos para o cidadão⁷⁷.

51. O fim visado pela CVM ao pretender exigir a divulgação da remuneração individual dos administradores, como se viu, é garantir o acesso do mercado a informações sobre o custo que a administração tem para as companhias, suas políticas remuneratórias e de incentivos⁷⁸. Isso porque, na visão da autarquia, tais dados podem ser relevantes para o nível de informação dos investidores acerca dos valores mobiliários e das companhias que os emitem.

52. Ora, a legislação e a própria regulamentação da CVM, incluindo os demais subitens do item 13 da Instrução nº 480/09, já proporcionam ao público investidor uma substancial quantidade de informação acerca da remuneração dos administradores: quanto a companhia⁷⁹ gasta, ou planeja gastar, com essa rubrica (art. 157, § 1º, *c* ou subitens 13.2 a 13.4, e 13.13 a 13.15), qual sua política remuneratória direta e indireta (art. 157, § 1º, *c* ou subitem 13.1), a quantidade de valores mobiliários detidos pelos administradores, ou passíveis de futura apropriação (art. 157, § 1º, *a* ou subitens 13.5 a 13.8), as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível, inclusive no que se refere a planos de previdência (art. 157, § 1º, *d* e subitens 13.10 e 13.12).

77 Sobre o tema, v. Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995; Suzana de Toledo Barros, *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 38 e ss.; Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, 1999; e Luís Roberto Barroso, *Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro*, In: *Temas de direito constitucional*, 2001, p. 153 e ss..

78 CVM, Edital de Audiência Pública nº 7/08, versão prazo 30.mar.2009. V. nota 36.

79 E também eventuais controladas e controladoras.

53. Pergunta-se: os dados acima já não seriam suficientes para proporcionar informação ao mercado investidor? A informação sobre a remuneração individual dos executivos — cujo sigilo é protegido pelo direito à privacidade, e coloca em risco sua segurança pessoal — seria assim tão vital e imprescindível que, sem ela, os investidores não teriam condições de fazer suas avaliações? A resposta parece certamente negativa. E, se é assim, ainda que a finalidade legal de proporcionar informação ao mercado pudesse justificar uma vulneração dos direitos à privacidade e à segurança individual (o que, já se viu, não se admite), a obrigatoriedade de divulgar a remuneração individual dos executivos das companhias, no caso, seria inválida porque desproporcional, já que desnecessária para os fins legais.

54. Os demais dados já divulgados acerca da remuneração dos administradores das companhias fornecem ao mercado investidor ampla quantidade de informação, com fundamento na qual ele poderá proceder às avaliações que considerar próprias. A exigência de que se torne pública, além de todos esses dados, também a remuneração individualmente recebida por executivos seria evidentemente excessiva para os fins pretendidos pelo ato estatal e, portanto, inválida.

IV. Conclusão

55. Ao final do estudo empreendido, é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas nas proposições objetivas que se seguem:

A) A CVM não dispõe de competência normativa para veicular a exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480, de 07.dez.2009. Inexiste delegação legislativa expressa que autorize o exercício de semelhante competência e, mais que isso, a art. 152 da Lei nº 6.404/76 dispõe sobre a matéria, gozando de preferência sobre atos infralegais.

B) O sigilo acerca da remuneração individual é protegido pelos direitos fundamentais à privacidade e à segurança individual, que

só poderiam ser restringidos com fundamento em outra norma constitucional. O fim legislativo de prover o mercado investidor com informação sobre as companhias que emitem valores mobiliários não tem guarida constitucional e, por isso, não autoriza a violação ou restrição desses direitos;

C) Ainda que o fim legislativo em questão pudesse restringir os direitos à privacidade e à segurança individual, a restrição no caso seria inválida porque desproporcional, já que excessiva. A legislação e a própria regulamentação da CVM, incluindo os demais subitens do item 13 da Instrução nº 480/09, já proporcionam ao público investidor uma substancial quantidade de informação acerca da remuneração dos administradores, capazes de alimentar as avaliações de mercado que se considerem próprias.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 1º de junho de 2010

Luís Roberto Barroso

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.104.363 — PE (2009/0227065-4)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE: UNIÃO

EMBARGADO: COPAR — COUTINHO PARTICIPAÇÕES S.A

ADVOGADO: RENATO SANTOS PINHEIRO FILHO E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ENFITEUSE. TERRENO DE MARINHA. TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO ÚTIL PARA FINS DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. OPERAÇÃO ONEROSA. INCIDÊNCIA DO ART. 3º DO DECRETO-LEI 2.398/87.

1. A classificação dos contratos em onerosos e gratuitos leva em conta a existência ou não de ônus recíproco: onerosos são os contratos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm; e gratuitos são os contratos em que a prestação de uma parte se dá por mera liberalidade, sem que a ela corresponda qualquer ônus para a outra parte.

2. A constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem natureza contratual (CC/16, art. 1.363; CC/2002, art. 981). A prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem, para a formação ou para o aumento de capital da sociedade se dá, não por liberalidade, mas em contrapartida ao recebimento de

quotas ou ações do capital social, representando assim um ato oneroso, que decorre de um negócio jurídico tipicamente comutativo.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Arnaldo Esteves Lima e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 29 de junho de 2010.

MINISTRO ARI PARGENDLER

Presidente

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de embargos de divergência (fls. 233-239) contra acórdão da 2ª Turma assim ementado:

ADMINISTRATIVO. ENFITEUSE. TERRENO DE MARINHA. TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO ÚTIL PARA FINS DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 3º DO DECRETO-LEI 2.398/87. OPERAÇÃO A TÍTULO GRATUITO. NÃO INCIDÊNCIA DE LAUDÊMIO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTA CORTE SUPERIOR.

1. Não procede o argumento de violação ao disposto no art. 557, caput, do CPC, visto que tal dispositivo legal não foi objeto de manifestação do acórdão combatido, restando ausente o requisito do prequestionamento para o conhecimento da via especial. Isso atrai a incidência das súmulas 282 e 356 do STF impedindo o conhecimento, nesse ponto, do recurso especial.

2. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a eg. Primeira Seção desta Corte consolidou-se no sentido de que não é devida a cobrança de laudêmio na transferência do domínio útil de imóvel situado em terreno de marinha para integralizar o capital social de empresa, por não se tratar de operação onerosa. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (fl. 230)

Sustenta a embargante que o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado pela

3ª Turma (REsp 345.667/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29/05/2006) no sentido de que “a subscrição de cotas feita mediante a entrega de imóvel sob enfiteuse constitui dação em pagamento, cujo registro imobiliário depende do pagamento do laudêmio” (fl. 240).

Embora intimado, a embargada não apresentou impugnação (fl. 252).

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ENFITEUSE. TERRENO DE MARINHA. TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO ÚTIL PARA FINS DE INTEGRALIZAÇÃO DE

CAPITAL SOCIAL. OPERAÇÃO ONEROSA. INCIDÊNCIA DO ART. 3º DO DECRETO-LEI 2.398/87.

1. A classificação dos contratos em onerosos e gratuitos leva em conta a existência ou não de ônus recíproco: onerosos são os contratos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm; e gratuitos são os contratos em que a prestação de uma parte se dá por mera liberalidade, sem que a ela corresponda qualquer ônus para a outra parte.

2. A constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem natureza contratual (CC/16, art. 1.363; CC/2002, art. 981). A prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem, para a formação ou para o aumento de capital da sociedade se dá, não por liberalidade, mas em contrapartida ao recebimento de quotas ou ações do capital social, representando assim um ato oneroso, que decorre de um negócio jurídico tipicamente comutativo.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Quando da constituição da sociedade anônima recorrida, duas acionistas fundadoras subscreveram, cada uma delas, 166.857 ações, pelo preço de R\$ 1,00 por ação (boletim de subscrição a fls. 28), tendo integralizado tal valor no ato da constituição da sociedade (fls. 18) mediante a entrega de bens, entre os quais o domínio útil de parte ideal de imóvel foreiro, avaliado em R\$ 120.000,00 (fls.23). A União exigiu o pagamento de laudêmio, com base no art. 3º do DL 2.398/87. Ao fundamento de que a transferência não foi a título oneroso, a sociedade impetrou mandado de segurança visando a eximir-se do encargo, pretensão que foi acolhida pelo acórdão recorrido. Em sentido oposto, adotando a tese da onerosidade da operação, é o acórdão paradigma da 3ª Turma, invocado pelo Embargantes. Preenchidos estão os requisitos de admissibilidade do recurso.

