

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 7

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

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro 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 7 (julho/dezembro 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

Retornando à chefia do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ, cumpre-me com imensa satisfação e júbilo apresentar o sétimo número da nossa Revista Semestral de Direito Empresarial — RSDE à comunidade jurídica.

Sempre buscando contar com a inestimável colaboração de autores estrangeiros, esse número oferece aos nossos leitores três valiosíssimas contribuições doutrinárias. O Professor de Direito Comercial da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano e codiretor da revista *Giurisprudenza Commerciale*, Roberto Sacchi, apresenta, na seção de Direito Societário, tradução para o inglês do trabalho intitulado “il mercato delle regole: condizioni d'uso”. Nessa mesma seção, o Professor Mauricio Troncoso Reigada, Titular de Derecho Mercantil da Universidad Autónoma de Madrid nos oferta profunda reflexão sobre o inquietante tema acerca da exclusão do sócio na sociedade de capital (“la exclusión de un socio de una sociedad de capital ¿tiene que ser necesariamente acordada por la junta general?”). Por fim, a Professora de Direito Internacional Privado da Marmara University, Nuray EKŞİ, expõe artigo intitulado “law applicable to contracts for the international carriage of goods (article 29 of the Turkish PILA)”, na seção de Relações Internacionais Privadas.

No cenário nacional, o Professor César Fiuza brinda-nos, na seção relativa a Negócios Empresariais, com artigo no qual discorre sobre “lesão e estado de perigo no Código Civil e no Código do Consumidor”.

Na seção de Direito Econômico, preciosa nos é a contribuição do Dr. Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior, Coordenador e Procurador-Geral Substituto do CADE, ao discorrer sobre a desconsideração da personalidade jurídica como instrumento de efetividade

da defesa da concorrência. Nesse mesmo curso, tem-se a participação do Professor Carlos Affonso Pereira de Souza, com artigo sobre “direitos autorais, desenvolvimento tecnológico e responsabilidade civil”, na seção de Propriedade Intelectual.

O Professor Valter Shuenquener de Araújo, reafirmando a tradicional participação de docentes do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da UERJ, desenvolve, na seção concernente à Recuperação de Empresas e Falências, estudo sobre “a aplicação do princípio da proteção da confiança no âmbito da lei de falências”.

Na seção “Debates e Atualidades”, os advogados e doutorandos Danielle da Costa Leite Borges e Mario Viola de Azevedo Cunha apresentam interessantes “notas sobre a prescrição da ação de cobrança de valores de sobre-estadia de cargas em contêineres no transporte marítimo”.

Por derradeiro, a seção “Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais” vem integrada pela relevante decisão proferida pelo Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários nos autos do processo administrativo nº. RJ2009/13179. Do julgamento emanam novos pontos de vista em matéria de conflito de interesses, especialmente no que diz respeito à negociação com partes relacionadas.

Sempre imbuídos da missão de atender às expectativas de nossos leitores, a todos desejamos uma excelente leitura.

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

Colaboraram neste número

Carlos Affonso Pereira de Souza

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Vice-coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/RJ. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da FGV e da PUC-Rio. Membro da Comissão de Direitos Autorais da OAB/RJ.

César Fiuza

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor de Direito Civil nos Cursos de graduação e de pós-graduação da PUC-MG, da UFMG e da FUMEC. Advogado e consultor jurídico.

Danielle da Costa Leite Borges

LL.M. em Direito Europeu, Internacional e Comparado pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Doutoranda em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Advogada.

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco — UFPE. Pós-graduado em Direito da Concorrência pela FGV/EDESP e em Regulação pela UNB. Procurador-Federal. Coordenador e Procurador-Geral Substituto da Procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

Mario Viola de Azevedo Cunha

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Master of Research em Direito Europeu, Internacional e Comparado pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Doutorando em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Procurador (licenciado) do Município de Saquarema, Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Mauricio Troncoso Reigada

Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid.

Nuray EKŞİ

Marmara University, School of Law, Head of the Private International Law Department.

Roberto Sacchi

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano. Codiretor da revista Giurisprudenza Commerciale.

Valter Shuenquener de Araújo

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ; Doutor e Mestre em Direito Público pela da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Doutorado Sanduíche na Ruprecht Universität Heidelberg — Alemanha. KZS pela Ruprecht Universität Heidelberg — Alemanha. Juiz Federal.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

REGULATORY COMPETITION: TERMS AND CONDITIONS FOR USE Roberto Sacchi	3
--	---

LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL ¿TIENE QUE SER NECESARIAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA GENERAL? Mauricio Troncoso Reigada	35
--	----

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DA LEI DE FALÊNCIAS Valter Shuenquener de Araújo.....	49
---	----

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

LESÃO E ESTADO DE PERIGO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR César Fiúza	75
--	----

PROPRIEDADE INTELECTUAL

DIREITOS AUTORAIS, DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E RESPONSABILIDADE CIVIL Carlos Affonso Pereira de Souza	117
---	-----

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

LAW APPLICABLE TO CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS (Article 29 of the Turkish PILA) Nuray EKŞİ	153
---	-----

DIREITO ECONÔMICO

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior	207
--	-----

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – DECISÃO DO COLEGIADO –
CONSULTA SOBRE O IMPEDIMENTO DE VOTO DO ACIONISTA
CONTROLADOR NA ASSEMBLEIA QUE DELIBERAR SOBRE TRANSAÇÃO
COM PARTE RELACIONADA À COMPANHIA – TRACTEBEL ENERGIA S.A.
– PROCESSO Nº RJ2009/13179.....243

DEBATES E ATUALIDADES

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA DE VALORES
DE SOBRE-ESTADIA DE CARGAS EM CONTÊINERES NO TRANSPORTE
MARÍTIMO
Danielle da Costa Leite Borges e Mario Viola de Azevedo Cunha355

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**REGULATORY COMPETITION: TERMS AND
CONDITIONS FOR USE¹**

IL MERCATO DELLE REGOLE: CONDIZIONI D'USO

Roberto Sacchi

Abstract. It is normal to raise some doubts regarding the fact that competition between legal orders —not only corporate law rules but also equity market rules — has a strong impact on the economy, in view of the fact that listing and investment choices are made in the prospect of globalisation. The creation of a standardised legal framework, at least in relation to baseline issues, can perhaps permit competition to be concentrated on that which should, definitively, greatly concern investors, or rather economic and financial fundamentals for companies. Alternatively, if one prefers a market for rules, in the hope that this will trigger a *race to the top*, there must be full awareness of the fact— based on experience accrued to date — that this results in the interests of equity investors and debt capital investors with high risk propensity being preferred over those of investors adverse to risk. This awareness should induce any legislator that intends to encourage competitiveness between legal regulations and domestic equity markets, to achieve reasonable balance between the sacrifice of interests penalised and to avoid this sacrifice when (as in the

1 The Italian text of this article is published in *Diritto, etica e mercato*, Milano, 2010, anthology of essays in honour of professor Piergaetano Marchetti.

case of d. lgs. 38/2005 regarding international accounting standards) it is not actually justified by the aims pursued. The legislative choice to clearly establish that composition is a private law matter, providing that votes by creditors represent the very centre of the institution with the aim of encouraging those formulating the proposal to select efficient plans that are capable of producing value, must be accompanied by provisions suitable for guaranteeing minimum necessary conditions so that the creditors can exercise their independent choice, which is represented by the expression of their vote.

Keywords: Regulatory competition vs. standardised legal framework. A market for corporate law, financial markets regulations, accounting standards, rules contained in a composition proposal. Investors with high risk propensity vs. risk-averse investors.

Sintesi: E' lecito formulare seri dubbi sul fatto che la competizione fra ordinamenti — con riguardo non solo a regole di diritto societario, ma anche a regole di diritto dei mercati finanziari — abbia un forte impatto sull'economia, data la prospettiva di globalizzazione nella quale sono ormai effettuate le scelte di quotazione e anche quelle di investimento. La creazione di una cornice normativa omogenea nelle linee di fondo può forse consentire che la concorrenza si concentri su ciò che, in definitiva, dovrebbe maggiormente interessare agli investitori, ossia sui fondamentali economici e finanziari delle imprese. Ove, in alternativa, si preferisca il mercato delle regole, nella speranza che esso inneschi un circolo virtuoso di *race to the top*, si deve essere pienamente consapevoli che — sulla base dell'esperienza fin qui maturata — questo conduce a privilegiare gli interessi dei fornitori di *equity* e di capitale di debito propensi al rischio rispetto agli interessi di quelli avversi al rischio. Questa consapevolezza deve indurre il legislatore, che intende favorire la competitività della regolamentazione giuridica e dei mercati finanziari nazionali, a collocare su livelli di ragionevole equilibrio il sacrificio degli interessi penalizzati e ad evitare questo sacrificio quando (come nel caso del d. lgs. 38/2005 in tema di principi contabili internazionali) non effettivamente

te giustificato dagli obiettivi perseguiti. A sua volta la scelta legislativa di connotare il concordato in senso marcatamente giusprivatistico, collocando al centro dell'istituto la votazione dei creditori con l'obiettivo di incentivare chi formula la proposta a selezionare piani efficienti e capaci di produrre valore, deve essere accompagnata da previsioni idonee ad assicurare le condizioni minime necessarie perché possa operare l'autonomia privata dei creditori, di cui la loro votazione costituisce una manifestazione.

Parole-chiave: Mercato delle regole vs. cornice normativa omogenea; mercato delle regole di diritto societario, delle regole di diritto dei mercati finanziari, dei principi contabili, delle regole contenute nella proposta di concordato. Investitori/finanziatori propensi al rischio vs. investitori/finanziatori avversi al rischio.

Summary: 1. Introduction. 2. A market for corporate law. 3. A market for financial market regulations. 4. A market for accounting standards. 5. A market for rules contained in a composition proposal. 6. Conclusions.

1. Introduction

There is a widespread belief (or at least there was until the recent financial market crisis) that it would be worthwhile creating competition between legal rules, allowing the market to select the best ones. This not only applies to legislative rules (one only has to think of competition between corporate law for the various US States), but also with reference to rules dictated by individuals, such as clauses of by-laws regulating joint stock companies and those contained in proposals for arrangements with creditors or bankruptcy composition.

It was no coincidence that during the recent reform in Italy of joint stock companies and of bankruptcy procedures there was a significant increase respectively in independence in the drafting of by-

laws² (above all in *s.r.l.* (limited liability companies) but also in *s.p.a.* (joint stock companies) in particular for those that do not make recourse to capital market risk) and in freedom of choice with regard to the content of composition proposals.

Now is not the time to review an analysis of the well known benefits and risks of competition between legal orders, which can trigger the virtuous circle of a race to the top but can also lead to the vicious circle of a race to the bottom. For example, in Italy at least, independence in the creation of by-laws following the effective date of the t.u.f. (consolidated financial act) does not authorise particular illusions³, although the laws can however be of value on a pedagogic level⁴.

Further, the creation of a standard framework of baseline regulations for companies and the financial markets, as an alternative to a market for rules, could perhaps result in competition concentrating on that which should, definitively, concern investors the most, or rather the economic and financial fundamentals of companies issuing securities traded on regulated markets.

2 In this regard see for all P. Marchetti, *L'autonomia statutaria nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2000, pp. 562 ss., whose findings directly refer to the so-called Mirone Project (and to d. lgs. 24 February 1998, no. 58), but which can be extended to the reform implemented by d. lgs. 17 January 2003, no. 6.

3 One only has to think of the choice, which became wide-spread following the effective date of the t.u.f., to reduce the statutory auditors to three, which under the original regulations meant that one statutory auditor alone would represent the minority (article 148 (2) of the original version), and as such would be devoid of powers to call a shareholders' meeting, board of directors meeting or a meeting of the executive committee, and of the power to seek the collaboration of company employees (these powers are reserved by article 151 (2) of the original version to the board of statutory auditors or at least two auditors).

4 In other words, and in the absence of excessive illusions, any change which leads us closer to the market and cultural characteristics of a capitalist system that is more mature and more advanced than our own, can in some way be favoured by legislative choices inspired by these systems. These choices alone are in all probability insufficient to change the characteristics of Italian capitalism, but may benefit the evolutionary process.

In fact, community choices appear to go against the trend of the creation of a market for rules: they aim not to create competition between Member States' legal orders but rather to create a common legal framework, at least with regard to baseline matters. This trend in fact seems to go beyond the confines of the European Union, with an attempt to create generally accepted standards at a global level in (at least) all of the most advanced capitalistic Countries. One only has to think of attempts to create global legal standards⁵ following the recent crisis that disrupted the financial markets.

In this article — and without in any way questioning in general terms theories that consider a market for rules a value to be pursued — I intend to highlight certain errors that are easily made on pursuing the aim of competition between rules; for this purpose it is useful to examine recent Italian reforms and an important US document, the *Interim Report* by the *Committee on Capital Markets Regulation* (a committee desired by the US Secretary Paulson) dated 30 November 2006⁶, proposing a loosening of rules under the *Sarbanes-Oxley Act*.

2. A market for corporate law

Primarily I will consider the reform to joint stock companies implemented by way of d. lgs. 12 January 2003, no. 6, which declare-

5 Moreover, prior to the crisis and in relation to international accounting standards, the second preamble of EC regulation no. 1606/2002 issued by the European Parliament and Council on 19 July 2002 stressed the need for “an increasing convergence of accounting standards currently used internationally with the ultimate objective of achieving a single set of global accounting standards”. See also the sixth preamble of European Commission Regulation no. 1787/2006 4 December 2006, which acknowledges that the Committee of European securities regulators considered that the GAAP of Canada, Japan and the United States are equivalent to the IFRS adopted pursuant to article 3 of EC Regulation no. 1606/2002 (subject to remedies such as additional disclosures and in some instances supplementary financial statements).

6 Available on the web-site www.capmktreg.org at http://www.capmktreg.org/pdfs/11.30Committee_Interim_ReportREV2.pdf.

dly proposed to ensure that Italian corporate law was competitive with that of the other principal capitalistic countries⁷.

In fact it is no coincidence that article 2 of the *legge di delega* (l. 3 October 2001, no. 366) on listing the general principles underlying the reform, primarily lists the pursuit of a priority objective, or rather encouragement of the establishment, growth and competitiveness of incorporations, also through their access to domestic and international capital markets.

Costs linked to a loosening of regulations and a reduction in the mandatory nature of such regulations are therefore justified by the need to equip Italy with legal standards that are competitive with those of the most advanced capitalistic countries and are capable of ensuring that Italian investors remain in Italy, whilst also attracting foreign investors.

It is then necessary to consider the matter of the creation, within the European Union, of a market for corporate law rules analogous to that existing in the U.S.A. In truth, this possibility clashes primarily (but not only) with language and culture barriers which, at present, characterise Europe and deeply differentiate the situation from that in the USA, despite the fact that this situation is developing (for example I would not underestimate the effects that could be achieved in the medium term following, to cite extremely different phenomena, inter-university student exchanges and the diffusion of international legal networks).

In truth it has been found that in Europe there is a *Market for Incorporation* and not a *Market for Reincorporation* and that this mar-

7 In truth, prior to d. lgs. 6/2003 developments in rules governing savings shares are emblematic of the radical change in fundamental legislative options under Italian corporate law, from Law no. 216, 7 June 1974 — establishing the minimum content of privileges based on analytical and mandatory rules — to d. lgs. 58/1998, whereby the only limit on the format in the by-laws of quantitative and qualitative characteristics of privileges appears to be the need for savings shares to be qualifiable as corporate stakeholdings and compatible with characteristics of a s.p.a. (“società per azioni”, i.e. the Italian share capital).

ket is *Rules-based* and not *Cost-based*; in other words it has been highlighted that in the USA the choice of establishing a registered office outside the territory of a State is normally made by large-scale enterprises, which often transfer their registered office in view of important corporate events (such as listing), and this choice is based on considerations relating to the commercial attraction of rules, including not only primary and secondary regulations, but also all that which contributes to defining the characteristics of the law applied. Therefore, for example, including case law choices, the level of efficiency of the judicial system and the rate of effectiveness of standards and enforcement; in Europe on the contrary, the decision to establish a registered office outside the State territory is still really only taken by small enterprises upon incorporation and based principally on considerations regarding incorporation costs⁸.

Aside from this, when it is claimed that competitive corporate law results in the stimulation of domestic and foreign investments in “Italian” companies, it is worth reflecting on the notion of an Italian company.

In fact this would only make sense if Italian corporate law was applicable to all companies that actually have an office responsible for administration and operations in Italy. If however the criterion for resolving conflict between domestic corporate laws is that of the place of incorporation of the company, it is clear that in order to attract investments it would be sufficient to locate the registered office of the company in a Country whose corporate law is considered “attractive”, leaving only administrative activities and operations in Italy. In this second event, the effect that competitive corporate law can have on the development of an economy is extremely limited. Therefore the identification of the criterion used to resolve the conflict between legal orders is decisive.

8 In this regard see M. Ventrizzo, “Cost-based” and “Rules-based” Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U., 3 *NYU Journal of Law & Business*, pp. 91 ss. (2006).

If this is the case, the need to “keep up” in the competition between legal orders appears to have been completely rationalised by decisions issued by the European Court of Justice (in particular decisions on the following cases: Centros, Überseering and Inspire Art⁹), whereby on protecting freedom of establishment in case of a company incorporated in a Community State and operating in the territory of another Community State, the Court preferred the application of laws for the State in which the company was incorporated¹⁰. The ECJ maintained the exception whereby mandatory requirements relating to the general interest justify a restriction on freedom of establishment¹¹ in order to avoid abusive conduct. The exceptions to application of the criterion of the location of the registered office are also interpreted restrictively and abuse requires extremely rigorous proof: the decision to incorporate a company in one State, when it is destined to operate principally or exclusively in other States, is not sufficient proof of such abuse¹².

The above highlights the fact that when there is conflict between the corporate laws of various different States, this is resolved on the basis of the criterion of the location of the registered office, and the fact that one State has competitive corporate law will allow it to attract investments in companies that do not necessarily operate in

9 See respectively decision 9 March 1999 (C-212/97), decision 5 November 2002 (C-208/00) and decision 30 September 2003 (C-167/01). The principles confirmed in these decisions do not appear to have been influenced, to the extent relevant, by decision 16 December 2008, in C-210/06 (the Cartesio case).

10 With regard to the finding that community case law involves a significant rationalisation of the rule regarding conflict as enacted by article 25 (1) of Law 31 May 1995, no. 218 — which after having established that companies are governed by the law of the State in whose territory they were incorporated, adds that Italian law is applicable if the administrative office is situated in Italy or if the principal business of the company is conducted in Italy — see G. B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 148 and S.M. Carbone, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 94, who extends this matter to article 2509 — *bis c.c.*

11 See point 92 of the Überseering case decision.

12 See point 139 of the Inspire Art case decision.

that State and that may merely have their registered office there. This does not have a positive effect on growth in the overall economy of the State in question, but rather simply on certain limited and specific segments of advanced service industries, starting with that of legal advice.

In other words if, as has occurred, multiple small German enterprises establish themselves in the United Kingdom as private companies, rather than in Germany as *G.m.b.H.*, this does not appear to have particular effects on the British economy or on the German economy, other than with regard to the recourse those enterprises make to professionals able to offer them legal assistance on English law.

A similar argument would in all probability apply in Italy, should small-scale enterprises rush to apply the English private company model. The effects of a market for corporate law on the economy should therefore be downsized.

3. A market for financial market regulations

Moving on to competition between rules of law regulating the financial markets, primarily it is necessary to admit that it is extremely difficult to attempt to identify certain selective criteria that permit a watertight division between corporate law and equity markets law¹³. For the purposes of the arguments in this report however — or rather for the purposes of evaluating the effects of competition between legal orders — it appears to be possible to distinguish between rules applicable when the connection criterion with the State is that of the location of the registered office of the corporate enterprise and rules applicable when the connection criterion with the State is the fact that the corporate enterprise has issued securities traded on financial markets in that State.

¹³ See for example, M. Notari, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d. lgs. 24 febbraio 1998, no. 58 — Commentario*, by P. Marchetti e L. A. Bianchi, Milano, 1999, t. I., *sub art.* 119, pp. 754 ss.

In this article the former rules are indicated as corporate law rules, whilst the second are indicated as equity market rules, although I have not sought to establish any general and definitive distinctive criterion.

An interesting example of the effects of application of a market for equity market rules is offered by the previously cited *interim Report* by the *Committee on Capital Markets Regulation*¹⁴. The *Report* illustrates a loss of competitiveness between USA regulated markets and foreign markets — in particular the *London Stock Exchange*, which is studied attentively in the Report — not only as a result of listing choices by Chinese, Indian and Russian enterprises, but also due to those of companies in advanced capitalistic Countries (Western Europe, Australia, Canada, Japan and New Zealand) and in fact, as a result of the decision by US companies to list in London¹⁵.