2. A controvérsia tem sede, como se disse, no art. 3º do DL 2.398/87, que assim dispõe:

Art. 3º. Dependerá do prévio recolhimento do laudêmio, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim a cessão de direito a eles relativos.

Aqui não se questiona ter havido a transferência do domínio útil por ato entre vivos, para satisfazer a integralização de ações subscritas por acionista, quando da fundação de sociedade anônima, A questão a ser dirimida é saber se essa transferência é negócio jurídico oneroso ou gratuito. Conforme ensina Paulo Nader, “a classificação em epigrafe leva em conta a vantagem ou o objeto visado pelas partes”. Nos contratos onerosos (...) as partes, reciprocamente, possuem ônus. (...) Nos contratos gratuitos, também denominados benéficos, apenas uma das partes aufere vantagem, tira utilidade (utilitas unius versatur), como no comodato. Tal modalidade encerra sempre uma liberalidade” (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil — Contratos, vol. 3, 3ª ed., RJ:Forense, 2008, p. 37). No mesmo sentido, César Fiuza: Onerosos “são contratos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm. (...) Os contratos onerosos podem, pois, dizer-se comutativos, devido a esta reciprocidade de prestações. (...) Nos contratos gratuitos, não há qualquer ônus que corresponda à vantagem obtida” (FIUZA, César. Contratos, BH: Del-Rey Editora, 2010, p.138).

Ora, a prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem, para a formação ou para o aumento de capital da sociedade, que tem em contrapartida o recebimento de quotas ou ações do capital social, representa, a toda evidencia, um ato que decorre de um negócio jurídico tipicamente comutativo. Realmente, a constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem, como se sabe, natureza contratual (CC/16, art. 1.363; CC/2002, art. 981). Na definição de Pontes de Miranda, “contrato de sociedade é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se vinculam, reciprocamente, a colimar fim comum, mediante a co-atividade” (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo XLIX, 3ª ed., RJ: Borsoi, p. 11). E

assinala, mais adiante: “Como negócio jurídico, a sociedade é, sem exceção, bilateral (de dois sócios) ou plurilateral (de três ou mais sócios). (...) A sociedade é efeito do contrato de sociedade. O contrato de sociedade é para que se faça a sociedade, relação jurídica que dele se irradie. O vínculo dos sócios é recíproco. Todos tem o dever de atividade ou contribuição para que se obtenha o fim comum. Cada sócio tem direito a que os outros cumpram, de modo que, se não há somente dois sócios, a pluralidade exsurge” (p. 16).

No caso das sociedades anônimas, há, ademais, a particularidade de se tratar de sociedades que têm, ex lege, natureza mercantil (Lei 6.404/76, art. 2º, § 1º; Código Civil, art. 962, parágrafo único), domínio jurídico em que a onerosidade é o atributo “mais destacado” FORGIONI. Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais, SP: RT, 2009, p. 57). Nessas sociedades, a subscrição de ações é o modo pelo qual os subscritores manifestam sua vontade de vincular-se aos demais subscritores com o objetivo de formar a companhia. É contra a natureza própria do ato de subscrição de ações o seu caráter de gratuidade. Como ocorre em qualquer sociedade, a prestação do sócio (ou, no caso, do acionista subscritor) destinada a formar o capital social não se faz a título gratuito, pois tem a contrapartida da aquisição das quotas ou ações da sociedade. Isso fica claro na Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). Não há como formar o capital da sociedade sem que haja uma prestação “em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”, por parte dos acionistas subscritores (art. 7º). Assim, ao subscrever ações, para a formação ou o aumento do capital de sociedade anônima, o subscritor assume o compromisso de pagar à sociedade o preço correspondente às ações subscritas, pagamento que, quando em dinheiro, deve de realizado mediante uma entrada mínima de 10% do preço de emissão das ações subscritas (art. 80) e, se em bens, mediante transferência no ato de constituição da companhia (art. 98, § 2º). Justamente por representar o pagamento de um preço certo é que a transferência dos bens é obrigatoriamente precedida de uma avaliação por três peritos ou por empresa especializada (art. 8º). Ao firmar o boletim de subs-

crição, o acionista assume, perante a sociedade, a obrigação de “realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas” (art. 106 da Lei 6.404/74), sendo que “o acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% do valor da prestação” (art. 106, § 2º). Em casos tais, verificada a mora do acionista subscritor, à Companhia fica facultado, ou promover “processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição como título extrajudicial, nos termos do Código de Processo Civil”, ou “mandar vender as ações em Bolsa de Valores, por conta do acionista” (art. 107 da Lei 6.404/76). Não há, pois, qualquer caráter de liberalidade nessa prestação, até porque, em contrapartida ao pagamento do preço da subscrição, o subscritor recebe a propriedade das ações subscritas e integralizadas, passando a ostentar a condição de acionista, com a titularidade das prerrogativas e dos direitos correspondentes. É evidente, assim, o caráter sinalagmático do negócio jurídico de subscrição, do qual decorrem obrigações e prestações recíprocas entre o subscritor e a companhia.

3. À luz dessas considerações não há como cancelar o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, de que a transferência do domínio útil do imóvel, para a formação do capital da sociedade anônima, é operação não onerosa, ou seja, gratuita. Acertada é a posição do acórdão paradigma, que, fundado em antiga jurisprudência do STF, caracteriza tal ato como dação em pagamento, para satisfazer uma prestação devida pelo sócio à sociedade, decorrente de um negócio jurídico sinalagmático, obrigação essa que, se não atendida, ensejaria as conseqüências próprias de qualquer prestação não cumprida, inclusive a execução forçada.

4. Ante o exposto, conheço e dou provimento aos embargos de divergência, para denegar a segurança. É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma, de minha lavra, que conheceu em parte de recurso especial para negar-lhe provimento, à consideração de que é indevido o pagamento de laudêmio quando da transferência do domínio útil de imóvel enfitêutico para fins de integralização de capital social, havendo citação de precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

Sustenta a embargante que o aresto impugnado divergiu do entendimento firmado pela

Terceira Turma no julgamento do Recurso Especial 345.667/RS, da relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, para o qual “a subscrição de cotas feita mediante a entrega de imóvel sob enfiteuse constitui dação em pagamento, cujo registro imobiliário depende do pagamento do laudêmio”.

O eminente Relator, Ministro Teori Zavascki, deu provimento a estes embargos por entender presentes, no caso, os requisitos para a cobrança do laudêmio. Sua Excelência concluiu que a transferência de imóvel para a integralização de capital social é modalidade de dação em pagamento, sujeitando-se, portanto, ao encargo por tratar-se de alienação onerosa do domínio útil do imóvel enfitêutico.

Embora de minha relatoria o acórdão embargado, não tenho receio em acompanhar o eminente Relator para dar provimento aos embargos de divergência.

Essa mudança de orientação não infirma, em absoluto, a farta jurisprudência desta Corte sobre o tema, mas apenas corrige um desvio de foco que passou a ser perfilhado pela jurisprudência de ambas as turmas da Seção de Direito Público, como passo a esclarecer.

Ainda à época do extinto Tribunal Federal de Recursos, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que não é devido o pagamento do laudêmio nas incorporações e cisões societárias. Nesse sen-

tido: REO 117.233/PE, Rel. Min. José de Jesus, DJ de 17.03.88; AMS 112.120/RJ, Rel. Min. Hugo Machado, DJ de 22.08.88.

Após a CF/88, essa orientação jurisprudencial foi herdada pelo STJ, que igualmente reafirmou não ser devido o pagamento de laudêmio nas incorporações e cisões societárias. É o que se observa dos seguintes julgados: REsp 79.557/PE, Rel. Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, DJ de 30.08.99; REsp 208.351/PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ de 04.02.02; REsp 526.230/PE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 20.10.03.

Pelo que pude apurar, até o julgamento do REsp 720.610/PE, realizado em 14.08.2007, todos os precedentes desta Corte haviam tratado, apenas, da incidência do laudêmio na incorporação e cisão de sociedades empresárias. Nesse precedente, a Segunda Turma estendeu a conclusão aos casos de transferência de terreno de marinha para integralização de capital social, embora o voto condutor esteja fundado, exclusivamente, em precedentes que trataram da não incidência do laudêmio em incorporação societária.

O voto da eminente Relatora, Ministra Eliana Calmon, não distinguiu a incorporação societária da integralização de cotas de capital social, tendo tratado de ambas as hipóteses com equivalência sem qualquer consideração específica sobre a equiparação adotada.

A partir desse julgado, seguiram-se outros de ambas as Turmas de Direito Público, que passaram a afastar a incidência do laudêmio no caso de transferência de imóvel para fins de integralização de capital social.

Nessa linha, pude colher os seguintes precedentes: REsp 970.855/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.03.08; AgRg no REsp 966.639/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 17.06.09; AgRg no REsp 949.740/PE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29.06.09; AgRg no AG 1.042.173/SC, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe de 06.10.08; e finalmente o REsp 1.104.363/PE, de minha Relatoria, DJe de 09.10.09, que é justamente o aresto embargado.

Ao que se observa desse breve histórico, a orientação adotada no acórdão impugnado deve ser revista, porque baseado em precedentes que equipararam, indevidamente, o caso de transferência de terreno de marinha para fins de integralização de capital social com a hipótese de incorporação e cisão societária.

No primeiro caso – integralização de capital social –, não há como negar-se a presença da transferência onerosa do imóvel, como modalidade de dação em pagamento pelas cotas ou ações obtidas pelo alienante.

No segundo caso – incorporação societária –, não há propriamente transferência de imóvel, mas absorção de todo patrimônio da sociedade incorporada pela incorporadora. Assim, inexistem as figuras de credor e devedor, ou mesmo base de cálculo para a incidência do laudêmio, já que na incorporação não há aquisição individualizada do bem imóvel, a que possa ser atribuído um valor específico sobre o qual recaia a alíquota prevista em lei, mas aquisição *uti universe* de toda massa patrimonial, à semelhança do que ocorre com a transferência do acervo hereditário.

O mestre Orlando Gomes examinou, com percuciência, o tema em artigo intitulado “Inexigibilidade do Laudêmio quando Ocorre a Incorporação de uma Sociedade em Outra”, *verbis*:

Em nossa opinião, o laudêmio não é devido na incorporação de uma sociedade, seja à particular, seja à União.

A esse juízo se chega através de criteriosa análise de três noções:

- a) laudêmio;
- b) incorporação;
- c) universalidade.

O direito real de enfiteuse compreende o de opção do senhorio direto, a ser exercido no caso de pretender o foreiro alienar o domínio

útil. Consiste esse direito na preferência, assegurada na lei (art. 683 do Cód. Civ.), de adquiri-lo, nas alienações onerosas, pelo mesmo preço e nas mesmas condições oferecidas por terceiro.

Renunciando a esse direito, expressa ou tacitamente, o senhorio direto tem direito de receber da enfiteuta alienante o laudêmio. Tem, assim, o foreiro a obrigação de pagar ao senhorio direto, por não ter este usado da opção, importância equivalente a dois e meio por cento sobre o preço da alienação (art. 686 do Cód. Civ.). O mesmo direito é reservado à União nas transmissões onerosas de terreno aforado. Se não exerce o direito de opção, faz jus ao laudêmio de cinco por cento sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias (art. 102, § 1º, do Dec.-lei nº 9.760, de 5-9-1946).

Quer nos aforamentos regidos pelo Código Civil, quer nos que se sujeitam à lei sobre os bens da União, o laudêmio é uma atribuição patrimonial destinada a “compensar ao senhorio a desistência do direito de tomar o domínio útil tanto pelo tanto”, ou, como define sua natureza Dídimo da Veiga, o preço da renúncia.

Pressupõe o laudêmio, nessas condições, a viabilidade da opção, ou, como diz Lafayette, “só é devido das alienações que dependem da opção, e não daquelas que a excluem”.

Ensejam opção:

- a) a venda;
- b) a dação em pagamento;
- c) a renúncia;
- d) a transação.

Somente na realização desses negócios jurídicos cabe pagamento de laudêmio, posto que o Código Civil só se refira às duas primeiras.

Se a transmissão do bem aforado resulta de alienação a título gratuito, de sucessão hereditária ou de qualquer operação jurídica na qual a

opção seja despropositada ou incompatível, o laudêmio não pode ser exigido.

A incorporação de sociedade anônima em outra do mesmo gênero é uma operação absorvente de um patrimônio na qual a sucessão do titular extinto de imóveis aforados ocorre sem ser possível o exercício, pelo senhorio direto, do direito de opção. Como se verá adiante, a transmissão, numa incorporação, não recai em bens individualizados do patrimônio absorvido, faltando, assim, e quando menos, uma condição indispensável à própria natureza da opção ou preferência, que é a de determinação do preço oferecido por terceiro a fim de que possa o senhorio direto ficar, tanto pelo tanto, com a enfiteuse.

Isto posto.

Se só há laudêmio como “compensação ao senhorio por não consolidar, na sua pessoa, o direito de propriedade, quando lhe cabe a opção”, não cabendo, como não cabe na incorporação de uma sociedade em outra, opção, ele é, lógica e intuitivamente, inexigível. Ainda que o laudêmio não fosse retribuição da desistência da opção, mas, como sustentaram alguns escritores antigos, preço da aprovação da pessoa do novo enfiteuta, descaberia, no caso, mesmo que essa aprovação subsistisse nos aforamentos públicos por depender a alienação do domínio útil de consentimento do senhorio direto, porque a substituição do enfiteuta se dá por efeito de uma operação jurídica aprovada por órgão do Governo Federal, o Banco Central, e semelhante à sucessão universal.

Em suma: o laudêmio não é exigível da transmissão de um bem resultante da incorporação da sociedade a que pertencia.

Incumbindo ao alienante, de resto, a obrigação de pagá-lo, o senhorio direto não teria de quem exigí-lo, uma vez que, pela incorporação, deixa de existir a sociedade incorporada. Dir-se-á que, pelo débito, responde a sociedade incorporadora. Admita-se, mas a quem pertencerá o bem, se é nula, como prescreve a lei, a alienação, sem alvará de licença, de imóvel aforado pela União? Ao Banco que dei-

xou de existir? Passará a ser bem vago? Essas dificuldades demonstram que tais situações não se acham submetidas à lei que se invoca para exigir inadmissível laudêmio.

A incorporação de uma sociedade em outra produz uma sucessão no patrimônio semelhante à das pessoas físicas, como tem assinalado, na Itália, a doutrina mais autorizada. Nesse sentido se tem pronunciado, segundo o testemunho de Santagata, a doutrina alemã, a francesa e a espanhola, a primeira pacificamente. É certo que alguns escritores italianos (De Seno, Ascarelli, Graziani et alii) se inclinam para a tese de uma sucessão inter vivos, mas universal, ponderando Ascarelli que se verifica numa universalidade de direito. Como quer que seja, o fato é que a sucessão, no caso de incorporação, não se dá a título particular, de direito, de obrigação por obrigação.