The Report therefore deals with a problem of competitiveness between rules of law governing financial markets, or rather the rules applicable to all companies operating on US regulated markets, irrespective of the whether they are “US” or “foreign companies”, or rather of whether they have their registered office within or outside the confines of the United States.

In this case, competitiveness would appear to have more influence than when it refers to corporate law rules. In fact, the Report stresses the connection between the size of financial markets and economic development. It is confirmed that “if one examines recent

14 The Report was discussed at a convention held in Naples on 18 May 2007, organised by the Faculty of Political Science at the University of Naples Federico II, the records of which are published in *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti — Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, by C. Amatucci e V. Buonocore, Milano, 2008. See in particular the report by Roberta Romano, *The Sarbanes— Oxley Act at a crossroads*. The considerations raised in this report cover matters raised in my report submitted at the convention (*Competizione tra ordinamenti, mercati finanziari e interessi protetti*).

15 See the *Report*, for example, *Executive Summary*, I. II. A. and section I (*Competitiveness*), II.A.

data on growth in the most advanced economies, one sees that countries with a bigger stock market (like the United States and the United Kingdom) enjoyed a much better record of economic growth than other similarly developed European economies (such as Germany, France, and Italy) with less developed stock markets (Carlin and Mayer, 2000). Hence, the impact of a decline in the efficiency of the U.S. equity markets could severely impact growth” (*section I, competitiveness*, I. B, where it is stressed that efficient equity markets are particularly important for the success of the venture capital industry).

Steering clear of any irony — which would be easy following the recent crisis on global equity markets, starting with the USA — I will limit myself to pointing out that it does not appear to me that it is possible to doubt that in the current scenario of economic globalisation it is certainly possible and in fact increasingly frequent that securities traded on a regulated market are issued by companies operating principally abroad and are acquired by foreign investors. This is because — and the concerns on which the Report is based are the best confirmation of this — companies are now in the habit of listing on foreign regulated markets (or at least of considering listing on foreign regulated markets as an alternative option) and investors are in the habit of investing in these markets.

In fact, in truth, recent experience demonstrates that even the nationality of members of management bodies of regulated markets can be foreign. Based on the above, further analysis of the effects on a Country’s economy of the competitiveness of the equity markets is required.

It certainly has a significant impact on the development of the securities industry — which constitutes an extremely important sector (in fact it is no coincidence that this is stressed insistently in the Report; see the introduction p. IX), with extremely strong lobbying capacity — but obviously it does not represent the entire economy of a Country.

When faced with legal amendments proposed in the Report — and above all in light of amendments that the Report could suggest to

its Italian admirers — a cost/benefit analysis between competition between equity market rules appears to provide divided and ambiguous results. A loosening of the mandatory nature of regulations, to some extent hypothesised in the Report in view of concerns regarding the competitiveness of financial markets results in:

- benefits for issuer companies (not necessarily domestic ones), which can reduce the cost of funding, and for companies (not necessarily domestic ones) operating in the financial services sector;

- disadvantages in terms of a reduction in precautions protecting equity stability for issuer companies; these disadvantages are diluted by the fact that in a scenario where companies can choose the corporate law applicable to them, simply by moving their registered office, the only effective mandatory instruments protecting their equity stability can be provided by equity market regulations.

At first impression one could be led to believe that a reduction in the mandatory nature of rules, induced by the market for equity market rules, is positive for shareholders interested in the profitability of their investment — which is favoured by dynamic business management — and is negative for company creditors, concerned by the equity stability of the debtor companies.

In reality the different levels of risk propensity transversally involve all categories of shareholders and company creditors. Alongside shareholders with high risk propensity and merely interested in the profitability of a company (which is solvent in the short term), there are those shareholders who are adverse to risk and who regard equity stability as an important value.

On the other hand, creditors may also include persons with high risk propensity. Think, for example, of venture capital lenders. The fact that capital has been provided in the form of equity or debt capital is not therefore decisive and neither is the fact that the investment (in risk capital or debt capital) is direct or mediated by institutional investors. One only has to think, in this regard, of the extremely different logics behind a pension fund and a hedge fund.

It cannot be disputed that over the last few years — up until the recent equity markets crisis — in advanced capitalist Countries there has been a tendency to prefer suppliers of capital (risk or debt) with a high risk propensity and a view to short term investment¹⁶. The following are an illustration of this:

- widespread enthusiasm for the value of contendibility of corporate control, which in a market that is not fully efficient can lead directors to adopt short term profitability policies, even if they put growth prospects for the company and medium-long term investment returns at risk¹⁷;

- pressure for the abolition of legal capital, also in Europe, which is manifested not only in doctrine¹⁸, but also (up until a short

16 The Corporate Governance Code in its 2006 version issued by the Borsa Italiana S.p.a Corporate Governance Committee goes against this trend however. In the Comment to Principle 1 it allocates directors the task, inter alia, of taking decisions which may reasonably lead to the creation of value for shareholders over the medium-long term — as a priority objective (see also Principle 7.P.2).

17 In this regard it is of significance that with reference to the Enron Case J.R. Macey, *Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure & Enron*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 754 ss., reveals (p. 755) that “this sudden deterioration in performance created pressure on management to engage in transactions that increased revenue and moved debt off of the firm’s balance sheet” and more in general stresses “the acute pressure felt by U.S. management to produce superior performance results”. In this regard I also refer to my observations in *La responsabilità dell’impresa e il controllo dei rischi*, in *La responsabilità dell’impresa* (atti del Convegno per i trent’anni di *Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8-9 ottobre 2004), Milano, 2006, pp. 164 s.

18 See the theory by K. Kübler, *Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt*, Köln, 1989 (re-proposed in an essay with the same title, published in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, by P. Abbadessa e A. Rojo, Milano, 1993, pp. 101 ss), which Italy is particularly sensitive to, M. S. Spolidoro, *Il capitale sociale*, in *Il diritto delle società per azioni*, cit., pp. 59 ss., in particular pp. 99 s and the entry *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, agg., vol. IV, Milano, 2000, pp. 195 ss., in particular pp. 235 ss. See also the debate between Enriques and Macey (L. Enriques-J. R. Macey, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, 86 *Cornell Law Review*, pp. 1165 ss. (2001), the Italian version of which, with certain adaptations, was published in *Riv. soc.*, 2002, pp. 78 ss., entitled *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*) and Denozza (F. Denozza, *A che serve il capitale sociale? (Piccole glosse a L. Enriques — J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital*

time ago¹⁹) at a community level and was expressed: (i) in the *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* dated 4 November 2002, which proposes granting Members States the possibility to opt for a regime for the protection of company creditors centred on a solvency test and alternative to the legal capital; (ii) in the communication from the Commission to the European Council and Parliament, dated 21 May 2003²⁰, whereby (point 3.2.) it expresses the intention of launching, in the short term, a feasibility study relating to an alternative to a capital maintenance regime; (iii) in Directive 2006/68/EC (implemented in Italy by way of d. lgs. 4 August 2008, no. 142), the second preamble of which make express reference to the need “to proceed without delay to a general examination of the feasibility of alternatives to the capital maintenance regime which would adequa-

Rules), in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 585 ss.; the debate continued with additional interventions by p L. Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, I, pp. 607 ss. and by F. Denozza, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 489 ss. For a broader outlook in this regard, in addition to the Authors cited above, cf. for all G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, directed by G.E. Colombo and by G.B. Portale, vol. I, t. 2, Torino, 2004, pp. 28 ss, where specifically in notes 44 and 51, various citations are upheld by doctrine cited by L. Enriques (cit. in this note), pp. 608 s. and studies published in *Legal Capital in Europe*, by M. Lutter, Berlin, 2006. The following authors distance themselves from a conception of legal capital as an instrument for the protection of company creditors (in reality, shareholders and company creditors that are adverse to risk) E. Ginevra, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 102 ss, in particular pp. 122 ss. and G. Ferri jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, pp. 741 ss.

19 Recently, moreover, the push towards the abolition of legal capital has slowed-down at a community level. In this regard, for an illustration of the results of a study by KPMG DTG AG promoted by the European Commission and the position of the Directorate General for the Internal Market and Services see G. Strampelli, *«Fattibilità» di sistemi alternativi al capitale sociale: uno studio promosso dalla Commissione Europea*, in *Riv. soc.*, 2008, pp. 607 ss. and N. Baccetti, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, pp. 393 s., note 24.

20 *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea. Un piano per progredire*, in *Riv. soc.*, 2004, pp. 568 ss., with a comment by G. Ferrarini, *Armonizzare il governo societario in Europa?*, *ivi*, pp. 551 ss.

tely protect the interests of creditors and shareholders of a public limited liability company”.

Without adequately describing the terms of this debate, it should be stressed that the fundamental argument used by those who hope for the suppression of legal capital, relates to the need to avoid a reduction in expected investment returns and in equity market efficiency, caused by rigid restrictions created by this institution, which limit freedom of choice on establishing the size (and type, in view of restrictions regarding assets that can be granted) of the means that a company must equip itself with.

In this manner, those who supply equity and debt capital and have a high risk propensity, who are sophisticated and in a contractually strong position, have the upper hand as compared to those who are adverse to risk and have little capacity to monitor and/or are weak. The latter are sacrificed when, in the absence of legal capital, the former procure guarantees which are to their exclusive advantage and/or increase the cost of borrowing in order to offset risks arising out of the absence of legal capital, rather than imposing contractual restrictions regarding compliance with specific ratios, for example regarding the ratio between own resources and third party resources.

The tendency to prefer investors (in equity or in debt capital) with high risk propensity may be something one agrees with or disagrees with, but it certainly has a logic. It is however important to be clearly aware that in this way a choice is made that does not increase the efficiency of the system, nor does it favour domestic economies, in view of the now diffused globalisation of listing and investment choices; in fact it is a political choice of interests, preferring some to the detriment of others.

Knowledge of this constitutes an incentive to achieve a reasonable level of balance in relation to the sacrifice of interests penalised and above all leads to avoidance of injury to the interests of investors adverse to risk, which is not justified by the aim of privileging those with high risk propensity.

4. A market for accounting standards

A typical example of some of the drawbacks that arise in the absence of awareness of the real political nature of choices that aim to privilege competitiveness on the financial markets is provided by the Italian legislator's choices on applying international accounting standards.

The adoption of international accounting standards was also justified by the need to render community global payers competitive on the global capital markets and to attract investors to the equity markets, providing standards that require a company to provide information suitable for permitting rational investment choices²¹. For this purpose an assessment system based on fair value accounting, such as that under the IAS/IFRS, is of far greater significance than one based on historical cost.

In fact fair value accounting provides information relating to the future and not to the past, and as such is far more useful to the investor for the purpose of making investment choices than information provided by historical cost accounting, which is based on values arising out of events already recorded in accounts.

In this regard, when a market assessment incorporates future income expectations and future cash flows — as it normally does —

21 In this regard the second, fourth and fifth preamble to EC regulation no. 1606/2002 are of significance. In the second preamble it is stressed that it is necessary that “financial reporting standards applied by Community companies participating in financial markets are accepted internationally and are truly global standards. This implies an increasing convergence of accounting standards currently used internationally with the ultimate objective of achieving a single set of global accounting standards”. The fourth preamble then specifies that “This Regulation reinforces the freedom of movement of capital in the internal market and helps to enable Community companies to compete on an equal footing for financial resources available in the Community capital markets, as well as in world capital markets.” Further the fifth preamble confirms that “It is important for the competitiveness of Community capital markets to achieve convergence of the standards used in Europe for preparing financial statements, with international accounting standards that can be used globally, for cross-border transactions or listing anywhere in the world”.

fair value accounting includes unrealised profits, in strict contrast with the principle of prudence, as understood in the Italian tradition of accounting standards and under the Italian civil code, which in article 2423-*bis*, paragraph 1, no. 2) includes amongst principles for the preparation of financial statements the precept whereby only profits realised at year end can be indicated in accounts.

Therefore (and although the principle of prudence is not absent under the IAS/IFRS systems) a system centred on fair value accounting as a rule involves a lower level of reliability than one based on historical cost accounting, leads to evaluations that tend to be higher²² and — again as a rule — increasingly volatile, since they are (also) based upon unrealised values linked to market oscillations.

In this regard, the adoption of international accounting standards constitutes further evidence of the trend of providing solutions that aim to maximise competitiveness between stock markets, favouring the requirements of those who provide equity or debt capital to the enterprise over the short term and who have a high risk propensity, for whom the relevance of information is fundamental, even at the cost of reduced reliability in assessments and greater volatility in values.

In this event however, it would be possible to conciliate the disclosure purposes of the IAS/IFRS with the effectiveness of protection instruments (such as legal capital) for those interested in equity stability in a company. Community regulation no. 1606/2002 left it to

22 See for all, S. Fortunato, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Il nuovo diritto delle società*—Liber amicorum Gian Franco Campobasso, directed by P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 3, Torino, 2007, p. 85. The above argument does not exclude events in which the application of international accounting standards may lead to an assessment with a lower value than that arising out of the civil code rules. One only has to think that the capitalisation of costs with long-term benefits under assets in the balance sheet — which can provide the possibility for unlawful manoeuvres for the purpose of over-assessing assets — is permitted to a much lesser extent than under the Italian Civil Code. In fact the IAS/IFRS only allow for capitalisation of development costs, and not plant and expansion, research and advertising costs, which is permitted (where certain conditions are fulfilled) by article 2426, no 5) Italian Civil Code.

the domestic legislator to conciliate the disclosure requirements of investors (in equity and debt capital) with high risk propensity with the equity stability requirements of investors adverse to risk.

In fact, article 4 of regulation no. 1606/2002 only requires the adoption of international accounting standards for the consolidated financial statements of listed companies. Consolidated financial statements are in themselves informative, unlike year-end financial statements, which are also organisational and form the basis on which distributable profits are established. The extension of international accounting standards to annual financial statements for listed companies and consolidated and/or annual financial statements for unlisted companies is merely an option for Member States (art. 5 of regulation no. 1606/2002).

The Italian legislator however made broad recourse to this option, and in fact was extremely advanced in the acceptance of international accounting standards. In fact, d. lgs. 28 February 2005, no. 38, requires the adoption of international accounting standards not only for the preparation of consolidated financial statements for listed companies, or for those with securities distributed to the public, for banks and financial intermediaries and for insurance companies (article 3) but also for the preparation of annual accounts for listed companies, companies with securities distributed to the public, banks and financial intermediaries and listed insurance companies that do not draw up consolidated financial statements; the possibility of applying international accounting standards is admitted in general terms, aside from companies who can draw up their accounts in abbreviated form (art. 4).

Moreover the *Organismo Italiano di Contabilità* (Italian Accounting Body or OIC) prepared a project for the reform (amongst other things) of Civil Code rules applicable to annual accounts, in implementation of community directives 65/2001 and 51/2003, which includes in these rules the possibility to adopt the fair value criterion.

If international accounting standards are applied to consolidated accounts alone, aside from discussions regarding the procyclical-

ty of these standards, which are a cause of debate following the equity markets crisis, this will permit the achievement of quality objectives in relation to financial information provided by community companies and its comparability with information provided by non-EU competitors on the global capital markets (considering that consolidated accounts are clearly of greater importance than annual accounts in relation to investment choices), without compromising the possibility of conducting rigorous controls of legal capital coverage, based on the year-end accounts,.

The introduction of the IAS/IFRS for the preparation of annual accounts however seriously compromises the possibility of adequately verifying legal capital coverage, since the use of fair value accounting leads to an illustration of evaluations that (also) incorporate unrealised values linked to market oscillations.

In d. lgs. no. 38, 2005 and in the OIC project the legislator believes that it has resolved the problem by way of a provision for reserves made up of gains arising out of application of fair value accounting (articles 6 and 7 of d. lgs. no. 38, artt. 2433, 2478-*bis* and 2481-*ter* Italian Civil code as amended by the OIC project). These reserves are (as a rule) unavailable²³; gains from fair value accounting can only be distributed after a reduction in the reserve following their realisation; reserves cannot be used to increase legal capital, to pay

23 Moreover year end profits corresponding to fair value gains relating to traded financial instruments and exchange and hedging transactions can be distributed (article 6 (1), sub-paragraph a) d. lgs. no. 38). Above all, in the opening balance sheet in the first year-end accounts prepared in accordance with international accounting standards, the increase in equity due to registration of tangible assets at fair value, can be booked to capital; alternatively it is booked to a specific reserve that may be reduced, in compliance with article 2445 (2 and 3) of the Italian Civil Code; moreover in case of use of the reserve to cover losses it is possible to avoid the restriction on distribution of profits reducing the reserve; in this event there is no provision (in fact there is an express exclusion) for application of the precautions specified under article 2445 (2 and 3) Italian Civil Code (article 7 (6) d. lgs. no. 38). For a criticism of the choices made in the provision under discussion due to the risk that it creates in relation to equity stability, see G. Strampelli, *Le riserve da fair value: profili di disciplina e riflessi sulla configurazione e la natura del patrimonio netto*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 313.

dividends to holders of correlated shares, for the acquisition of treasury shares or those in parent companies, or for transactions that may lead to the distribution of gains from fair value accounting.

Despite the adoption of these precautions, the application of international accounting standards to annual accounts could lead to a distortion in the workings of articles 2446 and 2447 Italian Civil Code. It may lead both to the bringing forward of and to a delay in the operation of mechanisms provided by these rules, in particular the so-called “recapitalise or liquidate” rule.

Mechanisms may be brought forward since, in view of the volatility of values established on the basis of fair value accounting, it is possible that the basis for application of the regulations in question will be established in case of transitory and contingent losses.

If this occurs, there are two possible alternatives: either it must be held that the provisions in question still operate, which can lead to unnecessary recapitalisation, penalising the profitability of the investment and sacrificing the interests protected by international accounting standards, or the directors must be allocated the right to delay the call of the shareholders’ meeting, with a risk that this right is exercised even when losses are not actually transitory, and where the remedy of liability actions against directors would not alone be sufficient.

The possibility of application of international accounting standards leading to a delay in the implementation of measures provided by articles 2446 and 2447 Italian Civil Code — which constitutes the greatest risk in the context of probabilities, since evaluations based on fair value accounting lead to values that tend to be higher than those based on historical cost accounting — involves a dual profile.

Primarily, unrealised gains can influence the year-end result lowering losses to below the limits provided by the provisions mentioned above.

Moreover fair value reserves can — or rather should, given the hierarchy between various net entries — be used prior to legal capital

to cover losses, when they are not absorbed by other net equity items (article 6 (5), d. lgs. no. 38 and articles 2446 (2), and 2482-*bis*, (1) Italian Civil Code as amended in the OIC project)²⁴.

In this way — and despite the obligation to restore these reserves setting aside profits in subsequent years — evaluations which are based on fair value accounting and incorporate unrealised profits, allow companies to avoid the application of the “recapitalise or liquidate” rule where net equity, if evaluated (as a rule) at historical cost, is under the legal minimum level.

Therefore fair value reserves as provided by d. lgs. no. 38, despite protecting suppliers of capital adverse to risk from distributions — in the broadest sense, including any form of distribution of value to shareholders — do not provide them with adequate protection when this is increasingly necessary, or rather when the company is in crisis.

The choice of applying international accounting standards to annual accounts (unlike that which occurred in Germany, for example) has, as shown, significant repercussions on legal capital²⁵, which prior to d.lgs. no. 38 represented an important institution under Italian corporate law, and appears not to be motivated by a precise and informed intention to take a stance in the debate on legal capital. If this were the case it would, *inter alia*, be senseless to make provision for fair value reserves.

24 With regard to technical problems in this area see G. Strampelli, *Le riserve*, cit., pp. 302 s., according to whom fair value reserves can only be used to cover losses after having used not only available profits and the legal reserve, but all other reserves and article 6 (5) of d.lgs no. 38 applies by analogy to reserves provided by article 6 (1) sub-paragraph b).

25 The opinion of L. Enriques, *op. cit.*, pp. 611 s., according to whom the adoption of IAS/IFRS will have repercussions on the efficiency and workings of legal capital as an instrument for the protection of creditors (I would add: and shareholders adverse to risk) can therefore be upheld exclusively if it refers to d. lgs. no. 38, and not in relation to Community regulation no. 1606/2002.

It is not a necessary choice for the purpose of achieving the aims of regulation no. 1606/2002. In fact, as stated, the introduction of the IAS/IFRS for the preparation of consolidated financial statements only — in view of their greater relevance for the purposes of investment choices, as compared to annual accounts — is sufficient for the purposes of placing community companies in a position whereby they can compete, in relation to quality and comparability of financial information provided, with companies that apply American accounting standards²⁶.

The choice made under d. lgs. no. 38 cannot be justified by the need to avoid the costs of two sets of accounting: one based on fair value, for disclosure purposes; the other based on historical cost, for the purposes of establishing distributable profits.