A sucessão a título universal decorre de um dos efeitos da incorporação: a extinção da sociedade incorporada. Efetivamente, ao se dar a incorporação, produz-se, como observa Brunetti, a compenetração dos organismos sociais, o trespasse do patrimônio da sociedade incorporada na incorporadora, assumindo esta, a partir desse momento, os direitos e obrigações daquela. Verifica-se, em síntese, a sucessão *in universum jus*, no patrimônio da sociedade incorporada, que se extingue por absorção, perdendo a personalidade.

A extinção de uma pessoa jurídica por ter se incorporado em outra equipara-se, nos efeitos, à morte da pessoa física. A sociedade incorporadora representa a sociedade extinta tal como o herdeiro representa o finado, respondendo por suas obrigações, passando o domínio e a posse dos bens que lhe pertenciam para a sociedade incorporadora *mortuus facit vivum possessorem*.

Divergem, sem dúvida, os tratadistas na qualificação da sucessão das pessoas jurídicas, recusando alguns a analogia com a sucessão hereditária a que recorre a maioria dos privatistas, esclarecendo que, embora não possam morrer fisicamente, morrem juridicamente, mas, embora se reconheça que não possui caráter hereditário, se admite seu cunho universal por vontade da lei. Ora, o que importa na solu-

ção do problema que este Parecer enfrenta é assentar, com apoio na melhor doutrina, que, assumindo a sociedade incorporadora, por prescrição legal, os direitos e obrigações da sociedade incorporada, verifica-se a sucessão *in activis* e *in passivis*, portanto, num patrimônio, ocupando esta a posição de um sucessor a título universal.

Sendo o patrimônio uma coisa universal, ou universalidade (Cód. Civ., art. 57), os bens singulares que o compõem, ou, dizendo melhor, as relações jurídicas que o constituem, se consideram, não de per si, mas agregadas em um todo. A transferência de um patrimônio – ainda que a fosse a incorporação – opera-se em globo, não de cada elemento componente, do certo que produz a transmissão de todos os direitos e obrigações que compreende, sem necessidade de processá-la juridicamente através dos negócios translativos próprios de cada qual. Não é necessária, desse modo, a estipulação do contrato de cessão de cada crédito e de suas garantias, nem o consentimento dos terceiros para que continuem obrigados nos contratos estipulados com a sociedade incorporada. Entendemos que até a substituição do nome da sociedade incorporada pelo da sociedade incorporadora no registro imobiliário não demanda transcrição do negócio jurídico de incorporação, senão, à sua vista, simples anotação, e, no caso de se julgar necessária aquela, que se proceda como se o título da incorporação fosse formal de partilha.

Em síntese: a absorção, pela sociedade incorporadora, do ativo da sociedade incorporada implica a entrega de um patrimônio como *universitas jus* mediante atribuição de ações da sociedade absorvente aos acionistas da sociedade absorvida não havendo singularização dos elementos constitutivos do ativo do patrimônio, pois, se houvesse, a operação se qualificaria, como acentua L. Retail, como venda, e não constituiria fusão, ou incorporação.

À luz desses ensinamentos, pode-se afirmar que o Bradesco não comprou bens do extinto Banco da Bahia. Incorporando-o, absorveu-lhe o patrimônio em cujo ativo se inscrevia o domínio útil de terrenos da União, onde levantara, o Banco incorporado, construções. Recebeu-os numa universalidade, como se fora patrimônio he-

reditário, condições não havendo, em face da causa da transmissão (um evento extintivo de personalidade), para o exercício, por terceiro (no caso a União), do direito de opção assegurado em lei aos senhorios diretos, por todas as razões, inclusive a de perturbar as incorporações de sociedades que sejam enfiteutas, condicionando-as à permissão do Serviço do Patrimônio da União.

Pelas razões acima articuladas, estamos convencidos de haver demonstrado que não é devido laudêmio na incorporação de uma sociedade em outra.

Caso a Delegacia de Pernambuco insista em sua cobrança, deve o Bradesco intentar na Justiça Federal, contra a União, a competente ação para que seja declarada a inexigibilidade de laudêmio. Se houver interesse em alienar o bem imediatamente, proceda como o Banco da Bahia, que efetuou, sob protesto, o pagamento e propôs ação para reaver a quantia recolhida aos cofres da União. (Questões de Direito Civil, Ed. Saraiva, 5ª ed., 1988, p. 421/424).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 73.551/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 31.08.04, ao não conhecer do recurso pela divergência, deixou claro que o caso de incorporação societária não se equivalet ao de integralização de capital social mediante dação em pagamento de bem imóvel.

Vale a pena destacar o seguinte fragmento do voto condutor:

De logo se observe – por ter sido o extraordinário também se alicerçado na letra “d” do permissivo constitucional – que os v. acórdãos trazidos a confronto não servem para demonstrar a controvérsia, posto que todos eles se referem a transferência do domínio direto dos bens enfiteuticos para constituição do capita social, por parte do que irá, como sócio, integrar a sociedade. Ao invés, de dinheiro, entrega ele o imóvel.

A hipótese dos autos, porém, é diversa, pois as ações de uma sociedade anônima representam os seus bens patrimoniais pelo que estes já pertencem aos acionistas.

Assim, não há dúvida de que se tratam de casos distintos, para os quais não se pode atribuir a mesma consequência jurídica. Na hipótese de incorporação societária, entendo deva ser prestigiada a jurisprudência do extinto TFR, desta Corte e do Supremo, no sentido de que não é devido o pagamento do laudêmio. Já no caso dos autos, que cuida de transferência de imóvel enfitêutico para fins de integralização de capital social, penso deva ser adotada a posição do aresto paradigma, de que incide o laudêmio, já que configurada verdadeira dação em pagamento.

Ante o exposto, acompanho o Relator para conhecer e dar provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2009/0227065-4 EREsp 1.104.363 /PE

Números Origem: 200683000083450 200802499853

PAUTA: 05/05/2010 JULGADO: 29/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: UNIÃO

EMBARGADO: COPAR — COUTINHO PARTICIPACOES S.A

ADVOGADO: RENATO SANTOS PINHEIRO FILHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO — Domínio Público — Bens Públicos — Terreno de Marinha

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Arnaldo Esteves Lima e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 29 de junho de 2010.

VANIA MARIA SOARES ROCHA

Secretária

**DEBATES E
ATUALIDADES**

**COMMENTS ON THE DECISION OF THE GENERAL
COURT OF THE EUROPEAN UNION**

Grupo Promer / PepsiCo: Invalidation because of Design Infringement according to Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002

Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of the European Union (formerly the Court of First Instance) of 18 March 2010 in Case T-9/07 concerning an action brought against the Third Board of Appeal of OHIM (Office for Harmonisation in the Internal Market) of 27 October 2006 (Case R 1001/2005-3) relating to invalidity proceedings between Grupo Promer Mon Graphic SA and PepsiCo Inc.

**COMENTÁRIOS À DECISÃO DO TRIBUNAL GERAL
DA UNIÃO EUROPÉIA**

Grupo Promer / PepsiCo: Invalidação decorrente de infração a desenho de acordo com o artigo 25(1)(d) do Regulamento Nº 6/2002

Julgamento do Tribunal Geral (Quinta Seção) da União Européia (antigo Tribunal de Primeira Instância) de 18 março 2010 no âmbito do Caso T-9/07, a respeito de ação ajuizada contra o Terceiro Conselho de Apelação do OHIM (*Office for Harmonisation in the Internal Market*) em 27 de outubro de 2006 (Caso R 1001/2005-3) relativo a procedimentos de invalidação entre Grupo Promer Mon Graphic SA e PepsiCo Inc.

Christoph Gasser

Abstract: Eight years after the enactment of the EC Council Regulation on Community Design («EC Design Regulation»), the General Court of the European Union (formerly the Court of First Instance) was offered the opportunity to adjudicate upon main issues of validity and violation of a Community design. The General Court concluded that a Community design registered for «promotional item[s] for games» was in conflict with an earlier filed Community design. Even in consideration of the designer’s severely restricted degree of freedom, the similarities between the two designs at issue were so manifest that no different overall impression was produced.