An argument of this kind cannot alone justify an option which, if that which has been stated so far is correct, completely disrupts the Italian corporate law system. Further the solution adopted does not in reality lead to avoidance of the dual costs mentioned above. In order to establish fair value gains for the purpose of forming reserves provided by articles 6 and 7 of d. lgs. no. 38, it is in fact necessary to carry out evaluations based both on fair value and on historical cost accounting.

The choice made under d. lgs. 38/2005, to pursue at any cost the aim of competitiveness between regulations, does not therefore appear to have been accompanied by adequate awareness of the interests that are injured in this way.

²⁶ Also, following d. lgs. no. 38 there is a coexistence in Italy of companies that apply international accounting standards to annual accounts and companies that prepare their annual accounts based on traditional rules, and consequently it is difficult to compare results for one set of companies with those of others. This inconvenience will not be removed in case of possible approval of the OIC project, whereby the adoption of fair value accounting is merely optional and not mandatory.

5. A market for rules contained in a composition proposal

Recent legislative interventions that reformed bankruptcy procedures (d. l. 14 March 2005, no. 35, converted into Law 14 May 2005, no. 80, d. lgs. 9 January 2006, no. 5, d. lgs. 12 September 2007, no. 169) in the framework of an overall reduction in the possibility for judicial authorities to intervene in relation to bankruptcy composition and pre-bankruptcy composition with creditors, has on the one hand significantly increased freedom of choice on establishing the content of the proposal, permitting the formation, *inter alia*, of classes (articles 124 and 160 of the bankruptcy law)²⁷, and on the other hand has reduced the judicial review of the arrangement (articles 129 and 180 bankruptcy law), enhancing the role of creditors upon voting on the proposal²⁸.

In the intentions of the legislator this should trigger virtuous competition between possible rules for the satisfaction of creditors and should encourage those making the proposal to select arrangements that are more efficient and capable of producing greater value and which, as such, should be those with the greatest possibility of being appreciated by creditors and of obtaining their approval.

In fact in case of bankruptcy composition there can be competition not only between the potential content of the proposal, but also between a plurality of proposals (see articles 135 and 128 bankruptcy law, as amended by article 61, of Law 18 June 2009, no. 69).

In this case also therefore, the aim is that of creating a market for rules. There is a risk that the space given to individual choice —

27 See article 4-*bis* of d. l. 23 December 2003, no. 347, converted into law 18 February 2004, no. 39, as subsequently amended, which was notably applied in the arrangement for the Parmalat Group.

28 A similar argument also applies in case of composition in the specific case of extraordinary administration as governed by d. l. 347/2003 (converted into law 39/2004), but not for composition in case of compulsory administrative liquidation and for composition in case of “common” extraordinary administration as provided by d. lgs. 8 July 1999, no. 270.

on the part of the party proposing the arrangement and of the creditors called to approve the proposal, even if through the technique of silent-consent in case of bankruptcy composition as provided by article 128 (2) bankruptcy law²⁹ — will allow abuse by strong creditors to the detriment of the weaker ones³⁰.

The risk of abuse to the detriment of the latter during composition is increased by the fact that: (i) articles 128 and 177 bankruptcy law allocate relevance in voting by creditors to the overall majority, whilst there is no provision for a numerical majority which, in the past, meant that it was necessary to take account of the requirements of the smallest creditors (even if it did encourage opportunistic manoeuvres by them); (ii) provision is made for a possibility to divide creditors into classes, reserving different treatment to creditors belonging to different classes (articles 124 (2) sub-paragraphs a) and b) and 160 (1) sub-paragraphs c) and d) bankruptcy law).

This means that the fate of strong creditors can be separated from that of weak creditors. The risk of this legislative choice is even greater if one takes account of the fact that it forms part of a more general legislative trend that seeks to introduce instruments that facilitate the division of risk for certain creditors as compared to that for other creditors. One only has to think of the admissibility of ear-marked equity (articles 2447-*bis* and ff. Italian Civil Code) and aid in the establishment of financial guarantees (d. lgs. 21 May 2004, no. 170, which implements community directive 2002/47/EC regarding financial guarantee agreements) which also permit strong creditors to differentiate their risk from that of weak creditors.

29 See also article 4-*bis*, paragraph 8, of d. l. 347/2003, converted into law 39/2004, with regard to composition in the context of the specific extraordinary administration procedure, governed by it.

30 This risk is reported by A. Nigro, “*Privatizzazione delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*”, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, pp. 368 s., who points out the opposite risk, or rather that inertia by creditors leads to a lack of success in procedure models which presume they will take action; one only has to think of the possibility, which has been proposed by many, of flight by the committee of creditors in case of small-scale bankruptcies.

This possibility can be avoided if the legislator who — as in the event of reform of bankruptcy procedures — chooses to place voting by creditors at the centre of the institution of composition, as an expression of their independent autonomy, is aware of the need to guarantee minimum necessary conditions for the purpose of allowing independent autonomy to operate.

For this purpose it is necessary to guarantee (in addition to adequate disclosure to creditors) the standardisation of interests held by creditors belonging to the group that is bound by majority decisions.

In this regard it should be reiterated, as I have sought to demonstrate in the past³¹ with reference to previously applicable rules, (reaching negative conclusions in light of the tenor of such regulations) that the majority principle on which creditors' voting on a composition proposal is based, refers to contract law principles — and therefore it is today justifiable, in the context of the private law system that characterises new composition rules — since it operates in the presence of a standardisation of interests held by those voting.

Only in this event, in fact, can a majority decision produce the same effects for all those voting, and therefore there is an instrumental relationship between the decision and the interests of voters and therefore a common interest, which justifies rendering the dissenting minority subject to the majority wishes³².

The two technical principles that can be used to guarantee standardisation of voters' interests, to deal with risks due to conflicts of interest and consequently to justify, in relation to private law con-

31 Cf. R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, in particolare pp. 300 ss.

32 Cf., for example, F. d'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, in particolare p. 336 e p. 341 and F. Galgano, most recently in *La forza del numero e la legge della ragione — Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 204.

cepts, the application of the majority voting principle, are: (i) in the presence of significant interference on the part of atypical interests of voters, the sterilisation of votes; (ii) in case of significant differences between typical interests of creditors, the creation of sub-classes of creditors, each characterised by the standard nature of typical interests of all those who belong to such sub-class, and provision for distinct majorities for each sub-class.

Both techniques are applied in regulations governing votes in shareholders' meetings for joint stock companies. The first technique is used in article 2373 Italian Civil Code, which provides that resolutions approved by way of a vote of shareholders in conflict of interest can be annulled, if they can cause damage to the company (see also article 107 (1) sub-paragraph b), d. lgs. 24 February 1998, no. 58, which for the purposes of approval of an o.p.a. (take-over bid) excludes from the calculation securities held by the offeror, the majority shareholder, including any relative majority, if the holding exceeds 10%, and by persons linked to them).

Application of the second technique is article 2376 Italian Civil Code which, in case of a plurality of categories of shares, requires approval of meeting resolutions that are detrimental to the rights of a category by a special meeting of persons belonging to such category.

It is therefore necessary to understand what margins there are in rules for composition for the purpose of recourse to the techniques described above.

With regard to the first profile (sterilisation of votes in case of significant interference by atypical interests held by voters) in rules governing voting on a composition proposal there is no rule comparable to article 2373 Italian Civil Code.

With regard to the creation of sub-classes of voters, each characterised by internal standardisation of their typical interests, it is necessary to acknowledge that the legislator did not expressly require the formation of various classes in the presence of obvious differences between creditors' interests.

This is undoubtedly open to criticism³³. The legislator reformed composition but did not appear to have a sufficient amount of awareness of the implications of the choice of private law concepts made and, in particular, of the need to provide legal instruments suitable for neutralising the possibility of pollution of voting due to conflicts of interest, caused by atypical interests held by voters and/or by differences between their typical interests.

In truth I believe that it is possible to interpret regulations so as to avoid legislative insufficiencies on this point. In particular I believe that:

(i) with reference to the problem caused by the presence of atypical interests held by voters, it is possible: (a) to apply by analogy exclusions from voting to the composition proposal; (b) to extend to the pre-bankruptcy arrangement with creditors an exclusion from voting on the part of claims held by parent companies, subsidiaries or those subject to common control, expressly provided solely in case of bankruptcy composition (article 127 (6) bankruptcy law); (c) more in general, to require that voters comply with principles of correctness and good faith which, pursuant to articles 1175 and 1375 (and 1337) Italian Civil Code, regulate any expression of a private individuals autonomy and consequently also voting by creditors on a composition proposal³⁴; (d) to apply by analogy article 37-*bis*, paragraph 2, bankruptcy law to voting on the pre-bankruptcy arrangement with creditors, which provides — with reference to new appointments of mem-

33 In the sense that it would be advisable for the legislator to use categories of corporate law in full — since the protection of the minority is a known problem that has been broadly evaluated — in case of voting on composition, unlike that which occurs in bankruptcy law, cf. L. Stanghellini, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006, p. 387.

34 Cfr. F. Guerrera, *Il «nuovo» concordato fallimentare*, in F. Guerrera e altri, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, pp. 145 s., with direct reference to voting on bankruptcy composition. In this regard it appears to me that it can legitimately be asked whether abusive voting not only results in liability on the part of the voter, but also results in the neutralisation of the vote.

bers of the creditors' committee and requests to replace the trustee in bankruptcy — that upon application by one or more creditors, any creditors in conflict of interest are excluded from the calculation of claims and therefore from voting³⁵;

(ii) with reference to the possibility of standardised typical interests held by creditors, the court can (and should) intervene, not only when various classes are established despite the interests held by creditors that form them, but also when provision is made for a sole class of unsecured creditors, despite significant and clear differences in their interests³⁶.

These however are interpretative solutions which, despite having received a few case law controls³⁷, and having certainly led to discussion³⁸, are far from indisputable. This means that an attempt by the legislator to trigger virtuous competition between possible regulations for the satisfaction of creditors by way of composition has led to a situation of objective uncertainty, since it has not been accompa-

35 Conflict of interest is dealt with in article 37-*bis*, paragraph 2, bankruptcy law, using a technique different from that used for voting in joint stock company shareholders' meetings. Bankruptcy regulations result in a true sterilisation of the vote (upon application by one or more creditors) whilst article 2373 (1) Italian Civil Code, merely sets a limit on the exercise of votes (unlike paragraph 2 of the Code regulation), since the resolution approved by way of a determining vote by a party in conflict of interest can only be invalidated if it can cause damage to the company.

36 In consideration of the viewpoints in this work, the theory is expressed in this report in an assertive manner — and I am aware of this. For an illustration of the reasons that lead me to reach the conclusions expressed in summary above please refer to R. Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fallimento*, 2009, pp. 1063 ss. For a fuller formulation of the theory see the detailed monography by M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009.

37 For an indication of certain judicial measures that illustrate an awareness of the matter of standardisation of classes see R. Sacchi, *Dai soci di minoranza*, cit., p. 1070.

38 In fact, with regard to the fact that the division into classes of creditors is a mere right, see for all: M. Sciuto, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 581 e G. Bozza, ad es. *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, pp. 424 ss.

nied by an adequate level of awareness of the implications of the private law choice made.

It also explains, to a certain extent (and perhaps justifies) attempts to restore strong judicial control over composition, by way of fictional constructions which refer to the use by case law of a conceptual category of non-existent meeting resolutions based on laws prior to the reform of joint stock companies.

I refer to the opinion whereby a composition proposal that provides for merely symbolic satisfaction is inadmissible³⁹ and according to which the court, following d. lgs. no. 169, 2007, can criticise the feasibility of the plan⁴⁰ that accompanies the arrangement proposal⁴¹.

39 Cf. B. Inzitari, intervento alla tavola rotonda su *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, by A. Jorio (Atti del Convegno svoltosi a Torino il 23 e il 24 maggio 2008), Milano, 2009, pp. 66 ss., who reports on and upholds a measure issued by the Court of Rome, which excluded the admissibility of a proposal that provided for satisfaction in the amount of 0.03% of unsecured creditors placed in a single class (whilst provision was made for preferred creditors to obtain full satisfaction).

40 See for example, I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2008, pp. 1091 ss. For arguments stating that d. lgs. 169/2007 weakened controls by the judiciary over bankruptcy composition see S. Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, directed by G. Fauceglia e L. Panzani, vol. 2, Torino, 2009, p. 1428, nota 138.

41 Analogies between theories stated in this report and case law constructions of the category of non-existent shareholder meeting resolutions appear to be clear: (i) with regard to composition it is held that the proposal is not a proposal if the level of satisfaction of creditors is scarce and the plan is not a plan if it is not feasible; in both events it is held that the composition proposal must fail to pass judicial evaluation for admissibility; (ii) for joint stock company shareholder meeting resolutions it was stated, prior to the reform (obviously I cannot deal with the issue of whether there are still margins for using the conceptual category of non-existent resolutions following the reform of joint stock companies), that a shareholders' meeting resolution is non-existent if it is devoid of one of the requisites deemed essential by the interpreter for its existence, and therefore regulations under articles 2377, 2378 and 2379 Italian Civil Code (old version) should be disappplied and an action for the purpose of verifying the non-existence of the resolution could be commenced even after expiry of the three month term provided for the purpose of challenging resolutions that can be invalidated.

6. Conclusions

Considerations set out above provide certain clarifications regarding that which can be defined as the “terms and conditions for use” — to use an expression used in debates on legal entities⁴² — of a market for legal or standard rules regulating companies and equity markets.

It is normal to raise some doubts regarding the fact that competition between legal orders —not only corporate law rules but also equity market rules — has a strong impact on the economy, in view of the fact that listing and investment choices are made in the prospect of globalisation.

The creation of a standardised legal framework, at least in relation to baseline issues, can perhaps permit competition to be concentrated on that which should, definitively, greatly concern investors, or rather economic and financial fundamentals for companies.

Alternatively, if one prefers a market for rules, in the hope that this will trigger a *race to the top*, there must be full awareness of the fact— based on experience accrued to date — that this results in the interests of equity investors and debt capital investors with high risk propensity being preferred over those of investors adverse to risk.

This awareness should induce any legislator that intends to encourage competitiveness between legal regulations and domestic equity markets, to achieve reasonable balance between the sacrifice of interests penalised and to avoid this sacrifice when (as in the case of d. lgs. 38/2005 regarding international accounting standards) it is not actually justified by the aims pursued.

The legislative choice to clearly establish that composition is a private law matter, providing that votes by creditors represent the very centre of the institution with the aim of encouraging those for-

42 See F. Galgano, for example, in *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2009, p. 194.

ulating the proposal to select efficient plans that are capable of producing value, must be accompanied by provisions suitable for guaranteeing minimum necessary conditions so that the creditors can exercise their independent choice, which is represented by the expression of their vote.

LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL ¿TIENE QUE SER NECESARIAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA GENERAL?¹

A EXCLUSÃO DE UM SÓCIO DE UMA SOCIEDADE DE CAPITAL DEVE NECESSARIAMENTE SER DELIBERADA PELA ASSEMBLÉIA GERAL?

Mauricio Troncoso Reigada

Resumen: Este artículo pretende argumentar de forma sucinta porqué, en el Derecho español de sociedades de capital, la competencia para acordar la exclusión de un socio no tiene por qué necesariamente recaer en la Junta General, sino que la misma puede ser atribuida por los estatutos de la sociedad a otros órganos sociales, o a un administrador o socio determinado, o incluso a un tercero.

Palabras clave: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, junta general, autonomía estatutaria, exclusión de socios.

Resumo: Este artigo pretende argumentar de forma sucinta o porquê, que no direito espanhol de sociedades de capital, a competência para concordar com a exclusão de um sócio não tem porquê necessariamente recair sobre a Assembléia Geral, mas sim que a mes-

1 Este artículo fue publicado en la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2008, num. 27, pp. 137-145.

ma pode ser atribuída pelos estatutos da sociedade a outros órgãos societários, ou a um administrador ou sócio determinado, ou inclusive a um terceiro.

Palavras-chave: sociedade anônima, sociedade de responsabilidade limitada, assembléia geral, autonomia estatutária, exclusão de sócios.

1. Este trabajo tiene por objeto exponer de forma sucinta las razones por las que es posible mantener que, en el ordenamiento jurídico español, la decisión de excluir no tiene por ser tomada por la Junta General, sino que puede serlo por otro órgano societario o otra persona. Y ello tanto en el caso de las sociedades anónimas, en adelante S.A.² (lo que, como veremos a continuación, resulta bastante

2 Aunque falta en la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en adelante LSA) una regulación propia de la exclusión de socios, parece claro que la medidas previstas en el art. 45 LSA para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de los dividendos pasivos, constituye un supuesto normativizado, en este tipo social, de exclusión del socio moroso, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones (cfr. por todos, Otero Lastres, José Manuel. *Dividendos pasivos (arts. 42 a 46 LSA)*. In Uría, Rodrigo — Menéndez, Aurelio — Olivencia, Manuel. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III (*Fundación de la Sociedad Anónima*). Madrid: Civitas, 1994, pp. 229 y ss., p. 282; Beltrán, Emilio. *Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima, Actualidad Civil*, 1989-1, pp. 697 y ss., p. 706). Junto al mismo, la mayoría de la doctrina considera que, en aquellos supuestos en los que en la S.A. se hayan establecido prestaciones accesorias, cabe también que los estatutos prevean la exclusión del socio que incumple la obligación de realizarlas (cfr. Beltrán, Emilio. *Disolución parcial*, in Montoya Melgar, Alfredo (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Tomo II. Madrid: Civitas, 1995, pp. 2538 y ss., p. 2539; Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Sociedad anónima y exclusión de socios*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, pp. 336 y ss., p. 357 e *ibi* abundante bibliografía; *contra*, no obstante, Bonardell Lenzano, Rafael — Cabanas Trejo, Ricardo. *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 27-30). En nuestra opinión, no existen razones para restringir la utilización de este instituto general a todo el derecho de sociedades en este concreto tipo social, de manera que consideramos, siguiendo a nuestra más atenta y moderna doctrina (cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *La exclusión de socios*. In Paz-Ares, Cándido (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 887 y ss., p. 890 n.4, y sobre todo los argumentos expuestos en Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)*, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al*

claro al menos en parte, vgr. posibilidad de otorgarle esta facultad al órgano de administración), como de las sociedades de responsabilidad limitada, en adelante S.L.³

2. Ciertamente, para poder mantener esta posición con respecto a estas últimas es necesario solventar el problema derivado del

Profesor Justino F. Duque, Vol. 1. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998, pp. 89 y ss., p. 108, donde además se rebate la posición contraria que ha sido mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16-IX-1983 —*Rep. Aranzadi* 7016-), que cabe establecer otras causas de exclusión en los estatutos de una S.A, aun faltando en la LSA un precepto similar al art. 98 II de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) [por la afirmativa, también, Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, pp. 358 y 360; Fernández del Pozo, Luis. *La amortización de acciones y las acciones rescatables*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 45-46 y 162-163, entre otras; también parece inclinarse por este posición, al menos por lo que hace referencia a las sociedades anónimas pequeñas y cerradas, Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentario a los arts. 98 a 103 LSRL*. In Arroyo, Ignacio — Embid, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 967 y ss., p. 971; *contra*, Cabanas Trejo, Ricardo. *Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y derecho de retracto*, *Praxis Boletín de Información Mercantil*, Mayo 1992, pp. B-13/2 y ss. p. B-13/10; Cabanas Trejo, Ricardo — Calavia Molinero, José Manuel (coord.). *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Barcelona: Editorial Praxis, 1995, p. 662); Bonardell Lenzano, Rafael — Cabanas Trejo, Ricardo. *Separación y Exclusión*, pp. 27-30; Sánchez Rus, Heliodoro. *La amortización forzosa de acciones en el derecho español*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 11, pp. 205 y ss., p. 210].

3 Curiosamente, nuestra doctrina no se ha ocupado de este problema, habiéndose centrado más bien en la cuestión de si, en el procedimiento extrajudicial de exclusión, la legitimación para excluir debe ostentarla la sociedad, tesis corporativa, o, por el contrario han de tenerla los socios (vid la alusión a la misma en Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentarios*, p. 979, con referencias doctrinales de las dos posturas).

En nuestra opinión, esta controversia es secundaria, en la medida en que a lo único a lo que se refiere es, a falta de regulación expresa, a quién debe corresponderle naturalmente esta competencia, cuestión que, con mayor o menor acierto (en función lógicamente de las posturas que previamente se mantuvieran), ha sido ya resuelta positivamente para las S.L. (otra cosa es lo que ocurre con respecto a la S.A., donde ante la ausencia de una reglamentación algún autor ha considerado que la postura más coherente sería entender que son los otros socios los que deberían ostentar la legitimación; cfr. Gutiérrez Gilsanz, Javier, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, p. 360), en el sentido de atribuírsela a la Junta General, esto es, a favor de la tesis corporativa (cfr. art. 99 LSRL); lo cual no resulta óbice para que, dado que como veremos a continuación no hay base para sustentar que ésta es una competencia exclusiva de la Junta General, los estatutos no puedan realizar una atribución distinta.

hecho de que el art. 99 LSRL aluda a la Junta General como al órgano al que le corresponde tomar la decisión de excluir a un socio⁴.

En nuestra opinión, sin embargo, este obstáculo no es tal en la medida en que debe entenderse, siguiendo a nuestra más moderna y atenta doctrina, que la regulación del procedimiento de exclusión contenida en los arts. 99-102 LSRL tiene carácter dispositivo⁵. A favor de este planteamiento militan, a nuestro juicio, distintos argumentos.

En primer lugar, y desde una perspectiva de filosofía jurídica, porque se debe considerar que en esta cuestión rige, como por principio ocurre en materia de Derecho de Sociedades y, en general, de Derecho privado, el principio de autonomía de la voluntad, concretizado en este sector del ordenamiento jurídico en el principio de libertad estatutaria (art. 12.3 LSRL)⁶.

4 Así, el art. 99.1 LSRL afirma: “La exclusión requerirá acuerdo de la Junta General. En el acta de la reunión se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor”. Es necesario indicar que la mayoría de nuestra doctrina parece leer el art. 99 LSRL en clave imperativa, entendiendo que es preciso siempre un acuerdo de la Junta General (así, por ejemplo, véase por todos, García Villaverde, Rafael. *Exclusión de socios*. In Rodríguez Artigas, Fernando *et al.* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo II. Madrid: Mac Graw-Hill, 1996, pp. 1023 ss., pp. 1032-1038; Cabanas Trejo, Ricardo — Calavia Molinero, José Manuel (coord.), *Ley*, pp. 667-668; Rodríguez Martínez, José Domingo. “Separación y exclusión de socios”. In Bercovitz, Alberto (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 627 y ss., p. 641; Leña Fernández, Rafael — Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*. Granada: Comares, 1997, p. 113); éste es también el planteamiento del art. 208.1.1º del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), en la medida en que, para poder inscribir la exclusión, exige que en la correspondiente escritura pública conste necesariamente el acuerdo de la Junta General o el testimonio de la resolución judicial firme.

5 Cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 887 y 908. Parece inclinarse también por esta posición, Mellado Rodríguez, Manuel. *Separación y exclusión del socio de la sociedad de responsabilidad limitada*. In Nieto Carol, Ubaldo. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 921 y ss., p. 945.

6 Cfr. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 887 y 908. *Contra*, Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Comentario a los arts. 95 a 102 LSRL*. In AaVv., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Madrid: Colegios Notariales de España, 1995, pp. 435 y ss., p. 448 el cual afirma que «es lógico que a la gran libertad en la regulación de las causas de exclusión corresponda una mayor rigidez en el procedimiento» (v. también afirmando el carácter imperativo del procedimiento

En segundo lugar, porque no se ven razones por las cuales el carácter dispositivo se afirma con respecto a un elemento tan importante del procedimiento como son las vías de vehiculización y no se deba aceptar con relación al resto de las cuestiones de procedimiento. En efecto, a la hora de ocuparse de las formas de instrumentalizar la exclusión de un socio, numerosos autores han venido manteniendo que, junto a la amortización (que ya se encontraba prevista en el primitivo tenor literal del art. 102 LSRL), también es posible acudir no sólo a la adquisición por la sociedad de las participaciones del socio afectado (posibilidad que ya venía siendo afirmada por un sector de la doctrina con anterioridad a que haya sido positivizada por la nueva redacción que de los arts. 102 y 40.1 LSRL ha efectuado la ley 7/2003, de 1 de abril), sino también a la posibilidad de imponerle al socio excluido una transmisión en favor de otro socio o incluso un tercero⁷. Pues bien, la pregunta que procede hacerse es, si la regulación del procedimiento de exclusión contenida en la LSRL es dispositiva en este punto, no se ve porque no lo pueda ser en otros, puesto que no existe ninguna razón para diferenciar unos de otros; esto es, no se ve porqué unos preceptos van a ser imperativos y otros dispositivos, cuando del texto de estos artículos no se deduce ninguna diferencia: *ubi lex non distinguere, nec nos distinguere debemus*.

Y, por último, un argumento de carácter valorativo. Mantener lo contrario llevaría a una injustificada e insostenible contradicción de

recogidos en los arts. 99 y ss. LSRL, Leña Fernández, Rafael — Rueda Pérez, Manuel Ángel. *Separación y exclusión*, p. 112). Como acertadamente rebate Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, p. 908, n. 44, «el argumento no convence porque nuevamente se invierte indebidamente la carga de la argumentación sobre el carácter imperativo». Acerca de los límites a esta configuración, v. Alfaro Aguila-Real, Jesús. *Tratando*, pp. 908-913.

7 Por todos, García Villaverde, Rafael. *Exclusión de socios*. In *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario de la Revista de Derecho de Sociedades, 1994, pp. 367 y ss, p. 378 (con respecto al Derecho Proyectoado); y ya con referencia al antiguo tenor del art. 102 LSRL, v. García Villaverde, Rafael. *Sociedades de responsabilidad limitada*, pp. 1044-1045 (aunque no resulta del todo claro si es una verdadera opción posible o un mero *desideratum*); Gutiérrez Gilsanz, Javier. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999, 12, p. 362, con ulteriores referencias.

valoración con respecto a lo que ocurre en sede de S.A. En efecto, si en este último tipo social debe entenderse que los estatutos pueden regular, en gran medida, la exclusión de un socio que incurre en mora de todas sus acciones y, sobre todo, gozan de amplia libertad para establecer un procedimiento de exclusión del socio incumplidor de la obligación de realizar prestaciones accesorias, resultaría un contrasentido mantener que en sede de S.L. el margen de libertad estatutaria es menor, cuando precisamente se supone que este último tipo social está dotado de un mayor grado de flexibilidad y libertad.

3. Este carácter dispositivo que, como regla general, cabe predicar de todo el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL, debe también predicarse del art. 99 LSRL, puesto que no existen razones que puedan justificar que se trata de un precepto de *ius cogens* y, por tanto, que estemos en presencia de una excepción a esta regla.

En concreto, consideramos que no es posible alegar motivos basados en un reparto de competencias entre los órganos societarios. Desde nuestro punto de vista, no nos encontramos ante una competencia propia de la Junta General⁸, pero que resulta delegable (lo que sería otro camino para poder atribuir su ejercicio a otros, si bien, no como propia —i.e. ex estatutos—, sino por delegación —ex acuerdo en este sentido—), sino que no es una competencia propia (en el sentido de exclusiva) de la Junta, por lo que puede ser asignada por los estatutos directamente a otros órganos —vgr. a los administradores—, incluso, a alguna/s persona/s en concreto.

8 Contra, Esteban Velasco, Gaudencio. *Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley*. In Rodríguez Artigas, Fernando *et altri* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I. Madrid: Mac Graw-Hill, 1996, pp. 549 y ss., pp. 564-566, el cual, a pesar de considerar que el modelo legal de distribución de competencias no viene configurado de manera rígida, de forma que sería susceptible de modificación vía estatutos, parece mantener que la exclusión de socios es competencia exclusiva e indiscutible de la Junta General; v. también en este último sentido, Garrido de Palma, Víctor. *La exclusión de socios. Su expulsión del seno social*. In Garrido de Palma, Víctor — Sánchez González, José Carlos — Gardeazábal del Río, Francisco Javier — Aranguren Urriza, Francisco José — Garrido Chamorro, Pedro. *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo II. Madrid: Trivium, 1998, pp. 143 y ss., p. 162.

A favor de entender que la referida competencia no es exclusiva de la Junta General milita un argumento de carácter sistemático-valorativo. En efecto, si contemplamos esta cuestión en sede de S.A., observaremos como resulta especialmente significativo que con respecto al único supuesto positivizado de exclusión (el del socio incumplidor de la obligación de pago de los dividendos pasivos, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones; cfr. art. 45 LSA), se entienda que es el órgano de administración el que ostenta esta competencia⁹. Pues bien, si esto es así en la S.A. no se ve porqué (no existe ninguna *ratio* que lo justifique) los estatutos no pueden proveer la misma solución en la S.L.. Mantener lo contrario supone incurrir en una clarísima contradicción de valoración.

4. En consecuencia, si el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL es dispositivo, la sociedad goza de libertad para configurar el órgano decisorio. O dicho de otra forma, el hecho de que el art. 99 prevea que le corresponda a la Junta General tomar la decisión de excluir sólo significa que ésta es la solución supletoria, para el caso de que los socios no dispongan otra cosa con respecto a esta cues-

9 V. Martínez Jiménez, María Isabel. *Comentarios*, p. 979. Distinto, implícitamente, es el planteamiento de Otero Lastres, José Manuel. *Comentario*, pp. 282-283, el cual considera que «la amortización de las acciones y la consiguiente reducción del capital social deberán ser decididas por la Junta general de accionistas con los requisitos exigidos para la modificación de los Estatutos (art. 164.1 LSA)» (en el mismo sentido, Beltrán, Emilio. *Los dividendos pasivos*. Madrid: Civitas, Madrid, 1988, p. 80; Beltrán, Emilio. *E.J.B.C.*, p. 2540; en un contexto distinto, el del ejercicio del derecho de separación, mantiene también que la Junta General es el único órgano competente para acordar tanto la amortización, como la reducción de capital Brenes Cortes, Josefa. *El derecho de separación del accionista*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 511). Comparando la posición de estos autores con respecto a la competencia para acordar una reducción de capital, consideramos sin embargo, que ello no significa que la Junta General sea también la competente para acordar la amortización. En nuestra opinión, esta cuestión debe ser resuelta (por que no existen razones que lleven a lo contrario) de la misma forma que con respecto al otro instrumento alternativo que está a disposición de la sociedad para vehicular la exclusión del socio moroso: la enajenación forzosa de sus acciones; pues bien, si los administradores son los competentes para proceder a la misma (v. Beltrán, Emilio. *E.J.B.C.*, p. 2540), también deben serlo para acordar su amortización, en el caso de que no sea posible efectuar la referida enajenación.

tión, pero no impide, en consonancia con su carácter dispositivo, que los estatutos puedan atribuir esta competencia a otros sujetos.

a) Así, comenzando con el supuesto más sencillo, ningún problema existe, desde nuestro punto de vista, para que los estatutos encomienden esta decisión al *órgano de administración*¹⁰. Y ello, tanto si le dejan libertad al respecto (i.e. prevén lo que podríamos denominar como una cláusula de exclusión facultativa), como si le imponen la obligación de acordar la exclusión de un socio, en el caso de que se den determinadas circunstancias (i.e., establecen lo que podríamos calificar como una cláusula de exclusión imperativa). Si ambas opciones son posibles cuando la competencia le corresponde a la Junta General, no se ve porque no pueden serlo cuando los estatutos atribuyan esta decisión al órgano de administración (es más, y como factor coadyuvante, existe un cierto paralelismo, en nuestra opinión, con lo que sucede con determinadas cláusulas restrictivas a la transmisión; en concreto, entre las primeras y las cláusulas de consentimiento que permitan otorgar o denegar la autorización si concurren —o no concurren— ciertas circunstancias, cuando esta competencia le corresponda al órgano de administración, cosa que en el supuesto de las S.A. será lo que suceda, salvo que los estatutos otorguen esta facultad a otra persona —cfr. 63.3 II LSA-, mientras que en la S.L. deberá preverse expresamente en ellos —cfr. arts. 24.2 y 29.2 LSRL-).

b) Mas las posibilidades no se circunscriben a éstas. En este sentido, cabe también conferir la facultad de excluir a *otros órganos sociales*¹¹ (tanto si han sido creados para desempeñar asimismo otras

10 En sede de S.L., alude también a la posibilidad de que las cláusulas estatutarias atribuyan a los administradores esta decisión, Alfaro Aguila-Real, Jesús. Tratando, p. 909; en la doctrina alemana v. Soufleros, Illias. Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1983, p. 9. *Contra*, Garrido de Palma, Víctor. *Sociedad de responsabilidad limitada*, II, p. 162.

11 Acerca de la posibilidad de que, al menos en la S.L., los estatutos puedan crear órganos sociales facultativos, esto es, prevean otros distintos de la Junta General y del órgano de administración, v. Esteban Velasco, Gaudencio. *Sociedades de responsabilidad limitada*, p. 558.

funciones, como si lo han sido específicamente con esta finalidad¹²), *a un administrador o administradores en concreto o a un/os socio/s*¹³.

c) A nuestro parecer, cabe incluso otorgar esta competencia a *un tercero ajeno a la relación social*¹⁴. A favor de esta solución milita un argumento sistemático: si es posible que los estatutos configuren una cláusula de autorización en la que se atribuya a un tercero la facultad de consentir¹⁵ o que incorporen una obligación de transmisión en la que el acreedor de la misma sea un tercero (cfr., para la S.L.

12 Si se admite la posibilidad de que los estatutos puedan crear órganos *ad hoc* para decidir sobre la autorización o no de una concreta transmisión (cfr. Perdices, Antonio. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid: Civitas, 1997, p. 64), no vemos porqué no se puede admitir la creación de órganos estatutarios que tengan por misión tomar las decisiones en materia de exclusión.

13 V. con respecto a la posibilidad de conferírsela a un socio, Alfaro Aguila-Real, Jesús. Tratando, p. 909.

14 En nuestra opinión, no existen obstáculos para que en los estatutos se establezcan, en general, derechos a favor de terceros. En este sentido, resulta significativo que, como comentaremos a continuación, el art. 188.3 RRM admita la posibilidad de cláusulas estatutarias que prevean la obligación de transmitir a un tercero las participaciones de una S.L. cuando concurren circunstancias que estén expresadas de forma clara y precisa, esto es, que prevea que los estatutos puedan conceder a terceras personas el derecho a adquirir las participaciones en determinadas circunstancias. O que el art. 188.2 RRM reconozca que los estatutos pueden concederles un derecho de adquisición preferente. En Alemania parece discutirse el carácter estatutario, en sentido material, de las cláusulas que atribuyan derechos a favor de terceros. Mientras que algunos autores lo niegan (v. por todos, Ulmer, Peter. *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?*. In *Festschrift Winfried Werner*. Berlin — New York: Walter de Gruyter, 1984, pp. 911 y ss., pp. 922-925), otros no se muestran tan tajantes (cfr. Emmerich, Volker. §2 (Form des Gesellschaftsvertrages). In *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44). Köln: Verlag Otto Schmidt KG, 9 Aufl., 2000, pp. 207 y ss. Rdn. 11, pp. 211-212). No faltan los tratadistas que se limitan a indicar que los estatutos pueden delegar competencias en manos de terceros (así, Lutter, Marcus — Hommelhof, Peter. *GmbH-Gesetz Kommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 15. Aufl., 2000, §46, Rdn. 1, p. 702). Con respecto a la S.A., la propia *Aktiengesetz* se refiere en distintos parágrafos a la posibilidad de conceder a terceros *Sonder-vorteilen* (cfr. por ejemplo, el §26).

15 Mientras que la admisibilidad de este tipo de cláusulas para las S.L es clara [v. por todos, Sánchez González, José Carlos. *Transmisión de participaciones sociales*. In GARRIDO DE PALMA, Víctor — GARRIDO CHAMORRO, Pedro — GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier — SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos — ARANGUREN URRIZA, Francisco José. *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo I. Madrid: Trivium, 1996, pp. 699 y ss., pp. 712 y 716-718], la

el art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM)¹⁶, no se ve por qué no debe permitirse conferir a un tercero la

cuestión puede parecer discutible en relación a las S.A. [así, la doctrina se muestra dividida; mientras que algunos autores se muestran contrarios, *vid.* por ejemplo, Galán López, Carmen, *Cláusulas de «autorización» o «consentimiento» a la transmisión de acciones*. In Alonso Ureba, Alberto. — Duque Domínguez, Justino — Esteban Velasco, Gaudencio — García Villaverde, Rafael — Sánchez Calero, Fernando (coord.). *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Vol. 2. Madrid: Civitas, 1994, pp. 1033 y ss., pp. 1114-1117, esp. 1116; no faltan voces favorables a la admisibilidad, cfr. la autorizada opinión de Perdices, Antonio. *Cláusulas*, pp. 56-62], puesto que el art. 123.2 RRM establece que «[l]os estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión». No obstante, en nuestra opinión, el mismo no resulta óbice para la admisibilidad de este tipo de cláusulas también con respecto a la S.A., dado que la citada norma reglamentaria es un precepto nulo en la medida en que, sin apoyo legal, establece restricciones a la autonomía de la voluntad [en este sentido, no faltan tampoco autores que se muestran también críticos con este precepto; v. De la Cámara Álvarez, Manuel. *Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de sociedades anónimas*. AASN, Tomo IV, *Homenaje al Profesor Jordano Barea*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 245 y ss., pp. 270-271, el cual afirma que «el reglamento excede del ámbito de su competencia al negar una posibilidad no prohibida por la Ley»].

16 De esta opinión, en relación precisamente con las cláusulas que prevén un *Abtretungspflicht* se manifiesta también la doctrina alemana [v. Hueck, Alfred. *Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH. Der Betrieb*, 1957, pp. 37 y ss., p. 40; Wiedemann, Herbert. *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 439; Soufleros, Ilias. *Ausschließung*, pp. 286 y 288; Zutt, Jürg. *Anb §15*. In *Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar*, Erster Band (Allgemeine Einleitung; §§1-34). Berlin – New York: Walter de Gruyter, 8. Aufl., 1992, pp. 674 y ss., Rdn. 89 p. 708; Winter, Heinz. *§15 (Übertragung von Geschäftsanteilen)*. In *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44). Köln: Verlag Otto Schmidt KG, 9 Aufl., 2000, pp. 737 y ss., Rdn. 181 p. 870; a pesar de la oposición inicial de algún autor, cfr. Wilhelmi, Hans — Wilhelmi, Sylvester. *Godin/Wilhelmi Aktiengesetz vom 6. September 1965 Kommentar*. Berlin: Walter de Gruyter, 3. Aufl., 1967, §237, Anm. 12 pp. 1249-1250]. Esto, que para la S.L. se encuentra ya previsto con carácter general por el art. 188.3 RRM para todos los casos en los que los estatutos establezcan una obligación de transmisión, cabe también mantenerlo con respecto a la S.A. [de esta misma opinión se muestran De la Cámara Álvarez, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. I. Madrid: Edersa, 2ª ed., 1977, p. 620 n.2; Garrido de Palma, Víctor — Sánchez González, José Carlos. *La sociedad anónima en sus principios configuradores*. In Garrido de Palma, Víctor. (dir.). *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 21 y ss, p. 52; García de Enterría, Javier. *Las acciones rescatables*. *La Ley*, 1999, 4, pp. 1694 y ss., p. 1697], no sólo porque, de nuevo, no parece que una cláusula de estas características atente contra los arts. 10 LSA y 1255 Código Civil, sino también por un puro y simple argumento sistemático: si es pacífica, hasta para el propio RRM (cfr. art. 123.3 RRM), la admisibilidad de

decisión acerca de la exclusión de un socio. Pensemos por ejemplo, en el caso de un padre que constituye una sociedad para sus hijos, sin entrar a formar parte de ella; si es posible otorgarle la facultad de autorizar las transmisiones o de rescatar las participaciones, ¿porque los estatutos no pueden también decidir que sea a él a quién le corresponda la competencia para excluir a un socio, cuando es claro y evidente que la atribución de todas estas facultades obedece a la misma *ratio*, controlar la composición interna a efectos de que no existan desviaciones con respecto a la finalidad para la que la sociedad fue creada (en este sentido, resulta obvio que la atribución al patriarca de esta última competencia sirve para “ayudar a cerrar” el círculo de salvaguardia de la referida *ratio*, puesto que desempeña una función complementaria, permitiendo cubrir todo un espectro de conductas que no pueden ser controladas a través del ejercicio de las otras facultades)?

Es más, la atribución a un tercero, puede en ocasiones permitir un mejor ejercicio de esta facultad (en el sentido de un ejercicio a priori más objetivo), dado que éste puede ser elegido por los socios en función de su cualificación e independencia (del mismo modo en el que se elige a un árbitro, por ejemplo, para determinar el valor de las participaciones de cara a una transmisión), por lo que esta solución puede servir de instrumento de protección de las minorías, dado que el encomendársela a un tercero les puede inspirar más confianza.

5. En definitiva, consideramos que en el Derecho español de sociedades de capital la decisión de excluir a un socio no tiene porqué ser necesariamente tomada por la Junta General, de forma que los estatutos de la S.A. o de la S.L. pueden encomendársela a otros órganos sociales, o a un/os administrador/es o socio/s determinado/s, o incluso a un/os tercer/os.

las cláusulas que establezcan, con la mayor amplitud, un derecho de adquisición preferente a favor de terceros, no se ve porqué debe rechazarse la admisibilidad de una estipulación prima hermana de la anterior, como sería la que estableciera una obligación de transmisión a favor de terceros.