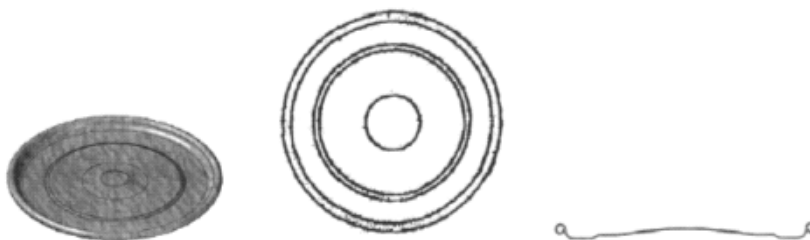
Keywords: Intellectual Property. Design. European Community Council Regulation on Community Design. Validity and violation of a community design. Decision of the General Court of the European Union.

Resumo: Oito anos após a edição, pelo Conselho da União Européia, do Regulamento relativo aos desenhos ou modelos comunitários, o Tribunal Geral da União Européia (antigo Tribunal de Primeira Instância) teve a oportunidade de decidir sobre questões essenciais relativas à validade e violação de desenho industrial comunitário. O Tribunal Geral da União Européia decidiu que um desenho industrial comunitário registrado para “artigo promocional para jogos” estava em conflito com um desenho industrial comunitário previamente arquivado. Mesmo que considerado o grau de liberdade severamente restrito dos designers, as similaridades entre os dois desenhos industriais em questão eram tão manifestas que nenhuma diferença substancial foi verificada.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Desenho Industrial. Regulação para Desenho Industrial Comunitário, do Conselho da Comunidade Européia. Validade e violação de um desenho industrial comunitário. Decisão do Tribunal Geral da União Européia.

I. Facts and Legal Framework

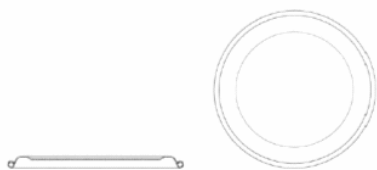
On 9 September 2003, the intervener, PepsiCo Inc. («PepsiCo»), filed an application for registration of a Community design at the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM) pursuant to Regulation No 6/2002¹. When the registration was applied for, priority was claimed for Spanish design No 157156, which had been filed on 23 July 2003 and whose application for registration was published on 16 November 2003. The Community design was registered under number 74463-0001 for the following goods: «promotional item[s] for games». It is represented as follows:



On 4 February 2004, the applicant, Grupo Promer Mon Graphic SA («Grupo Promer»), filed an application for a declaration of invalidity against design No 74463-0001 («the contested design») pursuant to Article 52 of Regulation No 6/2002.

Grupo Promer's application for a declaration of invalidity was based on registered Community design No 53186-0001 («the prior design»), which has a filing date of 17 July 2003 and in respect of which priority is claimed for Spanish design No 157098, which was filed on 8 July 2003 and whose application for registration was published on 1 November 2003. The prior design is registered for «metal plate[s] for games». It is represented as follows:

¹ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs (OJ 2002 L 3, p. 1).



The grounds relied on in support of the application for a declaration of invalidity alleged the lack of novelty and individual character of the contested design for the purposes of Article 25(1)(b) of Regulation No 6/2002, and the existence of a prior right for the purposes of Article 25(1)(d) thereof. On 20 June 2005, the Invalidity Division of OHIM declared that the contested design was invalid on the basis of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002.

On 18 August 2005, PepsiCo filed a notice of appeal with OHIM, pursuant to Articles 55 to 60 of Regulation No 6/2002, against the decision of the Invalidity Division. By decision of 27 October 2006 («the contested decision»), the Third Board of Appeal of OHIM annulled the decision of the Invalidity Division and dismissed the application for a declaration of invalidity. After rejecting Grupo Promer's argument concerning the intervener's bad faith, the Board of Appeal held, in essence, that the contested design was not in conflict with Grupo Promer's prior right and that the conditions set out in Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002 had not therefore been fulfilled. In that connection, the Board of Appeal held that the goods covered by the designs at issue concerned a particular category of promotional items, namely «tazos» or «rappers», and that, therefore, the freedom of the designer of those promotional items was severely restricted. Accordingly, the Board of Appeal concluded that the difference in the profile of the designs at issue was sufficient to conclude that they produced a different overall impression on the informed user².

2 See HARTWIG Henning, *Designschutz in Europa. Design Protection in Europe*, Vol. 2, Cologne et al. 2008, 281 et seq. – Grupo Promer/PepsiCo, with comments by TRAUB Florian.

Grupo Promer claimed that the General Court should annul the contested decision.

II. Reasoning Rendered by the General Court of the European Union

Grupo Promer invoked three grounds to support its action: Firstly PepsiCo's alleged bad faith and an overly restrictive interpretation of Regulation No 6/2002, secondly lack of novelty of the contested design, and thirdly a violation of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002.

As a first step, the General Court refused Grupo Promer's arguments related to PepsiCo's alleged bad faith and overly restrictive interpretation of Regulation No 6/2002:

«The Court observes that Article 25(1) of Regulation No 6/2002 lists the grounds on which a Community design may be declared invalid. That list must be regarded as exhaustive, since Article 25 provides that a Community design may be declared invalid only on one of the grounds specified therein. It must be noted that there is no reference there to the bad faith of the proprietor of a contested design³.

Moreover, it must be recalled that, in support of its application for a declaration of invalidity, the applicant relied on the lack of novelty and individual character of the contested design for the purposes of Article 25(1)(b) of Regulation No 6/2002 and the existence of a prior right for the purposes of Article 25(1)(d) thereof. Therefore, in examining those grounds for invalidity, the question of the alleged bad faith of the intervener is irrelevant, since it is not a matter of ruling on the conduct of the proprietor of a contested design⁴.

³ Paragraph 30.

⁴ Paragraph 31.

Lastly, contrary to the applicant's claims, the date on which the design relied on in support of the application for a declaration of invalidity is made available to the public is one of the conditions for the application of Article 25(1)(b) and (d) of Regulation No 6/2002. The applicant states that the prior design was «disclosed» to the intervener on a private and confidential basis, by a letter of 21 February 2003 and made available to the public on 1 November 2003. Therefore, it must be found that the design was not made available to the public on 21 February 2003 and that that «disclosure» cannot be relied on for the purpose of applying Article 25(1)(b) and (d) of Regulation No 6/2002⁵.

Consequently, the plea in law alleging the bad faith of the intervener and a restrictive interpretation of Regulation No 6/2002 must be rejected⁶.

As a next step, the General Court examined the alleged violation of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002 and explained:

«Under Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002, a Community design may be declared invalid if it is in conflict with a prior design which has been made available to the public after the date of filing of the application or, if a priority is claimed, the date of priority of the Community design, and which is protected from a date prior to the said date by a registered Community design or an application for such a design, or by a registered design right of a Member State, or by an application for such a right⁷.

Since «conflict» is not defined as such in Regulation No 6/2002, it is necessary to clarify that concept. At paragraphs 14 and 15 of the contested decision, the Board of Appeal found, like the Invalidity Di-

5 Paragraph 32.

6 Paragraph 33.

7 Paragraph 47.

vision, that a conflict arose between two designs when they produced the same overall impression on the informed user, and that in that connection the degree of freedom of the designer in developing the contested design had to be taken into account⁸.

For the purposes of the interpretation of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002, it must be recalled that, in accordance with Article 10 of Regulation No 6/2002 in the case of a Community design, and Article 9 of Directive 98/7⁹ in the case of a design registered in a Member State, the scope of the protection conferred by a design is to include any design which does not produce on the informed user a different overall impression and that, in assessing the scope of that protection, the degree of freedom of the designer in developing his design is to be taken into consideration¹⁰.