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DA LEI DE FALÊNCIAS¹

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE EXPECTATION UNDER THE BRAZILIAN BANKRUPTCY LAW

Valter Shuenquener de Araújo

Resumo: Este artigo tem como propósito primordial apontar a relevância do princípio da proteção da confiança para o regular desenvolvimento da atividade empresarial. Além disso, o trabalho analisa o papel do princípio da proteção da confiança na tutela do empresário em estado de insolvência bem como de seus credores. A própria Lei de Falências e de Recuperação volta sua preocupação para a tutela das expectativas legítimas dos empresários em alguns dispositivos que serão analisados no trabalho.

Palavras-chave: Princípio da proteção da confiança. Falência. Decisão judicial. Invalidação. Assembléia geral. Boa-fé. Segurança Jurídica.

Abstract: This paper has as its main purpose to show the importance of the principle of legitimate expectation to the regular development of business activity. Besides, this text intends to analyse the legitimate expectation principle role in the life of the entrepre-

1 Algumas das principais ideias defendidas neste artigo podem ser encontradas com maior profundidade no livro fruto de minha tese de Doutorado *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

neur in an insolvency state and of his creditors. The bankruptcy law has a major concern on the protection of the legitimate expectation in some of its articles which will be studied throughout this paper.

Keywords: Legitimate expectation principle. Bankruptcy. Judiciary decision. Annulment. General assembly. Good faith. Legal certainty.

Sumário: I — Apresentação. II — Do princípio da proteção da confiança. III — Lei de Falências e a tutela da confiança. 3.1 — Artigo 39, §§2º e 3º. 3.2 — Artigos 60 parágrafo único e 141 inciso II. 3.3 — Artigo 199 §§1º e 2º. IV — Conclusões.

I. Apresentação

Após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei nº 11.101/05 surgiu trazendo uma gama de novidades ao processo falimentar que já foram, em sua maioria, analisadas detidamente pela doutrina. O objetivo deste trabalho não é, portanto, o de comentar, por mais uma vez, o que a lei falimentar trouxe de novo, pois isso já foi feito em abundância. Temas como a nova ordem de prioridade de pagamento na falência, a majoração do período suspeito, o plano especial de recuperação do pequeno empreendedor e como a possibilidade de venda antecipada dos bens já foram substancialmente investigados. O propósito aqui é outro. Procuramos analisar como há, ao longo da Lei nº 11.101, dispositivos que voltaram sua atenção para a tutela de expectativas legítimas dos que por ela são afetados.

A atividade empresarial precisa desenvolver-se em um ambiente seguro, em um cenário dotado de previsibilidade garantida pelo Estado. Quando o Estado desestabiliza relações jurídicas e cria normas capazes de proporcionar incertezas no desenvolvimento dos negócios, isso origina obstáculos para o crescimento de um país. Segurança jurídica e tutela de expectativas legítimas são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico, para o progresso de relações mais complexas entre os atores de um mercado e se mostram rele-

vantes no regramento jurídico daqueles empresários que se encontram em um estado de insolvência. A Lei nº 11.101 teve, portanto, de se preocupar com a proteção das expectativas legítimas dos empresários que se encontram em dificuldades financeiras e de seus credores.

Após comentarmos o papel que o princípio da proteção da confiança pode desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive de forma a tutelar o empresário diante da atuação estatal, analisaremos alguns dispositivos da Lei nº 11.101 em que houve uma preocupação específica com a proteção da confiança.

II. Do princípio da proteção da confiança

A confiança é uma condição fundamental para a sobrevivência de um ordenamento liberal e democrático². É ela que vai inspirar o consenso fundamental (*Grundkonsens*) entre os indivíduos que será necessário para a criação de todas as instituições e normas estampadas na Constituição³. De acordo com a avaliação de HARTMUT MAURER, a confiança é um elemento essencial de todos os ordenamentos jurídicos e ela é algo capaz de transformar, por completo, a relação entre o Estado e o cidadão, fazendo com que os interesses e expectativas deste último sejam observados e estimulados pela ordem jurídica⁴. Não é por outro motivo que PETER HAAS inicia sua

2 MAURER, Hartmut; ISENSEE, Josef (Org.); KIRCHHOF, Paul (Org.). *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Das Handeln des Staates*. Heidelberg: C.F. Müller, 1996, p. 215.

3 HUBER, Hans. HÄFELIN, Ulrich (Org.); HALLER, Walter (Org.); SCHINDLER, Dietrich (Org.). *Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat*. In: *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie. Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi*. Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1979, p. 194.

4 *Ibidem*, loc. cit. MARTIN BULLINGER defende o mesmo. BULLINGER, Martin; WÜRTEMBERGER, Thomas (Org.) et al. *Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritis-*

tese sobre o princípio da proteção da confiança no Direito Tributário, que o fez obter o grau de doutor na Universidade de Saarland, afirmando que “sem confiança é impossível a vida dos homens em sociedade”⁵. Sem confiança, a vida torna-se inviável⁶.

As oportunidades que o futuro proporciona dependem de nossos projetos do presente: o futuro é o horizonte de possibilidades do presente⁷. O Estado, que deriva sua autoridade do poder oriundo da comunidade e atua em nome dela, não pode, no dizer de BARROSO, “ferir as expectativas que cria em seus próprios constituintes”⁸.

Decisões tomadas por uma geração não devem apenas considerar as necessidades do presente e do futuro. Sobre o assunto, são valiosas as palavras de HABERMAS no sentido de que “cada geração actual é responsável não só pelo destino das gerações futuras como também pelo destino sofrido em inocência pelas gerações passadas”⁹. Há uma forte conexão entre as gerações (do passado, do presente e

cher Sicht — Mit einem Reformvorschlag. In: *Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich*. Berlin: Arno Spitz, 2002, p. 143.

5 No original: *Obne Vertrauen ist menschliches Zusammenleben nicht möglich*. HAAS, Peter. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de Saarland em 1988, p. 2.

6 STICH, Rudolf Franz. *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*. Neustadt an der Weinstrasse: Pfälzische Verlaganstalt GmbH, 1954, p. 3.

7 KIRSTE, Stephan. TROPER, Michel (Org.); VERZA, Annalisa (Org.). The Temporality of Law and the Plurality of Social Times — The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), New York, June 24-30, 1999*, Stuttgart, ARSP Beiheft n. 82, Franz Steiner, 2002, p. 26-27.

8 BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005, p. 281.

9 HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990, p. 25.

do futuro) que não pode ser destruída impunemente pelo Estado. As necessidades do presente e, sobretudo, as do futuro são relevantes. No entanto, as expectativas que favorecem aqueles que nasceram mais cedo não podem ser irresponsavelmente demolidas para satisfazer, irrestritamente, as demandas daqueles que nasceram mais tarde. Deve existir, como pontifica HABERMAS, “uma solidariedade dos que nasceram mais tarde com aqueles que os precederam”¹⁰. Trata-se de uma incumbência do momento presente olhar para o horizonte à sua frente, mas sem destruir toda a imagem do passado. O passado também merece respeito. É dessa maneira, inclusive, que deve ser compreendido o “princípio da justiça entre gerações” (*Grundsatz der intergenerationellen Gerechtigkeit*), conceito que remonta à idéia de que um povo corresponde ao somatório de todas as gerações¹¹.

Um dos maiores problemas dos tempos atuais na visão de STEPHAN KIRSTE é a gigantesca ampliação das possibilidades do futuro. Segundo o referido professor da faculdade de Direito de Heidelberg, “tudo é permanentemente questionado e sujeito a uma alteração que não é limitada por regras secundárias. O homem possui um permanente medo do futuro”¹². Tem havido um excessivo aumento das possibilidades de desenvolvimento da humanidade e isso pode perigosamente potencializar a desestabilização de projetos futuros e a destruição de expectativas de particulares¹³. Vivemos em um período

10 Ibidem, loc. cit.

11 BRUGGER, Winfried. *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 177.

12 No original: “*everything is permanently in question and subject to a change that is not limited by secondary rules. Man is in permanent fear of the future (...)*”. KIRSTE, Stephan. TROPER, Michel (Org.); VERZA, Annalisa (Org.). The Temporality of Law and the Plurality of Social Times — The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), New York, June 24-30, 1999*, Stuttgart, ARSP Beiheft n. 82, Franz Steiner, 2002, p. 31.

13 Pela sua relevância, o estudo acerca da racionalidade das expectativas também tem sido

do de total incerteza em que as opiniões são volúveis e os compromissos vagos¹⁴.

Nesse contexto, a confiança desempenha o papel de generalizar expectativas de comportamento. Ela reduz a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas¹⁵. Um dado faltante sobre um possível comportamento dentre vários é substituído por um sentimento de segurança que é garantido internamente¹⁶. Onde existe confiança, há, portanto, maiores possibilidades de ação¹⁷. Para LUHMANN, “quem demonstra confiança, antecipa o futuro”¹⁸. Ela torna o futuro mais seguro. Aquele que confia em algo age como se apenas certas possibilidades futuras existissem, todas elas

feito no âmbito das Ciências Econômicas para auxiliar na antecipação de eventos futuros no mercado. Sobre o assunto, consulte HOLDEN, K.; PEEL, D. A. e THOMPSON, J. L. *Expectations: Theory and Evidence*. London: Macmillan, 1985; SHEFFRIN, Steve M. *Rational Expectations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; e PESARAN, M. Hashem. *The Limits to Rational Expectations*. New York: Basil Blackwell, 1989. Sobre o papel do estudo da confiança nas relações econômicas, consulte GUINNANE, Timothy W. Trust: A Concept Too Many. *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte. Economic History Yearbook. Vertrauen/Trust*, 2005/1, Köln: Akademie, 2005, p. 77-92 e OGILVIE, Sheilagh. The Use and Abuse of Trust: Social Capital and its Deployment by Early Modern Guilds. *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte. Economic History Yearbook. Vertrauen/Trust*, 2005/1, Köln: Akademie, 2005, p. 15-52.

14 As expressões são de ANDERSON SCHREIBER. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2003, p. 2.

15 SCHAAL, Gary S. *Vertrauen, Verfassung und Demokratie. Über den Einfluss konstitutioneller Prozesse und Prozeduren auf die Genese von Vertrauensbeziehungen in modernen Demokratien*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004, p. 43.

16 Nesse sentido, BARBARA MISZTAL. MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The Search for the Bases of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 73; e LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 105.

17 LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 7-8.

18 No original: *Wer Vertrauen erweist, nimmt Zukunft vorweg*. LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 8.

com suporte na confiança, o que provoca a redução da complexidade social¹⁹.

Por meio da confiança, são criadas condições básicas para o processo de interação social e é através dela que essas relações se estabilizam²⁰. Ela serve, portanto, como um mecanismo para a estabilização de expectativas²¹. É preciso, no entanto, reconhecer que a confiança não tem a capacidade de afastar todos os perigos próprios do futuro. Toda situação de confiança pressupõe, na lição de PETERMANN, uma dose de incerteza (*Ungewissheit*) e compreende a possibilidade de sua frustração (*Enttäuschung*)²². Contudo, a despeito disso, ficam reduzidas as chances de frustração de uma expectativa oriunda de uma relação em que a confiança está presente, uma vez que o rompimento da confiança (*Vertrauensbruch*) acarreta, usualmente, prejuízos maiores que aqueles oriundos de sua preservação²³.

Reduzindo a hesitação nas relações sociais, a confiança atua como um mecanismo protetor hábil a evitar o caos e a desordem. Serve para conter a insegurança por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos²⁴. A confiança de uma pessoa na concretização das suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social²⁵. Ela vai viabilizar as relações sociais por meio de uma estabilidade que é alcançada

19 PETERMANN, Franz. *Psychologie des Vertrauens*. Salzburg: Otto Müller, 1985, p. 10.

20 ENDRESS, Martin. *Vertrauen*. Bielefeld: Transcript, 2002, p. 11.

21 Para um aprofundamento sociológico do tema confiança, consulte ENDRESS, Martin. *Vertrauen*. Bielefeld: Transcript, 2002, p. 30.

22 *Ibidem*, p. 9.

23 LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3. durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 24.

24 Sobre o tema, consulte MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The Search for the Bases of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 97.

25 Nesse sentido, NIKLAS LUHMANN. *Idem, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3. durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 1.

pela existência de expectativas recíprocas. Com ela, o passado se estende para o futuro e o potencial de modificação inesperada das relações sociais é reduzido, o que torna possível o convívio entre os seres humanos²⁶.

Nesse diapasão, o princípio da proteção da confiança vai desempenhar o papel de tutelar expectativas legítimas criadas nos cidadãos. Ele precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do cidadão diante de mudanças de curso inesperadas promovidas pelo Legislativo, Judiciário e pelo Executivo²⁷. Ele tem como propósitos específicos preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento²⁸. Trata-se de um instituto que impõe freios contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortejar a confiança dos administrados²⁹. Serve como uma justa medida

26 Nesse sentido, ULRICH PREUSS. PREUSS, Ulrich K.. Vertrauensschutz als Statusschutz. *JA (Juristische Arbeitsblätter)*, 9º Ano. Berlin: J. Schweitzer, 1977, p. 313.

27 Esse é basicamente o entendimento JUN-GEN OH quanto à função do princípio. OH, Jun-Gen. *Vertrauensschutz im Raum-und Stadtplanungsrecht. Eine vergleichende Betrachtung nach deutschem und koreanischem Recht*. Schriften zum Öffentlichen Recht. Band 589. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 163. KLAUS-DIETER BORCHARDT salienta que, também no âmbito do Direito Comunitário, há uma abordagem do princípio da proteção da confiança que possibilita sua utilização contra atos dos três poderes estatais. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Schriftenreihe EURO-PA-FORSCHUNG. Band 15. Kehl-Strassburg-Arlington: N. P. Engel, 1988, p. 65.

28 LEE, Sang-Chul. *Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten. Vergleich des Vertrauensschutzprinzips bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Deutschland, Japan und Korea*. Konstanz: Hartung-Gorre, 1991, p. 28; Segundo SCHWARZ, a preservação da continuidade seria uma das necessidades objetivas do Estado de Direito. Por sua vez, o princípio da proteção da confiança serviria para que essa necessidade (objetiva) de continuidade protegesse (subjektivamente) as expectativas de um indivíduo. SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 40-41.

29 Nesse sentido, VOLKMAR GÖTZ. GÖTZ, Volkmar; RIEDEL, Eibe (Org.). Protection of Legitimate Expectations. In: *German reports on Public Law. Presented to the XV. International congress on Comparative Law. Bristol, 26 July to 1 August 1998*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 134.

para confinar o poder das autoridades estatais e prevenir violações dos interesses de particulares que atuaram com esteio na confiança³⁰.

O princípio da proteção da confiança tem uma forte relação com a segurança jurídica. A dimensão material da segurança jurídica permite, no dizer de BARROSO, que os cidadãos possam “*prever razoavelmente as obrigações decorrentes do sistema normativo*”³¹. Por sua vez, o princípio da proteção da confiança serviria para, materializando o princípio da segurança jurídica, fortalecer o Estado de Direito, que pode ter sua existência ameaçada pela excessiva intervenção do Estado na autonomia individual. Com esse raciocínio, é possível concluir que o princípio do Estado de Direito também é dotado de um caráter subjetivo³². Ele também serve para proteger direitos sub-

30 CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Pantheon — Assas (Paris II) Droit — Economie — Sciences Sociales, 2000. Disponível em: <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2006, p. 338.

31 Além do aspecto material, LUÍS ROBERTO BARROSO também chama atenção para o aspecto formal do princípio da segurança jurídica: “o princípio da segurança jurídica apresenta um sentido nuclear e elementar, ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica. Esta é, como se sabe, a proteção básica conferida pelas idéias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários do princípio da segurança jurídica. Essas são, de certa forma, garantias formais, já que prescrevem determinada forma de criação de obrigações e proíbem sua exigência em relação a fatos anteriores”. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2006, p. 274.

32 O mesmo pode ser dito em relação ao princípio da segurança jurídica, que também compreende um elemento objetivo, caracterizado essencialmente pela garantia de continuidade jurídica, e um componente subjetivo, cuja materialização se dá por meio da proteção da confiança. KATZ, Alfred. *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*. 14. neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 97-98; PIEROTH, Bodo. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. *JZ (Juristen Zeitung)*. 39º ano. Número 21. Tübingen: J. C. B. Mohr, novembro de 1984, p. 977-978. No dizer acertado de ALMIRO DO COUTO E SILVA, o princípio da proteção da confiança corresponderia à dimensão de natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica. COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pú-

jetivos³³. E isso acontecerá, por exemplo, quando ele for empregado para impossibilitar o desfazimento, pelo Estado e com efeitos retroativos, de decisões administrativas favoráveis aos cidadãos³⁴.

No Brasil, o princípio da segurança jurídica, que encontra sua principal menção no art. 5º, *caput*, da Constituição da República como um direito fundamental, já foi reconhecido expressamente pelo STF³⁵ e pelo STJ³⁶ como um princípio constitucional derivado do Estado de Direito.

O princípio da proteção da confiança não pode ser aplicado irrestritamente a todas as situações imagináveis. Existem fatores que condicionam a sua adoção no caso concreto. Neste tópico, teceremos alguns comentários sobre as principais condições a serem observadas para uma correta aplicação do princípio. São elas essencialmente

blica de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, julho/setembro 2004, p. 273-274.

33 Essa é, inclusive, conforme salienta ALBERT BLECKMANN, a orientação seguida pela doutrina majoritária alemã. BLECKMANN, Albert. *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 67.

34 KOCH, Hans-Joachim; RUBEL, Rüdiger; HESELBAUS, F. Sebastian M. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Dritte neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Deutschland: Luchterband, 2003, p. 11. Sobre o tema, HANS WOLFF e OTTO BACHOF também destacam que, nos casos de retroatividade, o princípio do Estado de Direito exigiria a proteção da confiança daquele que se encontra numa específica e favorável situação jurídica (*Rechtslage*). WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch*. Neunte, neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 1974, p. 145.

35 Cf. STF. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. MS nº 24.268-MG. Data do julg. 05/02/04. DJU: 17/09/04. STF e STF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. MS nº 22.357-DF. Data do julg. 27/05/04. DJU: 05/11/04.

36 Consulte STJ. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. REsp nº 658.130-SP. Data do julg. 05/09/06. DJU: 28/09/06. Segundo a ementa da referida decisão relatada pelo Min. Luiz Fux “a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito”. STJ. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. REsp nº 658.130-SP. Data do julg.: 05/09/06. DJU: 28/09/06.

quatro: i) a *base da confiança*, ii) a *existência subjetiva da confiança*, iii) o *exercício da confiança através de atos concretos* e iv) o *comportamento estatal que frustre a confiança*³⁷.

Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma *base da confiança* (*Existenz einer Vertrauensgrundlage*).

O segundo elemento a ser considerado como condição para a concretização do princípio da proteção da confiança é a *existência da confiança no plano subjetivo* (*Vorliegen von Vertrauen*). Aqui lidamos com o aspecto subjetivo do princípio. É preciso que existam indícios de que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, de-

37 A listagem dessas condições é feita com amparo parcial nas idéias de ARNDT SCHMEHL. SCHMEHL sustenta que as condições para o emprego do princípio da proteção da confiança seriam: i) a existência de um fundamento da confiança (*Vertrauensgrundlage*), ii) uma confiança digna de tutela e iii) um comportamento estatal que frustre essa confiança. SCHMEHL, Arndt. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Vertrauensschutzes bei Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt. *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, Ano 114. Köln e Berlin: Carl Heymanns, janeiro de 1999, p. 23. Não há uma uniformidade na doutrina alemã sobre esse tema. Para ANNA LEISNER-EGENSPERGER, que reconhece a divergência doutrinária, as condições para o uso do princípio seriam as seguintes: i) ato estatal que fundamenta a confiança (*Vertrauensgrundlage*), ii) a confiança do cidadão, iii) o exercício efetivo da confiança, isto é, a sua colocação em funcionamento mediante a prática de atos concretos (*Ins-Werk-Setzen*), iv) um comportamento estatal desviante em relação a um anterior e que seja capaz de frustrar a confiança do particular, e v) a dignidade de tutela da confiança do cidadão. LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 462. HERMANN-JOSEF BLANKE, por sua vez, aponta que os elementos estruturais (*Strukturelemente*) do princípio da proteção da confiança seriam: i) o *fundamento da confiança*, ii) a *existência da confiança* e iii) a *conseqüência jurídica*. BLANKE, Hermann-Josef. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 89. Na França, a doutrina tem incorporado o pensamento alemão e faz referência à *base de la confiance* como um *pré-comportement* que serve como *condition de fait de la confiance*. CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Pantheon — Assas (Paris II) Droit — Economie — Sciences Sociales, 2000. Disponível em: <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2006, p. 386-387.

positou racionalmente suas esperanças na sua manutenção. O desconhecimento total do particular em relação ao ato estatal é capaz, portanto, de impedir o manejo do princípio.

Tem prevalecido na doutrina alemã e na jurisprudência do TCFA a idéia de que uma expectativa só será digna de tutela se o seu titular tiver realizado atos concretos capazes de demonstrar a confiança depositada no Estado³⁸. Em sede legal, a lei alemã de processo administrativo federal (LAPAF) também tem exigido, ordinariamente, que o particular tenha, em função da confiança depositada em um dado ato estatal, agido de uma forma tal que o seu desfazimento seja inaceitável ou mesmo impossível³⁹. A confiança precisa ser “*colocada em funcionamento*” (*ins Werk gesetzt*), uma vez que ela apenas ganha relevância jurídica quando se exterioriza por meio de atos concretos⁴⁰. A confiança só é, no dizer da maioria da doutrina, tutelável

38 Sobre o assunto, consulte BVerfGE 75, 246, BVerfGE 31, 94 e BVerfGE 76, 256. Na doutrina, consulte: MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 96-97; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971, p. 295; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15., überarbeitete und ergänzte Auflage. München: C. H. Beck, 2004, p. 292; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 60, e HEUKELS, Ton. *Intertemporales Gemeinschaftsrecht. Rückwirkung, Sofortwirkung und Rechtsschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften*. Baden-Baden: Nomos, 1990, 173. STEFAN MUCKEL, por exemplo, alude ao “investimento” feito pelo particular que confiou na manutenção da estabilidade de uma situação jurídica. MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 79. ANNA LEISNER-EGENSPERGER apresenta como uma das condições para o emprego do princípio da proteção da confiança o exercício efetivo da confiança, isto é, a sua colocação em funcionamento mediante a prática de atos concretos (*Ins-Werk-Setzen*). Ibidem, p. 462.

39 Merece consulta o §48, inciso II, segunda frase da LAPAF que preceitua o seguinte: “a confiança é ordinariamente digna de tutela se o particular favorecido com o ato tiver utilizado o benefício ou tiver realizado uma disposição patrimonial que não possa mais ser desfeita ou que apenas possa ser desfeita de forma irrazoável”. No original: *Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.*”

quando servir de fundamento para um comportamento específico daquele que confia (*Grundlage für das Verhalten des Vertrauenden*)⁴¹. Seguindo esse raciocínio, o efetivo exercício da confiança (*Betätigung des Vertrauens*) se torna imprescindível para que uma expectativa pudesse ser protegida⁴².

Como quarta condição para a adoção do princípio da proteção da confiança, existe a necessidade de ocorrência de um compor-

40 MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 97. No dizer de SCHWARZ, apenas merece a proteção da confiança aquele que exerceu sua confiança, vale dizer, aquele que, acreditando na continuidade de uma norma, colocou sua confiança em funcionamento (*ins Werk gesetzt*). SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 120; GRABITZ, Eberhard. *Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*. *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, Ano 88, Heft 18. Köln e Berlin: Carl Heymanns, setembro de 1973, p. 683. Segundo HORST SUCKOW e HOLGER WEIDEMANN, “a confiança apenas será, em regra, tutelável quando os benefícios concedidos forem consumidos ou quando tiver ocorrido uma disposição patrimonial que não puder ser desfeita ou cujo desfazimento produza efeitos negativos desproporcionais”. No original: “*Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er noch mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann*”. SUCKOW, Horst; WEIDEMANN, Holger. 14. überarbeitete Auflage. *Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsrechtsschutz. Grundriss für die Aus- und Fortbildung*. Deutschland: Deutscher Gemeindeverlag e Kohlhammer, 2004, p. 163.

41 Embora CLAUD-WILHELM CANARIS reconheça ser necessária a prática de atos pelo particular com amparo na confiança, ele próprio aceita que, em algumas circunstâncias, será difícil atestar a ocorrência de um ato particular nesse sentido. Como exemplo, ele cita a hipótese em que um particular crê, com base numa interpretação equivocada provocada pelo Estado, que sua aposentadoria será concedida num valor superior ao efetivamente devido. Seria, na visão de CANARIS, muito difícil para o particular fazer prova de que teria tomado outras precauções para a sobrevivência na sua idade, caso soubesse de sua verdadeira situação. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971, p. 510 e 513.

42 RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., 1977, p. 111; SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 307.

tamento estatal desviante daquele primeiro que fez surgir uma expectativa legítima. Além do ato ou omissão inicial que serve de base da confiança, é preciso que exista um outro em sentido contrário. É na divergência entre duas, ou mais, manifestações volitivas que uma expectativa poderá ser frustrada. E, além disso, será preciso que a alteração normativa seja desfavorável para o particular⁴³. Se a modificação do ordenamento lhe trouxer apenas benefícios, não faz sentido a adoção do princípio da proteção da confiança.

Um dos temas mais tormentosos em relação ao emprego do princípio da proteção da confiança é quanto à sua plena adoção quando se tratar de atos praticados pelo Poder Judiciário. A despeito de a doutrina majoritária aceitar o emprego do princípio da proteção da confiança em relação aos atos do Judiciário⁴⁴, não há unanimidade quanto ao tema. ANNA LEISNER sustenta, por exemplo, que o princípio da proteção da confiança não serve para bloquear modificações na jurisprudência. Segundo ela, a situação não seria equivalente à de uma alteração legal, pois a norma legal teria efetivamente existido, enquanto que a posição judicial antiga seria uma má-compreensão do Direito. Dessa forma, não haveria, para ela, um direito do particular à confiança na percepção antiga e ruim de um juiz. Não existiria uma confiança digna de tutela (*kein schutzwürdiges Vertrauen*)⁴⁵. Discordamos. A despeito de uma jurisprudência antiga poder ser definida como uma má-compreensão do Direito vigente, ela não deixa

43 MAURER, Hartmut. *Staatsrecht. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 1999, p. 230.

44 Por todos, consulte BERNHARD KNITTEL. *Ibidem*, p. 137.

45 A despeito de entender que o princípio da proteção da confiança não tem aplicação na hipótese de modificação de uma jurisprudência consolidada, a professora ANNA LEISNER mitiga a sua posição ao defender que um princípio distinto, o princípio da continuidade do ordenamento, vedaria mudanças bruscas em posicionamentos judiciais. Para ela, haveria uma sujeição de todos os tribunais à obrigação de evitar, ao máximo possível, a elaboração de decisões inesperadas e surpreendentes. LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 538-541 e 630.

de ser um efetivo entendimento, não deixa de produzir efeitos durante o período em que é aplicada. Isso é mais que suficiente para tornar necessária a proteção de uma expectativa legítima.

A opinião jurídica exteriorizada por um advogado acerca do real alcance de uma determinada lei não leva em conta apenas o teor do seu texto, mas considera, sobretudo, o modo como os tribunais a interpretam⁴⁶. Quando um parecerista faz uma recomendação ao seu cliente, ele não menciona, unicamente, os textos legais pertinentes, mas também a jurisprudência sobre a matéria⁴⁷. Atualmente tem havido, inclusive, uma crescente valorização dos precedentes que se tornam, especialmente quanto ao seu caráter vinculativo, cada vez mais semelhantes aos dispositivos legais⁴⁸.

Inquestionavelmente, o Poder Judiciário tem plena condição de afetar negativamente as expectativas de um particular. Seja em razão de uma interpretação equivocada de uma lei por um juiz, ou mesmo por conta de substanciais mudanças na realidade, novas orientações judiciais são freqüentemente demandadas e isso poderá provocar a frustração de expectativas⁴⁹.

46 ARNDT, HANS-WOLFGANG. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p. 1.

47 LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 537.

48 No mesmo sentido, PATRÍCIA MELLO. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2007, p. 55.

49 Releva ressaltar que a frustração da confiança individual pode decorrer de alterações na jurisprudência já consolidada, mas também, como salienta BEATRICE WEBER-DÜRLER, pode ter como origem alterações em regimentos internos de Tribunais e orientações equivocadas prestadas por servidores do Judiciário. WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1983, p. 10. Assim como qualquer poder estatal, o Judiciário tem total condição de criar uma expectativa através de suas decisões. Inúmeros comportamentos são influenciados por seus pronunciamentos e isso se intensifica quando as deliberações são oriundas de tribunais superiores. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, "também a atividade jurisdicional (...) deve se orientar pelo princípio da segu-

III. Lei de falências e a tutela da confiança

Ao longo do seu texto, a Lei nº 11.101 preocupou-se com a tutela da expectativa legítima dos sujeitos afetados pela incidência de suas regras. Dentre os dispositivos legais, os que mais chamam a atenção são os artigos 39, §§2º e 3º, artigo 60 parágrafo único, artigo 141 inciso II e artigo 199, normas que passamos a comentar especificamente.

3.1. Artigo 39, §§2º e 3º

O artigo 39, §§ 2º e 3º possui a seguinte redação:

§ 2º As deliberações da assembleia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3º No caso de posterior invalidação de deliberação da assembleia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

O §2º acima transcrito busca preservar decisões assembleares que tenham sido tomadas sem a observância, reconhecida judicial-

rança jurídica. Do ponto de vista prático, isso significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis”. BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005, p. 284. Em outro trabalho, um parecer sobre a mudança de orientação do STF em matéria tributária (IPI), BARROSO também demonstrou preocupação com o respeito às expectativas dos contribuintes que acreditaram na jurisprudência pacífica do STF. Segundo ele, o novo entendimento da Corte constitucional brasileira sobre o referido tema apenas deveria ter efeitos prospectivos (*ex nunc*). BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. *Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2006, p. 287.

mente, dos preceitos legais quanto aos créditos, sua classificação e seus montantes.

Trata-se de uma forma de tutela da confiança daqueles beneficiados com a deliberação da assembleia-geral de credores. A lei não chega a impedir que a decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos produza efeitos. Ela até poderá gerar consequências, tal como, por exemplo, a de assegurar o recebimento de uma indenização em favor da parte prejudicada com a decisão da assembleia. O que a lei veda basicamente é que o Poder Judiciário decida de forma a invalidar, a retirar do mundo, decisões da assembleia que atingiram terceiros. Ainda que a decisão da assembleia tenha sido tomada com lastro em um cômputo equivocado dos créditos, ela deverá prevalecer diante das expectativas que gerou nos seus destinatários. É o Estado, por meio de uma lei, tentando estabilizar relações jurídicas, de forma a evitar que o Poder Judiciário frustre expectativas legítimas dos que foram atingidos por uma decisão de assembleia-geral de credores.

Não se está a impedir uma atuação livre e independente do Poder Judiciário. Aliás, se este fosse o objetivo do dispositivo, ele seria de cristalina inconstitucionalidade. O intuito é outro. O que se pretende, na realidade é a preservação das expectativas legítimas dos destinatários das deliberações assembleares, mesmo que as decisões tenham sido tomadas de forma contrária ao que disposto na Lei nº 11.101. A desconstituição, pela via judicial, das decisões tomadas em assembleia pode tumultuar de forma tão intensa a vida dos que por ela são afetados, e inclusive o funcionamento regular do processo falimentar ou de recuperação, que o Legislador optou por preservar aquilo que restou decidido. Isso, no entanto, não impede, como acima já destacamos, que a parte prejudicada busque, inclusive judicialmente, a reparação dos prejuízos sofridos.

Por seu turno, o §3º acima transcrito vai ter em mente a tutela dos direitos de terceiros de boa-fé afetados por uma anulação de deliberação assemblear. O dispositivo não se restringe à invalidação da

assembleia por força de decisão judicial. Ainda que a anulação da deliberação assemblear não decorra de pronunciamento judicial, nos termos do que previsto no art. 39 §2º, da lei, os direitos de terceiros serão preservados. É mais um autêntico exemplo de previsão legal que busca a tutela das expectativas legítimas dos beneficiados pelas decisões assembleares.

3.2 Artigos 60 parágrafo único e 141 inciso II

A redação dos artigos 60 e 141 inciso II é a que está a seguir:

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

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

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

(...)

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

A essência dos dois dispositivos acima redigidos foi a de dar ao adquirente de ativos, unidades produtivas ou de filiais do devedor falido ou em recuperação uma segurança de que ele não responderá por dívidas anteriores ao ato de transferência.

Se de um lado a sucessão do adquirente nas obrigações/dívidas do falido ou daquele que se encontra em recuperação é algo que aparentemente beneficia os seus credores, especialmente os traba-

lhistas, por outro lado é uma consequência que poderia, na prática, inviabilizar o pagamento dos credores do falido ou mesmo o processo de recuperação. Dificilmente alguém se aventuraria a fechar um negócio sem saber exatamente os limites das suas responsabilidades, algo que a transferência automática das obrigações do alienante para o adquirente provoca. Se existe alguma chance de alienação de ativos de quem está falido ou em recuperação, ela dependerá de um tranqüilo reconhecimento de que o adquirente não responde pelo passivo anterior à aquisição. Além de a inexistência da transferência das obrigações para o adquirente facilitar a alienação de unidades produtivas, ela também facilita, no caso específico da recuperação, a continuidade da empresa, com a preservação dos empregos, bem como incrementa a possibilidade de os trabalhadores receberem os seus créditos com o produto arrecadado através da alienação.

Do ponto de vista do adquirente do estabelecimento, a expectativa de quem compra um ativo de um empresário em dificuldades é a de que o passivo anterior não seja transferido, especialmente porque isso está previsto em lei. Quando algum Juiz reconhece o contrário, transferindo o passivo para o adquirente do estabelecimento contrariamente ao que disposto na Lei nº 11.101, isso frustra uma expectativa legítima alicerçada em dispositivo legal. Isso acaba provocando comportamentos estatais contraditórios: de um lado o Legislador não permite a transferência da responsabilidade, de outro, o Judiciário decide o contrário.

Em boa hora, portanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 60 parágrafo único e do artigo 141 inciso II da Lei nº 11.101 formulado pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT na ADIn nº 3.934⁵⁰, impedindo novos pronunciamentos judiciais que afastem as referidas regras legais. O relator, ministro Ricardo Lewandovski, defendeu, em tese acolhida pela maioria dos ministros da Corte, que

50 O julgamento da ADIn nº 3.934 foi noticiado no Informativo do STF nº 548.

não ofende a Constituição brasileira a regra que impede a transferência de responsabilidade para o adquirente de unidade produtiva ou de estabelecimento em processo falimentar ou em regime de recuperação. Ao longo do julgamento, houve, inclusive, destaque ao fato de a Lei nº 11.101/05 ter sido aprovada após um amplo debate envolvendo setores sociais por ela diretamente afetados, o que reforçaria a legitimidade das previsões legais combatidas na ADIn nº 3.934.

Ao reconhecer a constitucionalidade dos referidos dispositivos, o STF manteve a intenção do legislador de viabilizar o processo de recuperação e falimentar por conta da previsão de inexistência de responsabilidade por sucessão do adquirente do estabelecimento. Sob outro prisma, respeitou-se a confiança depositada por aqueles adquirentes de estabelecimentos e de unidades produtivas que, em razão da lei de falências, acreditavam que não responderiam pelas obrigações do alienante.

3.3. Artigo 199 §§1º e 2º

O artigo 199 tem o seguinte texto:

Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. § 1º Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o caput deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. *(Renumerado do parágrafo único com nova redação pela Lei nº 11.196, de 2005)*

§ 2º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 desta Lei. *(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

As modificações trazidas pela Lei nº 11.196 no artigo 199 tiveram como objetivo deixar claro que a ressalva da parte final do artigo

49 §3º da Lei de Falências não alcançaria as companhias de transporte aéreo.

A parte final do §3º do art. 49 da Lei nº 11.101 prescreve que o proprietário fiduciário, o arrendador mercantil, o proprietário ou promitente vendedor de imóvel com cláusula de irrevocabilidade e o proprietário em contrato de venda com reserva de domínio não poderão, durante os 180 dias do deferimento do processamento da recuperação, vender ou retirar do estabelecimento do devedor os bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. O objetivo aqui foi o de viabilizar o processo de recuperação, impedindo que os bens indispensáveis para a regular continuidade da atividade empresarial fossem retirados da posse do devedor durante o período de suspensão. Trata-se de uma regra bem lógica, mas que não poderia frustrar as expectativas legítimas daqueles credores que contavam com a possibilidade de retomada imediata dos bens de que são proprietários. No caso específico das instituições credoras das companhias aéreas, a regra da parte final do §3º acima mencionado trouxe uma desagradável surpresa. Antes da Lei nº 11.101 vir a lume, as companhias aéreas sequer se sujeitavam às normas gerais em matéria de concordatas (art. 187). Portanto, a proibição de pleno exercício do direito de propriedade por parte das instituições credoras durante o período previsto no art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101 trouxe uma grande injustiça no caso específico dos credores de companhias aéreas. Além de interferir inconstitucionalmente em atos jurídicos perfeitos, de forma a criar obstáculos contra a sua efetividade, a redação original da Lei nº 11.101 violou expectativas legítimas dos credores das companhias aéreas que, da noite para o dia, ficaram impossibilitados de exercer seus direitos assegurados contratualmente.

Em razão da situação peculiar das companhias aéreas, o artigo 122 da Lei nº 11.196 deu nova redação ao artigo 199 da Lei nº 11.101, nele introduzindo dois parágrafos que afastam qualquer dúvida de que a suspensão prevista no §4º do art. 6º da referida lei não terá aplicação em relação às companhias aéreas.

Em suma, a alteração legal teve o intuito de preservar a expectativa legítima das instituições financeiras credoras das companhias aéreas de poderem exercer os seus direitos de propriedade nos termos do art. 49 §3º sem a sua ressalva final. O Estado não poderia inviabilizar que as expectativas legítimas dos credores, lastreadas em pactos já firmados, pudessem ser destruídas em favor das companhias aéreas devedoras. E não podemos nem mesmo dizer que houve um privilégio injusto em favor dos credores de companhias aéreas, pois a situação deles sempre foi distinta, uma vez que, antes da Lei nº 11.101, as companhias aéreas sequer se submetiam ao regime de concordata. Aqui, portanto, mais uma vez o princípio da proteção da companhia desempenhou o papel de evitar uma súbita mudança do ordenamento jurídico capaz de instabilizar relações jurídicas já travadas e em andamento.

IV. Conclusões

Em face de tudo que foi apresentado, é possível indicar as seguintes conclusões:

1. O Estado tem como uma de suas missões criar um ordenamento jurídico dotado de previsibilidade e que tenha condições de proporcionar um tranquilo desenvolvimento da atividade empresarial. Inesperadas e substanciais mudanças das normas jurídicas são capazes de frustrar legítimas expectativas e de impedir o pleno desenvolvimento econômico de um país. Nesse contexto, o princípio da proteção da confiança terá um relevante papel.

2. O emprego do princípio da proteção da confiança depende da observância de quatro condições: i) a base da confiança, ii) a existência subjetiva da confiança, iii) o exercício da confiança através de atos concretos e iv) o comportamento estatal que frustre a confiança. A aferição detida do preenchimento dessas quatro condições evita o emprego irresponsável do princípio da proteção da confiança como vem ocorrendo no Brasil em relação a outros princípios tão relevan-

tes, como é o caso do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. O princípio da proteção da confiança não pode ser encarado como uma panaceia.

3. Ao longo de alguns de seus dispositivos, a Lei nº 11.101 impediu a frustração de expectativas legítimas daqueles que se relacionam com o devedor falido ou em estado de insolvência. Isso ocorreu de forma hígida nos artigos 39, §§2º e 3º, artigo 60 parágrafo único, artigo 141 inciso II e artigo 199 da legislação falimentar, todos dispositivos que cumpriram a missão de estabilizar relações jurídicas e de evitar surpresas injustas em situações de insolvência.

**NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS**

**LESÃO E ESTADO DE PERIGO NO CÓDIGO CIVIL
E NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR**

**LESION AND IMMINENT DANGER IN THE CIVIL CODE
AND IN THE CONSUMER'S CODE**

César Fiuza

Resumo: O presente artigo faz um estudo da lesão e do estado de perigo, desde sua origem histórica até seus contornos teóricos e práticos no Direito Brasileiro, tanto do ponto de vista do Direito Comum e Empresarial, quanto do ponto de vista do Direito do Consumidor.

Palavras-chave: Lesão. Estado de perigo. Código Civil. Código do Consumidor.

Abstract: The present paper studies lesion and imminent danger, from their historical origin to their doctrine and practice in Brazilian Law, from a Civil Law, a Business Law and a Consumer's Law point of view.

Keywords: Lesion. Imminent danger. Civil Code. Consumer's Code.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Lesão. II.1. Evolução histórica. II.2. Natureza jurídica da lesão. II.3. Requisitos de configuração da lesão. II.4. Efeitos da lesão. III. Estado de perigo. III.1. Evolução histórica. III.2. Definição e natureza jurídica. III.3. Requisitos de configuração do estado de perigo. III.4. Efeitos do estado de perigo. IV. Conclusão.