In that connection, it must be noted, first of all, that in the vast majority of the language versions, the wording of Article 10(1) of Regulation No 6/2002, like that of Article 9(1) of Directive 98/71, indicates that the issue is one of a «different overall impression». Two language versions (namely the French and Romanian language versions) in the case of Article 10 of Regulation No 6/2002, and one language version (namely the French language version) in the case of Article 9 of Directive 98/71, state that the issue is one of a «different overall visual impression». However, since, under Article 3(a) of Regulation No 6/2002 and Article 1(a) of Directive 98/71, a design is only the appearance of the whole or a part of a product, it must be found that the overall impression to which Article 10(1) of Regulation No 6/2002 and Article 9(1) of Directive 98/71 refer must be a visual one. Thus, the difference in wording between the language versions does not confer a different meaning in that respect on that provision¹¹.

8 Paragraph 48.

9 Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs (OJ 1998 L 289, p. 28).

10 Paragraph 49.

Next, it is apparent from Article 10(2) of Regulation No 6/2002 and from Article 9(2) of Directive 98/71 that, in assessing whether a design is in conflict with a prior design, the designer's freedom in developing his design is to be taken into consideration¹².

Consequently, Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002 must be interpreted as meaning that a Community design is in conflict with a prior design when, taking into consideration the freedom of the designer in developing the Community design, that design does not produce on the informed user a different overall impression from that produced by the prior design relied on. The Board of Appeal was therefore correct to adopt such an interpretation¹³.

That interpretation of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002 is the only one which can ensure that the rights of the proprietor of a prior design that is referred to in that provision is protected against any infringement of the design resulting from the coexistence of a subsequent Community design that produces the same overall impression on the informed user. If Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002 were not interpreted in that manner, the proprietor of a prior right would be precluded from applying for a declaration of invalidity in respect of a subsequent Community design that produces the same overall impression and be deprived of the actual protection conferred by his design under Article 10 of Regulation No 6/2002 or Article 9 of Directive 98/71¹⁴.

– The product in which the contested design is intended to be incorporated or to which it is intended to be applied

The applicant challenges the contested decision inasmuch as the Board of Appeal defined the category of goods identified by the

11 Paragraph 50.

12 Paragraph 51.

13 Paragraph 52.

14 Paragraph 53.

designs at issue as being that of «pogs», «rappers» or «tazos», whereas those products are not a homogeneous category of goods. The applicant submits that the Board of Appeal ought to have taken into consideration the category of promotional items for games¹⁵.

The Court observes that, under Article 3(a) of Regulation No 6/2002, a design is the appearance of a product, and Article 36(2) of that regulation requires that an application for a registered Community design is to contain an indication of the products in which the design is intended to be incorporated or to which it is intended to be applied. However, it must be pointed out that, although the indication of those products in the application for a registered Community design is compulsory, that information does not, by virtue of Article 36(6) of Regulation No 6/2002, affect the scope of protection of the design as such¹⁶.

Accordingly, it follows from Article 36(6) of Regulation No 6/2002 that, in order to ascertain the product in which the contested design is intended to be incorporated or to which it is intended to be applied, the relevant indication in the application for registration of that design should be taken into account, but also, where necessary, the design itself, in so far as it makes clear the nature of the product, its intended purpose or its function. Taking into account the design itself may enable the product to be placed within a broader category of goods indicated at the time of registration and, therefore, to determine the informed user and the degree of freedom of the designer in developing his design¹⁷.

It must be recalled that, at paragraphs 16 and 20 of the contested decision, the Board of Appeal found that the products in which the designs at issue are intended to be incorporated or to which they

15 Paragraph 54.

16 Paragraph 55.

17 Paragraph 56.

are intended to be applied were known as «pogs» or «rappers» in English, or «tazos» in Spanish, whereas the Invalidity Division had taken into consideration the category «promotional items for games»¹⁸.

In the present case, the contested design was registered for the following goods: «promotional item[s] for games»¹⁹.

Although the parties agree that the contested design is intended to be applied, like the prior design, to promotional items for games, an examination of the design shows that it belongs to a particular category of those promotional items. In addition, as the Board of Appeal noted at paragraph 17 of the contested decision, the intervenor submitted evidence to the Board of Appeal concerning the goods in question, in particular evidence concerning «tazos», which it has been marketing since 1995. Thus, the Board of Appeal was entitled to find that the intervenor had thereby enabled the nature and function of the goods, game pieces known as «pogs», «rappers» or «tazos», actually to be determined. Moreover, at paragraph 16 of the contested decision, the Board of Appeal stated that those specific promotional items for games were intended for young children and that they were generally used to promote biscuits or potato snacks, which is agreed by the parties²⁰.

Accordingly, it must be concluded that the Board of Appeal properly found that the product in question belonged, within the broad category of promotional items for games, to the particular category of game pieces known as «pogs», «rappers» or «tazos»²¹.

– The informed user

The applicant challenges the contested decision inasmuch as the Board of Appeal found that the informed user could also be a

18 Paragraph 57.

19 Paragraph 58.

20 Paragraph 59.

21 Paragraph 60.

marketing manager, whereas, in the present case, the informed user is a child in the approximate age range of 5 to 10²².

It must be found that the informed user is neither a manufacturer nor a seller of the products in which the designs at issue are intended to be incorporated or to which they are intended to be applied. The informed user is particularly observant and has some awareness of the state of the prior art, that is to say the previous designs relating to the product in question that had been disclosed on the date of filing of the contested design, or, as the case may be, on the date of priority claimed²³.

In that connection, although the Board of Appeal did not define the informed user precisely in the present case, it did not, contrary to the applicant's claims, rule out the possibility that he could be a child in the approximate age range of 5 to 10²⁴.

The Board of Appeal was correct to find, at paragraphs 16 and 17 of the contested decision, that the informed user could be a child in the approximate age range of 5 to 10 or a marketing manager in a company that makes goods which are promoted by giving away «pogs», «rappers» or «tazos». It follows from the definition of the informed user as set out at paragraph 62 above that, in the present case, since the products to which the contested design is intended to be applied are «pogs», «rappers» or «tazos», the informed user must be regarded as having some awareness of the state of the prior art thereof. In addition, since the game pieces are intended more specifically for children, the informed user may, as the Board of Appeal stated in the contested decision, be a child in the approximate age range of 5 to 10, which neither OHIM nor the intervener disputes. However, since the goods are also promotional items, in the present case the informed user could also be a marketing manager in a company that uses that type of goods in order to promote its own products²⁵.

22 Paragraph 61.

23 Paragraph 62.

24 Paragraph 63.

As the Board of Appeal made clear at paragraphs 16 and 17 of the contested decision, it makes little difference whether the informed user is a child in the approximate age range of 5 to 10 or the marketing manager in a company that makes products which are promoted by giving away «pogs», «rappers» or «tazos»; the important point is that both those categories of person are familiar with the phenomenon of «rappers»²⁶.

– The degree of freedom of the designer

Proceeding on the basis that the contested design relates to the general category of promotional items, the applicant challenges the contested decision inasmuch as the Board of Appeal concluded at paragraph 20 thereof that in the present case the freedom of the designer was severely restricted²⁷.

In that connection, it must be noted that the designer's degree of freedom in developing his design is established, *inter alia*, by the constraints of the features imposed by the technical function of the product or an element thereof, or by statutory requirements applicable to the product. Those constraints result in a standardisation of certain features, which will thus be common to the designs applied to the product concerned²⁸.

At paragraph 18 of the contested decision, the Board of Appeal stated that all the «rappers» or «tazos» examined in the present case consisted of small, flat or slightly curved discs which may be made of plastic or metal. Accordingly, it concluded, at paragraph 20 of that decision, that the freedom enjoyed by the designer responsible for designing a product of that kind was severely restricted, because, for that type of product, «[t]he paradigm is a small flat or nearly flat

25 Paragraph 64.

26 Paragraph 65.

27 Paragraph 66.

28 Paragraph 67.

disk on which coloured images can be printed [and o]ften the disk [is] curved toward[s] the centre, so that a noise [is] made if a child's finger presses the centre of the disk», and «[a] rapper that does not possess these characteristics is unlikely to be accepted in the marketplace»²⁹.

In that connection, it must be noted that «pogs», «rappers» or «tazos» are circular in shape and that, on the date of filing of the application for registration of the contested design, in this case on the date of priority claimed for the design, «pogs», «rappers» or «tazos» had those common features which the designer had to take into account, as set out at paragraphs 18 and 20 of the contested decision and reiterated at paragraph 68 above. That finding is not, moreover, contested by the parties³⁰.

Therefore, it must be held that the Board of Appeal was correct to find in the contested decision that, on the date of priority claimed for the contested design, the designer's freedom was severely restricted since he had to incorporate those common features in his design for the product in question. Moreover, as the Board of Appeal pointed out at paragraph 20 of the contested decision, the designer's freedom was also limited in so far as those items had to be inexpensive, safe for children and fit to be added to the products which they promote³¹.

– Overall impression produced by the designs at issue on the informed user

The applicant challenges the Board of Appeal's finding in the contested decision that the designs at issue produce a different overall impression on the informed user³².

29 Paragraph 68.

30 Paragraph 69.

31 Paragraph 70.

32 Paragraph 71.

In the specific assessment of the overall impression of the designs at issue on the informed user, who has some awareness of the state of the prior art, the designer's degree of freedom in developing the contested design must be taken into account. Thus, as the Board of Appeal pointed out at paragraph 19 of the contested decision, in so far as similarities between the designs at issue relate to common features, such as those described at paragraph 67 above, those similarities will have only minor importance in the overall impression produced by those designs on the informed user. In addition, the more the designer's freedom in developing the contested design is restricted, the more likely minor differences between the designs at issue will be sufficient to produce a different overall impression on the informed user³³.

As has been reiterated at paragraph 68 above, after establishing, at paragraphs 18 and 20 of the contested decision, the constraints on the designer in developing the contested design, the Board of Appeal found that the designer's freedom was in the present case severely restricted³⁴.

At paragraph 19 of the contested decision, the Board of Appeal also stated that, as regards the assessment of the overall impression produced by the designs at issue on the informed user, the latter will automatically disregard elements «that are totally banal and common to all examples of the type of product in issue» and will concentrate on features «that are arbitrary or different from the norm»³⁵.

Next, at paragraphs 21 to 24 of the contested decision, the Board of Appeal compared the designs at issue, describing the prior design and then the contested design, before concluding that there was a «difference in the contours of the raised area in the centre of the

33 Paragraph 72.

34 Paragraph 73.

35 Paragraph 74.

disks». Accordingly, it found, at paragraph 24 of that decision, that, given the limited degree of freedom of the designer in developing the contested design, that difference in the profile was sufficient to conclude that the designs produced a different overall impression on the informed user³⁶.

The designs at issue must be compared by reference to the criteria set out at paragraph 72 above, by examining their similarities and their differences, in order to ascertain, taking into account the degree of the designer's freedom in developing the contested design, whether the Board of Appeal was entitled, without committing any error, to conclude that the designs at issue created a different overall impression on the informed user³⁷.

As regards the similarities between the designs at issue, first, the Board of Appeal noted, at paragraph 22 of the contested decision, that both designs consisted of small discs that are almost flat. However, since, on the date of priority claimed for the contested design, that was a feature common to the designs for the goods of the type of product at issue, as noted by the Board of Appeal at paragraphs 18 and 20 of the contested decision, that similarity would not be remembered by the informed user in the overall impression of the designs at issue³⁸.

Second, the Board of Appeal also observed at paragraph 22 of the contested decision that the designs at issue both had a concentric circle very close to the edge intended to convey the idea that the disc curls over all the way round the edge. It must be noted that the designs at issue may be applied to a metal product, which is not disputed by the applicant or the intervener. Since the product is intended for children in particular, that rounded edge may therefore constitute

³⁶ Paragraph 75.

³⁷ Paragraph 76.

³⁸ Paragraph 77.

a constraint for the designer, linked to safety requirements, so that the product does not have a sharp edge if made of metal or even of plastic or cardboard. Thus, since that similarity between the designs at issue in respect of one of their features may constitute a constraint on the designer, it will not attract the informed user's attention³⁹.

Third, the designs at issue both contain a concentric circle approximately one third of the way from the edge to the centre. At paragraph 22 of the contested decision, the Board of Appeal noted that similarity, stating that that circle was intended to convey the idea that the central part of the disc is raised slightly. However, the Court finds that that central part could have been delineated by a shape other than a circle. For it is apparent from the application for registration of the contested design, included in OHIM's file forwarded to the Court, that the contested design claims the priority of a Spanish design No 157156 which comprises three variants, and that that raised central part is, depending on the variant, delineated by a circle, a triangle or a hexagon. In addition, that finding cannot be called into question by the argument put forward by OHIM, at the hearing, that the shape had to be elementary in order not to distort the image which may cover the disc, since a triangular, hexagonal, or even a square or oval shape instead of circular one would not have distorted the image any more. Furthermore, that finding cannot be called into question by OHIM's argument that a circle had to be used so that that raised central part might be curved, because, inter alia, an oval shape could have been used⁴⁰.

Fourth, the designs at issue are similar in that the rounded edge of the disc is raised in relation to the intermediate area of the disc between the edge and the raised central area⁴¹.

39 Paragraph 78.

40 Paragraph 79.

41 Paragraph 80.

Fifth, the respective dimensions of the raised central part and the intermediate area of the disc, between the edge and the raised central part, are similar in the designs at issue⁴².

In the absence of any specific constraint imposed on the designer, the similarities noted in paragraphs 79 to 81 above relate to elements in respect of which the designer was free to develop the contested design. It follows that those similarities will attract the informed user's attention, all the more so because, as the intervener itself stated, the upper surfaces are, in the present case, the most visible surfaces for that user⁴³.

As regards the differences between the designs at issue, as the Board of Appeal observed at paragraph 23 of the contested decision, when viewed from above, the contested design has two additional circles compared with the prior design. In profile, the two designs differ in that the contested design is more curved. However, it must be found that since the degree of curvature is slight, and the discs are thin, that curvature will not be easily perceived by the informed user, in particular when viewed from above, and this is borne out by the goods actually marketed, as contained in OHIM's file forwarded to the Court⁴⁴.

In the light of the similarities noted in paragraphs 79 to 81 above, it must be held that the differences observed by the Board of Appeal at paragraph 23 of the contested decision (see paragraph 83 above) are insufficient for the contested design to produce a different overall impression on the informed user from that produced by the prior design⁴⁵.

It follows from all the above considerations that the Board of

⁴² Paragraph 81.

⁴³ Paragraph 82.

⁴⁴ Paragraph 83.

⁴⁵ Paragraph 84.

Appeal erred in finding in the contested decision that the designs at issue produced a different overall impression on the informed user and that they were not in conflict within the meaning of Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002. Accordingly, the contested decision was adopted in breach of that provision and must therefore be annulled, it not being necessary to examine the final plea of annulment raised by the applicant⁴⁶.»

III. Final Remarks

In its first judgment on main issues related to the validity and violation of a Community design, the General Court approved the action for Community design infringement. The similarities between the two designs at issue were so manifest, that just no different overall impression was produced. However, the second instance, the Third Board of OHIM, had concluded, also in difference to the first instance, the Invalidity Division of OHIM, that the general impression were different, in spite of certain similarities, and had rejected the action for Community design violation.

In the course of its scrutiny of the Community design infringement, the General Court established at first that the term «conflict», even though mentioned in Article 25(1)(d) of Regulation No 6/2002, is not defined in this Regulation⁴⁷. However, the General Court found an easy way to define the term «conflict» by referring to Article 10 of Regulation No 6/2002 which deals with the scope of design protection⁴⁸: The scope of the protection conferred by a Community design shall include any design which does not produce on the informed user a different overall impression (Article 10(1) of Regulation No

⁴⁶ Paragraph 85.