I. Introdução

A lesão e o estado de perigo foram introduzidos na legislação brasileira com o Código de 2002. Apesar disso, doutrina e jurisprudência ainda não se afinaram a respeito de seus contornos teóricos e práticos. Tanto para o Direito Privado, quanto para o Direito do Consumidor, são institutos importantes, dada sua incidência prática.

Ao Direito Empresarial interessa o estudo do estado de perigo, para saber como evitá-lo. É prática comum, por exemplo, dos hospitais, a exigência de depósitos despropositados como requisito para a internação de pacientes. A prática deve ser evitada e, muitas vezes, é levada a cabo por ignorância de seus efeitos.

Os contratos em geral e, principalmente, os empresariais estão sujeitos à lesão. É fundamental, assim, que se a conheça em seus pormenores, para se contorná-la.

II. Lesão

II.1. Evolução histórica

O instituto da lesão não é novo. Caio Mário, em sua célebre obra, *Lesão nos Contratos*, dá notícia do instituto em preceitos hindus, coligidos por Madura-Kandasvami-Pulavar, muito mais antigos que o Direito Romano. Assim dispunha a norma: “a venda não aproveitará ao comprador se foi feita por um homem exaltado, por um louco etc., ou a preço vil”. De fato, encontram-se aqui os elementos subjetivos e objetivos da lesão, embora separados. Em outras palavras, a inferioridade do lesado (homem exaltado, louco etc.) e a desproporção entre as prestações (preço vil) são tratadas como hipóteses distintas e não como elementos de uma mesma hipótese, a lesão.

Entretanto, é no Direito Romano que iremos buscar as fontes mais próximas e diretas da lesão¹.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 2/3.

No Direito Romano, surgem vários institutos, a partir do trabalho pretoriano baseado na *aequitas*, sobre o *ius strictum*. Dentre esses institutos acha-se a *in integrum restitutio*, com a qual a lesão guarda muita semelhança.

Consistia a restituição *in integrum* numa reposição das partes ao *status quo ante*, tendo em vista uma mudança no estado de direito em prejuízo do titular, contrária à equidade, reclamando, pois, o restabelecimento do estado anterior. A *restitutio* era um ato de império, praticado pelo magistrado fora da *iurisdictio*, tendo como pressuposto o prejuízo do titular do direito. Ressalte-se que o magistrado não era obrigado a conceder a restituição, a não ser que estivesse convencido, e que estivessem reunidas no problema as condições de causa e de prazo, além do prejuízo advindo da aplicação estrita do *ius civile*.

A afinidade existente entre a *in integrum restitutio* primitiva e a rescisão por lesão é indubitável: numa e noutra ataca-se a validade de um ato perfeito *iure civili*, por amor à equidade; uma e outra decorrem de uma lesão sofrida por uma das partes.

Fundamentalmente, porém, diversificam-se. Enquanto a rescisão por lesão é concedida com fundamento direto na própria lesão, a restituição integral se prendia a outras circunstâncias, que tinham de ser apresentadas ao magistrado, para que ele, com base nelas, fundamentasse a fórmula².

É no final do Alto Império que se pode apontar no Direito Romano o monumento fundamental do instituto da lesão. É nesta legislação imperial que se indica geralmente a fonte de que decorre toda a construção doutrinária, que tem dividido os melhores juristas, no que diz respeito ao difícil problema da rescisão dos contratos lesivos.

O instituto da lesão decorre de dois fragmentos do Código de Justiniano, quais sejam, duas Constituições, uma de Diocleciano e ou-

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 6/7.

tra de Maximiliano, que teriam sido baixadas no terceiro século da era cristã. Certo é, contudo, que a mais importante é a primeira, de 285, denominada Lei Segunda, uma vez que a outra, de 294, além de se resumir a uma ressalva ou exceção, inserida no final do rescrito, faz referência à primeira, dando como pressuposto assentado a doutrina já anteriormente firmada.

Eis o texto:

Se você ou seu pai houver vendido por preço menor uma coisa de preço maior, é humano (equitativo) que, por intermédio da autoridade do juiz, você restitua o preço aos compradores e receba de volta o fundo vendido. Por outro lado, se o comprador preferir, poderá aditar o que falta para o justo preço. O preço se presumirá a menor, se não for paga nem a metade do que seria o verdadeiro valor³.

Esta era a lesão enorme. Há quem entenda, porém, que esse texto não é o original, tendo sido modificado por Justiniano, no século VI, a fim de introduzir o instituto da lesão. O original seria contrário à admissão da lesão⁴.

Alegada a *laesio enormis*, atribuíam-se ao adquirente uma solução facultativa: ver decretado o desfazimento da venda, ou oferecer o complemento do preço. Cumpre notar que não se tratava de obrigação alternativa. Não era o comprador obrigado a restituir a coisa ou completar o preço, nem podia o vendedor demandar o complemento. Cabia ao alienante pedir a coisa, restituindo o preço. A outra forma de se restabelecer o equilíbrio das prestações e satisfazer o princípio da equidade foi instituída como faculdade outorgada ao comprador: *si emptor elegerit* (se o comprador preferir).

3 Tradução livre do original: "Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, vel ut pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. *Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars [veril] pretii soluta sit*" (Cod., Lib. IV, Tit., XLIV, 2).

4 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4.

Se o comprador não fizesse uso da prerrogativa de que dispunha, a solução seria a rescisão da venda, e o conseqüente restabelecimento do estado anterior.

Estariam afastados da órbita da rescisão lesionária os contratos aleatórios, as vendas graciosas, as vendas em leilão⁵.

Antes de criar a rescisão do contrato lesivo, o Direito Romano conheceu a doutrina dos vícios do consentimento. O Direito pretoriano, ao criar a restituição *in integrum*, teve em vista circunstâncias nitidamente subjetivas. No entanto, para a rescisão lesionária foi instituído um critério objetivo de apuração, que se refletia na validade do contrato. Foi conceituada a lesão como um vício de apuração objetiva do próprio contrato, inconfundível com os defeitos subjetivos, preexistentes no Direito Comum.

A análise do instituto evidencia que não havia, em verdade, dolo ou erro presumido, porém defeito objetivo do contrato. Não há que se falar em dolo presumido do comprador nem em erro presumido do vendedor, porque a rescisão decorria de um fenômeno puramente material, e não anímico: se o preço ficasse abaixo da metade do valor, seria inválida a compra e venda, sem cogitar da pureza das intenções nem do conhecimento do preço justo.

A conseqüência prática é a mesma. Quer se diga que há erro presumido, ou dolo presumido, quer se afirme que o defeito é puramente objetivo, o efeito é um só: a rescisão da venda, quando seapura a desproporção tarifada, entre o preço e o valor. Mas é preciso que se conceitue o fenômeno. Se na hora de decretar a rescisão do negócio, o julgador se deve ater apenas ao aspecto objetivo da diferença de preço, é ilógico que o comentador, na hora de explicar a rescisão, venha pesquisar subjetivamente um defeito que justifica o desfazimento do negócio no só fato de sua verificação objetiva.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 28/29.

O que se observa com a *laesio enormis* no Direito Romano é isto: foi criada como um vício objetivo do próprio contrato, e como tal aplicada⁶.

A divisão do império romano, realizada por Teodósio, no ano de 395, representou não só uma dualidade geográfica (Império do Oriente e Império do Ocidente), mas dois conceitos de civilização, dois aspectos espirituais, um verdadeiro antagonismo ideológico.

Enquanto Constantinopla ostentava uma civilização construída sobre os alicerces romanos, rejuvenescida pela moral do cristianismo e pela filosofia helênica, Roma assimilou o fundo bárbarico, mais rude, mais elementar.

O Ocidente ignorou, por muito tempo, a reforma justinianéia. Além disso, o Código de Teodósio omitiu as duas Constituições de Diocleciano e Maximiliano, de 285 e 294. Não podia, pois, o Ocidente conhecer a rescisão por lesão.

Por outro lado, razões de ordem econômica influíram poderosamente no sentido de não ser difundido no alto medievo o instituto da lesão. O homem medieval repugnava vender sua terra. Esse amor à terra, a repulsa a sua alienação, a transformação do regime político-econômico propendendo para o feudalismo, o desconhecimento dos textos do Código, tudo levou a que o Ocidente, a princípio, desconhecesse o instituto da lesão, e, posteriormente, lhe desse sentido diverso⁷.

No fim do século XI e começo do XII, renasce do Direito Romano, com a famosa Escola de Bolonha. Verifica-se, então, o aparecimento da lesão enorme no mundo Ocidental, recebendo os juristas os textos quase puros, despídos da reestruturação que se verifica no Oriente com o Direito Bizantino.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 33/35.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 37/38.

Os glosadores, estudando os textos do Código de Justiniano, logo sentiram dificuldade em configurar a lesão como instituto autônomo, destacado dos vícios do consentimento, e, por uma argumentação muito à sua feição, raciocinaram, suprindo com sua contribuição, o que lhes parecia faltar no monumento original. Parece que não conseguiam deixar de se ater ao elemento anímico⁸.

Coube ao Direito Canônico efetuar a maior ampliação do campo de incidência da lesão enorme, fornecendo os elementos para o desenvolvimento geral da doutrina. Coube a Santo Tomás de Aquino assentar o alicerce desse desenvolvimento, com a teoria da justiça comutativa, que tomou de Aristóteles.

Do ponto de vista da troca, quando alguém dá a outrem alguma coisa, tem em vista o que dele receberá. Troca aqui no sentido de comutatividade (prestação e contraprestação). A forma geral da justiça é a igualdade em que convêm a justiça distributiva e a justiça comutativa; a primeira conforme uma proporcionalidade geométrica, e a segunda, aritmética.

Essa igualdade de prestações deve ser observada em todas as trocas, compreendida esta expressão em sentido amplo. Todo contrato deve ser considerado do ponto de vista de seu conteúdo e não de sua formação, e em todos eles é preciso que se observe aquela igualdade preconizada pela justiça comutativa.

Da mesma forma que se estendera a rescisão a outros contratos, afirmou-se sua invocação pelo comprador, vez que o vendedor também estaria sujeito às regras da justiça comutativa⁹.

Foi devido aos canonistas que se criou a chamada *laesio enormissima*, sem fundamento na Lei romana. Quando o vendedor era enganado além de dois terços do valor da coisa, considerava-se que os princípios que regiam a lesão enorme eram insuficientes para

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 40/41.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 43/44.

atender a essa situação, engendrando-se novos: a lesão enormíssima não apenas viciava o contrato, tornando-o resolúvel, mas ia além, importando sua inexistência como ato jurídico.

Corolário disto era negar-se ao comprador a faculdade de completar o justo preço, por ser insanável o vício¹⁰.

O Direito costumeiro e o Direito escrito, no início da Idade Moderna, amalgamaram todos esses conceitos, uma vez que herdaram os princípios canônicos, sua ampliação aos contratos comutativos em geral, a invocação pelo vendedor como pelo comprador e a extensão às vendas mobiliárias¹¹.

Não obstante todas as oscilações e divergências, o instituto da lesão recebeu enorme desenvolvimento na Idade Média. Os textos romanos serviram de base a um edifício de proporções avantajadas, que estendeu sua sombra sobre todo o Direito obrigacional.

Na origem, a rescisão decorria da desproporção entre o preço e o valor. No início do ressurgimento medieval, introduziu-se o fator dolo de natureza especial, que se encontrava na própria diferença entre o preço e o valor, dolo *re ipsa*. Depois, surgiu o elemento conhecimento, introduzindo num instituto que dele não cogitara a princípio. Exigiu-se, para que se desse a rescisão, a ignorância do justo preço, por parte do alienante, que se traduzia no erro quanto ao valor.

É notório o contraste entre a ampliação de sua incidência e as restrições à sua aplicação. Neste contraste, porém, não se desenha uma antítese. Ao contrário, o que se assinala é uma relação de causalidade, expressa nesta marcha de avanços e recuos: surgindo o elemento subjetivo no conceito da lesão, a tendência ordinária seria no sentido de restringi-la, relativamente à verificação objetiva que se acentuava na origem romana. Mas, num grande avanço, o fator aní-

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 45.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 48.

mico se alarga, desenhando-se intrínseco na própria diferença entre o valor e a quantia paga. Instituiu-se a noção do justo preço, e a rescisão passou a abranger todos os contratos comutativos.

Mas no fim da Idade Moderna, a idéia da autonomia da vontade começa a ganhar uma dimensão exagerada. E é de ver que esta idéia é oposta ao instituto da lesão. Se a vontade é lei entre as partes, se os contratantes de vontade livre prescindem de toda intervenção estatal para realizar seus negócios, o princípio protetor contido na rescisão do ato lesivo aparece surdamente abalado, à vista da incompatibilidade flagrante com a definição da liberdade contratual.

Arraigado que se achava, entretanto, o princípio protetor contido no instituto da lesão, haveria de perdurar na elaboração jurídica da Idade Moderna¹².

Os escritores dos séculos XV a XVII tinham a preocupação de ressuscitar o espírito da Antigüidade, expurgando as instituições romanas, o mais possível, da contribuição teológica. Quanto à rescisão dos atos lesivos, a diretriz genérica era a de reconstruir a doutrina da lesão, tanto quanto possível, analogamente a seu perfil no Código Justinianeu. Não interessava a boa ou a má-fe do adquirente para se resolver um contrato lesivo.

A aplicação da lesão restringia-se, nessa época, às vendas imobiliárias, ao mesmo tempo em que se alargava a tolerância quanto aos empréstimos com juros. Dificultava-se a prova da lesão sofrida pelo contratante que a invocava. A extensão do benefício ao comprador permanecia contraditória: alguns arestos recusavam a ação do comprador, outros a acolhiam.

A concepção do justo preço esbate-se, deforma-se a partir do século XVI, numa tricotomia — *imum, médium, infimum*, — dos quais só o último servia de base à rescisão. Este fato reduzia seu cam-

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 50/51.

po de aplicação apenas às vendas por menos de metade do menor valor da coisa.

Outro fenômeno que se observa nesse período é a inexistência de qualquer escola. O estudo do instituto só se pode fazer na obra, geralmente dispersiva, dos principais juristas do tempo: Dumoulin, Bertrand D'Argentré, Cujacio, Noodt, Thomasius, Pothier, Domat¹³.

Observando a lesão num olhar de conjunto, e realizando uma comparação sumária da doutrina romana com o desenvolvimento medieval, e sua projeção na era moderna, devemos lamentar a ausência de uma sistematização do instituto, disperso nas teorias várias, diversamente defendidas.

O ideal de justiça comutativa, que a lesão se propôs realizar, depois de ter ganhado toda a plenitude, animada pela moral cristã, que a levou muito além das fronteiras traçadas pelo Código de Justiniano, perde, pouco a pouco, a intensidade, abalada por várias ordens de ataques.

De um lado, fruto da evolução social, a autonomia da vontade é defendida cada dia com mais ardor. Entendiam os juristas dispensável qualquer proteção ao indivíduo que contrata, fundados no pressuposto da igualdade formal e na liberdade, também formal, de que goza todo aquele que realiza um negócio. Amalgamava-se a liberdade civil à econômica, confundindo-as.

No final do século XVIII e no século XIX, o liberalismo congregava a sociedade (economistas, juristas e políticos) em torno do *laissez-faire*. O liberalismo não era só doutrina econômica. Abrigava fundamentos religiosos (a idéia cristã do homem como valor supremo, dotado de direitos naturais) e fundamentos políticos (oposição ao *ancien régime*, por demais opressivo).

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 51/52.

A teoria jurídica se assentava sobre alguns dogmas:

- 1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido;
- 2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc.;
- 3º) princípio da liberdade econômica;
- 4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era a de que a liberdade e a igualdade estivessem, genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática.

Este estado de coisas vem até o final do século XIX, início do século XX.

A exaltação kantiana da vontade criadora do homem fez o Código Civil Francês abolir a transcrição e a tradição, passando o simples consenso a ser o meio de transmissão da propriedade. Foi também por influência de Kant, segundo Fernando Noronha¹⁴, que os pandectistas alemães engendraram a idéia de negócio jurídico, enquanto manifestação de vontade produtora de efeitos.

Planiol, em 1899, proclamava que a vontade das partes forma obrigação nos contratos; a Lei apenas sanciona essa vontade criadora¹⁵.

No final do século XIX e no século XX, nasce o chamado Estado Social. Há muito, políticos e economistas haviam abandonado a idéia do liberalismo. Os juristas continuavam, contudo, apegados à idéia da autonomia da vontade. Não por puro conservadorismo, mas por força do modelo tradicional de contrato, que continuava imperando na prática. Quando a massificação chegou ao campo jurídico-contratual é que se começou a rever esses conceitos.

Assim, temos que o liberalismo e o individualismo resultaram do capitalismo mercantilista. Com a Revolução Industrial, que come-

14 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63 e ss.

15 PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 3. éd., Paris: LGDJ, 1906, v. II, p. 319/320.

ça na Inglaterra, já no século XVIII, a sociedade se transforma. Dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração capitalista, esta conseqüência da concorrência, da racionalização etc.

Esses dois fenômenos resultaram na massificação das cidades; das fábricas (produção em série), das comunicações; das relações de trabalho e de consumo; da própria responsabilidade civil (do grupo pelo ato de um indivíduo) etc.

A massificação dos contratos é, portanto, conseqüência da concentração industrial e comercial, que reduziu o número de empresas, aumentando-as em tamanho. Apesar disso, a massificação das comunicações e a crescente globalização acirraram a concorrência e o consumo, o que obrigou as empresas a racionalizar para reduzir custos e acelerar os negócios: daí as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão.

Tais inovações levaram os juristas a um estado de perplexidade. O modelo tradicional de contrato estava morrendo, para ceder lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários etc.

Em outras palavras, as pessoas já não contratam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais. Os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos.

Toda essa revolução mexe com a principiologia do Direito Contratual. Os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais. Nasce a Teoria Preceptiva. Segundo esta teoria, as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas conseqüências econômicas e sociais. É como se a situação se desvinculasse dos sujeitos, nos dizeres de Gino Gorla¹⁶.

16 GORLA, Gino. Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico. In: Rodotà, Stefano (a cura di). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971, *passim*.

Dois outros princípios que buscam fundamentar a obrigatoriedade contratual são o princípio da confiança e o da auto-responsabilidade.

O negócio obrigacional só vincula por ser fenômeno social, realidade objetiva tutelada pelo Direito. Os interesses particulares devem estar em harmonia com os gerais, como explica a teoria preceptiva.

O contrato realiza um valor de utilidade social.

Valores são verdades básicas, premissas. Segundo Stein e Shand, os valores fundamentais da sociedade ocidental seriam três: ordem (segurança), justiça e liberdade¹⁷. A eles acrescentamos a dignidade humana. É com base nesses valores que o contrato intenta promover o bem comum, o progresso econômico e o bem-estar social. À liberdade, corresponde o princípio da autonomia privada. À ordem (segurança), o princípio da boa-fé. À justiça, o princípio da justiça contratual. À dignidade do homem, correspondem todos eles e os princípios da dignidade humana e da função social dos contratos. Vejamos cada um destes princípios, lembrando, porém, que, na verdade, alguns são princípios clássicos, que receberam nova roupagem. Exemplo é o princípio da autonomia privada, que, ao ser relido, adaptado aos tempos modernos, recebe o nome de princípio da autonomia privada. Muitos, porém, continuam denominando-o de autonomia da vontade, apesar de seu novo perfil.

Vejamos alguns desses princípios informadores do Direito contratual, especialmente os que nos interessam para o aprofundamento do estudo da lesão.

O primeiro e mais importante princípio é o da dignidade humana. A dignidade humana, como vimos, é um valor a ser realizado pelo ordenamento jurídico. Foi consagrada no art. 1º, III da Constitui-

17 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100/101.

ção, como fundamento da República brasileira. É com base nessa dignidade que todas as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais, bem como todas as situações e relações jurídicas deverão ser interpretadas, inclusive os contratos.

Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade. Em outras palavras, os contratos não podem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes.

O segundo é o princípio da função social. Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e de circulação de riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social.

É com base no princípio da função social dos contratos que muitos problemas contratuais serão solucionados. Neste sentido, é com fulcro nele que, por exemplo, o juiz poderá evitar a falência de uma empresa, ao preservar a existência de contratos que poderiam ser resolvidos, dentre outras causas por serem lesivos. A revisão será sempre preferível à rescisão, salvo se não for possível a preservação do contrato.

O terceiro princípio que nos interessa é o da boa-fé. A boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva.

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa.

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra.

O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Este o sentido do art. 422 do Código Civil.

O princípio tem funções interpretativa, integrativa e de controle.

Em sua função interpretativa, o princípio manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável.

Segundo a função integrativa, percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários. São eles integrados pelo princípio da boa-fé.

Em sua função de controle, o princípio diz que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente. A função de controle tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito.

Em algumas hipóteses, como se houver lesão, o contrato pode ser extinto por violar o princípio da boa-fé.