⁴⁷ Paragraph 48.

⁴⁸ Paragraph 49.

6/2002), whereas in assessing the scope of protection, the degree of freedom of the designer in developing his design shall be taken into consideration (Article 10(2) of Regulation No 6/2002). Moreover, the General Court added in view of the different language versions of Regulation No 6/2002 that Article 10(1) refers exclusively to a «*different overall visual impression*» and not to any general impression defined in any other way⁴⁹.

The General Court faced difficulties to determine the freedom of the designer and the consequences to be concluded therefrom on the scope of design protection. The General Court relied on the freedom of the designer of the younger design⁵⁰ – and hence, apparently, on the freedom of the designer at the time of the development of the younger design although it may be created, depending on the circumstances, years after the prior design. As a result, later publications as well as provisions⁵¹ entering into force between the priority date of the prior design and the development of the younger design, provided that they influence the freedom of the designer, retroactively impact the scope of design protection. They lead to a dynamic scope of protection as accepted in general in trademark law⁵².

On the one hand, this opinion of the General Court is not in compliance with that legal doctrine which prefers a static scope of protection under European Community design law. This doctrine asserts that, although the freedom of the designer of the younger design shall be relevant, the relevant date to determine such freedom shall be the priority day of the prior design⁵³. «As the scope of protection of

⁴⁹ Paragraph 50.

⁵⁰ See paragraphs 49, 52, 56.

⁵¹ E.g., security provisions or other statutory requirements applicable to the product (see paragraphs 67, 70).

⁵² See HARTWIG Henning, General Court: Three key lessons from the Court's first decision on validity of a registered Community design (decision of March 18, 2010 – Case T-9/07 – Grupo Promer Mon Graphic SA v OHIM and PepsiCo Inc), The Bardehle Pagenberg IP Report 2010/1, 21.

a Community design shall be set on the priority day and not grow or shrink thereafter»⁵⁴. On the other hand, this dynamic conception as apparently chosen by the General Court is in accordance with a legal doctrine on Swiss⁵⁵ and German law⁵⁶ which prefers to measure the freedom of the designer based on the point in time when the younger design was created.

Furthermore, the General Court defined the «informed user» according to Article 10(1) of Regulation No 6/2002 against the background of the present case. The «informed user» could be a child in the approximate range of 5 to 10 or a marketing manager in a company that makes goods which are promoted by giving away «pogs», «rappers» or «tazos»⁵⁷, provided that both those categories of person are

53 RUHL Oliver, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Treatise, 2nd ed., Cologne 2010, GGVO 10 N 39; concurring HARTWIG Henning, Das Prinzip der Reziprozität im Geschmacksmusterrecht, GRUR-RR 2009, 201, 203.

54 RUHL (fn. 53), GGVO 10 N 7: «Denn der Schutzzumfang eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters sollte mit dem Prioritätstag feststehen und danach nicht mehr wachsen oder schrumpfen.» – «As the scope of protection of a Community design shall be set on the priority day and not grow or shrink thereafter.»

55 HEINRICH Peter, DesG/HMA, Schweizerisches Designgesetz. Haager Musterschutzabkommen, Treatise, Zurich 2002, DesG 8 N 17 («Was gilt, wenn der Grad der Gestaltungsfreiheit mit der Zeit ändert? Dies kann vorkommen, wenn z.B. neue Rechtsnormen oder technische Normen eingeführt werden. Es müsste auf den Zeitpunkt der Beurteilung ankommen, nicht auf den Anmelde- oder Prioritätstag.» – «What matters if the degree of the freedom of the designer changes after some time? This may happen, e.g., in case of new provisions or technical rules. The point in time of the judgment would be relevant, not the application day or priority day.»). However, WANG Markus, Designrecht, in: VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (eds.), SIWR VI, Basel 2007, 226, 234, opts for a static design scope of protection, without adding conclusions to the relevant point in time to determine the freedom of the designer.

56 EICHMANN Helmut/VOGEL VON FALCKENSTEIN Roland, Geschmacksmustergesetz, Treatise, 3rd ed., Munich 2005, GeschmMG 38 N 28 («Massgeblich für die Beurteilung des Schutzzumfangs ist der Zeitpunkt, in dem das beanstandete Muster entworfen worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt können nach dem für die Beurteilung der Eigenart massgeblichen Zeitpunkt weitere Gestaltungen so offenbart worden sein, dass sie sich auf den Gestaltungsspielraum einengend auswirken können.» – «The point in time of the development of the contested design is relevant to assess the scope of protection. Up to this point in time and after the time relevant to assess the individual character of the design, additional creations may be disclosed in a way which may narrow the freedom of the designer.»).

familiar with the phenomena of «rappers»⁵⁸. The General Court did not respond to the criticism raised in the legal doctrine (with respect to the corresponding reasoning in the previous decision of the Third Board of Appeal of OHIM), according to which a child and a manager might hardly have the same perception as the former «*clearly focuses on fun and play factor of the rappers, whereas a manger will – at least additionally – also look at the marketing features of the promotional item*»⁵⁹.

In the case at issue, neither the prior nor the contested design was registered for «pogs», «rappers» or «tazos»; the former was rather registered for «metal plate[s] for games», the latter for «promotional item[s] for games» (cf. Article 36(2) of Regulation No 6/2002). However, the General Court concluded *that, in order to ascertain the product in which the contested design is intended to be incorporated or to which it is intended to be applied, the relevant indication in the application for registration of that design should be taken into account, but also, where necessary, the design itself, in so far as it makes clear the nature of the product, its intended purpose or its function. Taking into account the design itself may enable the product to be placed within a broader category of goods indicated at the time of registration and, therefore, to determine the informed user and the degree of freedom of the designer in developing his design*⁶⁰.

Although Article 36(6) of Regulation No 6/2002 states that the indication of products in the application for a design does not affect the scope of protection of the design as such, the General Court therewith created a connection between the indication of products in the application of the prior design (Article 36(2) of Regulation No 6/2002) and the informed user (Article 10(2) of Regulation No 6/2002). This at

57 Paragraph 64; see also paragraph 62.

58 Paragraph 64–65.

59 TRAUB (fn. 2), 291–292.

60 Paragraph 56.

least triggers the question whether and to which extent the General Court, contrary to Article 36(6) of Regulation No 6/2002, goes for a concrete conception of design protection (so-called «principle of speciality»)⁶¹.

However, the legal doctrine on European design law predominantly opts for an abstract conception of design protection, in particular, by reference to Article 36(6) of Regulation No 6/2002, the evident lack of indication of products in case of unregistered Community designs, and the Design Directive 98/71⁶² which neither requires the indication of a product in case of design applications. The doctrine maintains that the objective to be protected would be the shape of the design, not the product as such⁶³. Though, this abstract conception does not exclude that the informed user of the contested design is regarded as the informed user pursuant to Article 10(2) of Regulation No 6/2002⁶⁴.

As a result, the judgment of the General Court may indeed strengthen design protection in general. In view of rather modest differences between the designs to be considered, the General Court recognized a design infringement even though few variations are possible in case of simple products such as the metal plates at issue and, hence, the freedom of the designer is «*severely restricted*». Still, European design case, in particular related to the abstract or concrete development of design protection, awaits its further development.

61 Cf. HARTWIG (fn. 52), 21.

62 See fn. 9.

63 Regarding these issues in general see RUHL (fn. 53), GGVO 3 N 6, GGVO 6 N 77 et seq., GGVO 10 N 49–50, with further references. – The abstract conception is also accepted by the England and Wales Court of Appeal (2008), EWCA, Civ. 358, consid. 6 et seq., 54–55 (see HARTWIG Henning, *Designschutz in Europa. Design Protection in Europe*, Vol. 3, Cologne 2009, 234 et seq. – Green Lane/PMS, with comments by BRÜCKNER-HOFMANN Johanna).

64 RUHL (fn. 53), GGVO 10 N 49.

Normas para publicação de artigos na RSDE

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