Um subprincípio da boa-fé é o princípio da confiança, que, aqui, tem uma conotação diferente daquela que vimos acima, ao tratarmos da obrigatoriedade contratual. As partes confiam uma na outra, devendo a atuação de ambas corresponder a essa confiança.

Por fim, o último dos princípios que nos interessam é o da justiça contratual. Tem a ver com a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que recebeu.

É modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar pessoas em relação que deve ser de paridade.

A equidade é fundamental ao princípio da justiça contratual. É a equidade que impede que a regra jurídica, se entendida à letra, conduza a injustiças. Equidade é sinônimo de justiça ou, mais especificamente, é a justiça do caso concreto.

A justiça pode ser formal ou substancial/material.

A justiça formal preocupa-se com a igualdade de oportunidades no momento da contratação.

A substancial ou material preocupa-se com o efetivo equilíbrio do contrato.

As duas são importantes. Não basta apenas a formal.

A justiça substancial se baseia em dois princípios: o princípio objetivo da equivalência (entre prestação e contraprestação) e o princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos.

Pode-se dizer, contudo, que, salvo em casos excepcionais, presente a justiça formal, presume-se presente a substancial. Sem esta presunção seria difícil traçar o alcance da justiça substancial.

Presumida a justiça substancial, presumida estará a justiça contratual, cumprindo ao prejudicado provar a violação ao princípio da justiça contratual.

Há casos, porém, em que esta presunção não prevalece. São casos de desequilíbrio manifesto, em que incumbe, não ao prejudicado, mas à outra parte, provar que o princípio da justiça contratual não foi violado. São exemplos:

- vícios do consentimento (falta a justiça formal, não se podendo presumir a substancial);
- incapacidade (falta a justiça formal, não se podendo presumir a substancial);
- lesão e estado de perigo (falta a justiça formal. Na lesão, uma das partes se aproveita da ingenuidade, estado de necessidade ou mesmo da leviandade da outra. No estado de perigo, uma das partes contrata para evitar mal maior e a outra disso se aproveita);

- desequilíbrio contratual futuro (falta a justiça substancial);
- contratos padronizados e de adesão (pode faltar a justiça formal, por isso não se pode neles presumir presente a substancial).

Poderíamos dizer que é subprincípio da justiça contratual o *princípio de proteção ao hipossuficiente e ao vulnerável*, à parte mais fraca e menos informada. Na dúvida, a interpretação será sempre mais favorável ao hipossuficiente ou ao vulnerável.

Como resta claro, foi com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social que se ressuscitou a lesão, que hoje se baseia em todos esses princípios *supra* mencionados.

No Direito Brasileiro, a lesão evoluiu até ser abandonada pelo Código Civil de 1916. Posteriormente, já com a Constituição de 1937, o instituto volta a vigorar, recebendo tratamento doutrinário, legal e jurisprudencial, condizente com a realidade do Estado Social, instalado no País no século XX.

Por toda parte onde ocorre, o instituto apresenta-se como filho da equidade, afirmando a regra moral. Da mesma forma ocorreu no Direito Português, que vigorou no Brasil até o surgimento de nossos códigos.

A doutrina portuguesa soube bem distinguir a ação de lesão da de nulidade, presumindo nesta um contrato inválido, inábil a transferir o domínio, e naquela uma avença útil, sujeita a desfazimento posterior, evitável com o complemento do justo preço.

A construção portuguesa é mais segura, mais próxima da fonte romana, porque não vai buscar em razões laterais, ou na presunção de vício do consentimento, ou em ficção, o fundamento da rescisão que institui para todo contrato lesivo. A lesão está na injustiça do contrato em si, e não no defeito das partes ao contratar.

No Direito das Ordenações, além da *laesio enormis* havia ainda a lesão enormíssima, que se caracterizava quando alguém recebesse somente a terça parte do justo valor da coisa.

O Direito Português conferia ação de lesão tanto ao vendedor quanto ao comprador.

Proclamada a Independência do Brasil, foi decretado que toda a legislação portuguesa continuaria em vigor, nas partes em que não tivessem sido revogadas por nossa Lei.

Assim e em consequência deste Decreto, o instituto da lesão passou à legislação brasileira, tal qual era no Direito Português. Estando os monumentos doutrinários brasileiros assentados nos mesmos moldes da teoria construída sobre o Código Filipino, não tivemos, pois, uma doutrina brasileira sobre a lesão, nem trouxemos para a evolução do instituto uma contribuição que se possa dizer nossa, ou original.

O maior trabalho brasileiro do século passado, não só pela autoridade excelente de seu autor, como pela envergadura especial da própria obra, foi a *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas. Compulsando-a, vamos encontrar o instituto da lesão definido no art. 359, em disposição genérica, que envolve, da mesma forma que na Ordenação, todos os contratos comutativos, e ao mesmo tempo estipula a taxa caracterizadora da lesão, ou seja, a que “exceder metade do justo valor da cousa”.

Quem melhor expôs a doutrina em nosso Direito foi Lacerda de Almeida, cuja teoria se resume em poucas palavras¹⁸.

O dolo vicia o ato. Mas há um caso em que, sem a ocorrência deste vício, ele pode ser resolvido, e é quando falta equivalência das prestações nos contratos comutativos, excedendo o que se dá de mais da metade do que se recebe. O fundamento da rescisão do ato não é o vício do consentimento, mas a equidade. A desproporção entre o dado e o recebido, “destruindo a própria razão fundamental do contrato, ofende a equidade natural, e exige a proteção da lei em

18 ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: RT, 1916, p. 224 *et seq.*

favor do contratante prejudicado”. Daí ser desnecessário ao que invoca o benefício provar o engano em que incidiu ou a manobra da outra parte, pois a rescisão decorrerá da simples existência da desproporção dos valores. Esta deve ser contemporânea ao contrato. Mas, mesmo nessa época, concebe-se que a coisa tinha um valor máximo, médio e ínfimo. É preciso, então, eleger um para a base de configuração da lesão. Lacerda de Almeida prefere o ínfimo. E como nas coisas e direitos controvertidos e litigiosos é impossível conhecer precisamente o verdadeiro valor, o benefício da rescisão não alcança os contratos em que o objeto seja duvidoso ou dependente de eventualidades. As vendas em hasta pública não podem ser desfeitas em razão das solenidades e publicidades que as cercam.

Nega o benefício aos comerciantes pelo mesmo motivo da aptidão, que alcança os contratos de empreitadas com mestres de ofício, a que acresce ainda a liberdade comercial.

Quanto à lesão enormíssima, repete os conceitos vindos dos tratadistas clássicos.

Caio Mário salienta que Lacerda de Almeida se deixou influenciar por três categorias de idéias: a doutrina romana, tal como se extrai dos textos originais do Código Justiniano; a construção medieval; e os princípios contidos nas Ordenações, em torno dos quais, evidentemente, firmou sua apresentação. Assimilando todas as idéias e de umas e outras, tirando um pouco, oferece uma teoria eclética, com características didáticas, mas que padece do vício de não distinguir as contribuições das diversas épocas e escolas. Não quer isto dizer, porém, que se lhe negue o valor de haver abrangido o instituto numa síntese que bem demonstra a profundidade de seus estudos¹⁹.

O primeiro passo para abolir o instituto no Direito brasileiro foi dado pelo Código Comercial de 1850, que, no art. 220, dispôs não ter lugar a rescisão por lesão nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes.

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 96.

Como acentua J.X. Carvalho de Mendonça, o preço, representando a compensação da coisa e o objeto da prestação do comprador, “deve ser real, efetivo, ou, conforme se diz, sério”. Mas isto não significa que ele deva ser justo, isto é, “o equivalente exato da coisa vendida”²⁰. Caio Mário lembra passagem de Paulo, no Digesto em que se considera natural vender por mais o que vale menos e vice-versa²¹.

Esta malícia normal do comerciante, que faz da venda sua fonte de rendimentos, não se coaduna em verdade com o benefício da rescisão por lesão, pois que, se é da essência do ato comercial a especulação com fito de lucro, a segurança da vida mercantil desapareceria se fosse possível reabrir discussão em torno de qualquer venda perfeita, e indagar da proporcionalidade das prestações²².

A doutrina, laborando sobre o dispositivo que aboliu a lesão nas vendas celebradas “entre pessoas todas comerciantes”, ampliou-o a quaisquer vendas mercantis, ainda que um dos contratantes não seja mercador.

Uma vista rápida sobre as tentativas de codificação do Direito Civil brasileiro recolhe uma vez mais a controvérsia de que padece o instituto e que vimos encontrando ao longo desta peregrinação, desde sua discutida origem, e através de sua atormentada história.

Clóvis Beviláqua, auxiliando nos trabalhos da codificação, sustenta, com base no Direito comparado, que os códigos mais modernos aboliram o benefício da lesão. Com outro fundamento, de caráter sociológico, argumenta ser admissível a rescisão dos contratos lesivos, sempre que o Estado necessitar exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada, por não se sentirem os indivíduos

20 MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. VI, 2ª parte, p. 42/43.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 8.

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 108/109.

assaz fortes contra a prepotência e contra a cobiça, e porque entre as classes sociais há um verdadeiro contraste²³.

Partindo de que a igualdade civil está assegurada definitivamente, e ponderando que as facilidades da comunicação e o desenvolvimento da indústria colocam o vendedor na posição de escolher o momento da venda, defende Clóvis a segurança e a estabilidade das transações que devem se submeter à lei da oferta e da procura²⁴.

Na sessão de 31/12/1901, votada esta parte do Projeto, foram suprimidos os arts. 1.311 a 1.319, referentes à lesão²⁵.

Em 1934, a Constituição da República deu um primeiro passo na direção de ressuscitar o instituto da lesão, ao proibir a usura, em seu art. 117, parágrafo único. Para alguns, no Brasil, a lesão, por isso mesmo, só deixou de existir entre 1917 e 1934²⁶.

No entanto, foi somente em 1951, com a Lei dos Crimes contra a Economia Popular que a lesão tomou novamente assento em nossa legislação, com todos os seus contornos bem delineados. Trata-se da lesão usurária ou, simplesmente, usura, em que é apurado o dolo de aproveitamento, nos termos do art. 4º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51):

Obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

A doutrina, a partir daí retoma o assunto, dando-lhe maior relevo também a jurisprudência. De crucial importância foi a obra do

23 BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 294.

24 BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 294.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 97.

26 BECKER, Anelise. *Theoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2.

Prof. Caio Mário, que, podemos dizer, aprofunda definitivamente os estudos da lesão.

De todo modo, outra lei a cuidar da rescisão lesionária, só foi editada em 1990. Trata-se da Lei 8.078, também chamada de Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em poucas palavras, o legislador consumerista resumiu a lesão, em dois artigos. No primeiro deles, art. 6º, V, o CDC garante ao consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. No segundo, art. 51, IV, o Código considera nulas de pleno Direito, as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

Como se vê, não há no Código do Consumidor nenhum intento de regulamentar a lesão em seção específica, como faz com a desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, nem tampouco de traçar-lhe os contornos teóricos, como fez a Lei 8.078/51.

Pelo contrário, o CDC foi econômico nas palavras e disperso no tratamento do tema, deixando à doutrina e à jurisprudência o resto do trabalho, diante de cada caso concreto, como, aliás, é a moda da hermenêutica moderna.

Finalmente, o Código Civil de 2002 reentronizou a matéria dentre os defeitos dos negócios jurídicos, no art. 157 e parágrafos. Neste ponto, teve o legislador a preocupação de reservar-lhe uma seção específica, desenhando seu perfil e seus elementos.

II.2. Natureza jurídica da lesão

Vista, em poucas linhas, a evolução histórica da lesão no Direito Europeu e no Brasileiro, passemos a enfrentar a questão da natureza jurídica da lesão. Na geografia dos defeitos dos negócios jurídicos, seria ela vício do consentimento ou vício social?

A primeira tendência da doutrina foi no sentido de considerá-la vício do consentimento, uma vez que a vontade do lesado estaria prejudicada pela necessidade, pela inexperiência ou pela leviandade. Assim, o posicionamento da lesão seria ao lado do erro, do dolo e da coação.

A tese, contudo, não convence e não se justifica. A vontade do lesado embora, sem dúvida prejudicada, não nasce viciada por engano quanto às circunstâncias, nem por violência ou esperteza de terceiro. Não se pode equiparar a lesão aos vícios do consentimento, mesmo porque, o fundamento da invalidade do negócio não é a dissonância entre a vontade real e a vontade declarada.

Muito menos se equipara a lesão aos vícios sociais, quais sejam, à fraude contra credores e à simulação. Como diz Caio Mário, a distância entre os institutos é tão grande, que nem há mister salientar a diferença²⁷.

É inquestionável, todavia, que a lesão se assemelha aos vícios da vontade, uma vez que o beneficiário tira proveito da distorção anímica do lesado, que se deixa influenciar pela necessidade, se deixa enganar pela inexperiência, ou se abandona à leviandade. Mas, como visto, não chega a se inserir no grupo desses vícios pelas diferenças já apontadas.

Por isso mesmo, alguns a chamam de vício excepcional²⁸.

Anelise Becker qualifica a lesão como causa invalidante do negócio, relativamente a seu objeto, uma vez que a rescisão lesionária tem por principal causa a desproporção das prestações. Seguramente não tem por base a incapacidade dos sujeitos, nem a inadequação de forma²⁹.

27 PEREIRA B, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, p. 349.

28 PEREIRA B, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, p. 349.

29 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 135.

De todo modo, seja vício excepcional, seja causa invalidante referente ao objeto, seja qual for a natureza da lesão, os pilares em que se assenta a rescisão iremos buscar nos princípios da equidade, da boa-fé objetiva e, em última instância, ou primeira, dependendo do ponto de vista, no princípio da dignidade humana, fundamento constitucional da República.

Todo contrato exprime uma luta de vontades canalizadas para uma finalidade interesseira, e é a resultante inevitável das desigualdades iniciais, visto ser impossível pela própria contingência humana a concretização de um pressuposto absoluto de igualdade das partes contratantes. Desta disparidade pessoal, resulta quase sempre a obtenção de uma vantagem que se afirma às vezes com prejuízo de outrem.

Nisto não vai qualquer procedimento moralmente reprovável, que reclame do direito sanção ou permita ao aparelho repressor do Estado interferir para restabelecer uma igualdade, sacrificada sem quebra do dever de lealdade contratual. Mas, onde e quando se faz mister a intervenção estatal é no caso de um dos contratantes abusar de sua superioridade, porque então é mister estender o direito a sua proteção ao mais fraco, quer esta inferioridade se manifeste por “um estado permanentemente físico ou moral”, quer sua debilidade revista a forma de “uma vontade mal assegurada”, caso em que se terá de proceder a uma “análise sutil do valor do consentimento”³⁰.

No terreno moral e na órbita da justiça comutativa nada existe de mais simples: se um contrato exprime o aproveitamento de uma das partes sobre a outra, ele é condenável, e não deve prevalecer, porque contraria a regra de que a Lei deve ter em vista o bem comum, e não pode tolerar que um indivíduo se enriqueça na percepção do ganho, em contraste com o empobrecimento do outro, a que se liga pelas cláusulas ajustadas.

30 RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. éd., Paris: L.G.D.J., 1949, p. 81.

II.3. Requisitos de configuração da lesão

Para que se configure o negócio lesionário, é mister reúnam-se alguns requisitos essenciais. São cinco, que estudaremos a seguir³¹.

Primeiramente, a lesão deve ocorrer no momento da celebração do contrato, devendo ser apreciada segundo as circunstâncias deste momento. Se a desproporção ocorrer em momento superveniente, estaremos diante de onerosidade excessiva, devida a fatores imprevisíveis, podendo o contrato ser resolvido ou revisto.

Em segundo lugar, o negócio há de ser do tipo que pressuponha equivalência entre as prestações, o que ocorre nos contratos bilaterais e onerosos (comutativos).

A lesão é mais comum nos contratos pré-estimados. Nos contratos aleatórios também poderá haver lesão, desde que os riscos e chances de cada parte estejam equilibrados no momento da celebração. “A certeza da inequivalência entre os riscos assumidos por cada parte, que vem à luz ao primeiro exame, impede ao adquirente invocar o caráter aleatório do contrato para escapar à invalidade por lesão”³².

O terceiro requisito é a falta de equivalência entre as prestações. O Direito Brasileiro segue duas linhas. A Lei dos Crimes contra a Economia Popular tarifa a lesão em um quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Já o Código do Consumidor e o Código Civil optaram por não tarifar a lesão, elaborando conceito aberto para a desproporção, que deverá ser aquilatada pelo juiz no caso concreto, dentro dos limites do princípio da razoabilidade.

Em relação à tarificação da lesão, Caio Mário é de opinião que em todo negócio as partes devam contar com uma qualquer margem de lucro, sob pena de se paralisar todo o comércio e cessarem as

31 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 88 *et seq.*

32 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97.

transações. Compreendido no justo preço o lucro razoável, haveria lesão desde que se configurasse qualquer diferença, por mínima que fosse, em relação a ele³³.

Como a Lei Segunda do Código Justinianeus definiu como “menor”, e portanto, lesivo, o preço inferior à metade do justo, tal percentagem conservou-se até a Idade Moderna.

Se a tarifação ou o estabelecimento de um limite têm inconvenientes, por outro lado a instituição do benefício subordinado apenas à existência de uma desproporcionalidade entre o pago e o recebido, entre o valor da prestação obtida e o contra-valor da concedida, conduzirá fatalmente à instabilidade muito maior.

Todo e qualquer negócio depende de inúmeros fatores, quer de ordem pessoal, quer de ordem geral, a que acresce um elemento aleatório normal, que se não deve desprezar.

Quando o contrato é desses que se perfazem e executam num só ato, por exemplo, a compra e venda em que, concluído o ajuste, receba logo o vendedor sua prestação e o comprador a outra, a apuração do *iustum contrapassum* se reduz a uma simples avaliação. Mas, se a execução é deferida para época ulterior à conclusão do ato, já a questão assume outros aspectos, porque fatores estranhos à vontade das partes poderão influir, aparentando lesivo um negócio que na origem não o era.

Deixar ao arbítrio judicial a verificação do dano e a nulidade do ato em decorrência da lesão objetiva, sem um fator normativo essencial, é instituir como norma a insegurança das transações. Cada indivíduo tem os seus princípios, os seus critérios, as suas opiniões. O mesmo negócio, encarado por um homem que se mostre rigoroso na apreciação dos fatos pode ser reputado ilícito, e visto por um espírito menos rigorista é capaz de ser considerado moral e justo.

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 101 *et seq.*

O quarto requisito é o dolo de aproveitamento, que consiste no fato de o beneficiário se aproveitar da inexperiência, necessidade ou leviandade da outra parte.

Segundo Orlando Gomes, o dolo de aproveitamento só será necessário na apuração da lesão qualificada, como está posta na Lei dos Crimes contra a Economia Popular. Na lesão pura, interessa apenas a desproporção entre as prestações³⁴.

A lesão de que trata nossa legislação é, sem dúvida, a qualificada. O dolo de aproveitamento é essencial, sob pena de se cometerem injustiças, uma vez que pode haver desproporção sem que haja o aproveitamento por parte do beneficiário. O negócio, aparentemente lesivo, pode resultar da vontade realmente livre e consciente da parte aparentemente lesada.

Num primeiro momento, a opinião comum da doutrina moderna era a de que, para se configurar o aproveitamento, bastaria o estado subjetivo de conhecimento da situação inferior do prejudicado. Essa idéia evoluiu para que o aproveitamento praticamente deixasse de ser elemento subjetivo, passando a elemento objetivo, presumido na desproporção entre as prestações. Havendo a desproporção e a inferioridade, o dolo de aproveitamento se presume. A presunção é, obviamente, *iuris tantum*³⁵.

A jurisprudência pátria vem acolhendo esta tese, não exigindo, em regra, prova inequívoca do aproveitamento, que deve ser deduzido das circunstâncias em que se celebrou o negócio.

De fato, se uma das partes encontra-se em estado de necessidade, ou se pode ser inserida na categoria dos inexperientes (vulneráveis), e se a outra parte sabendo disso e celebrando negócio com exagerada vantagem para si, pode se presumir que houve aproveita-

34 GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed., São Paulo: RT, 1980, p. 33.

35 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116 *et seq.*

mento, ainda que o lesado tenha tido consciência disso, agindo com leviandade.

Por fim, o quinto requisito é a situação de inferioridade do lesado, que consiste em qualquer circunstância que reduza consideravelmente a autonomia negocial do lesado³⁶.

A inferioridade identifica-se com a necessidade, com a inexperiência ou com a leviandade do contratante lesado.

A necessidade não é necessariamente o estado de pobreza ou miséria, mas a impossibilidade econômica de evitar o contrato, dadas as circunstâncias.

A inexperiência tem a ver com vulnerabilidade. É a inexperiência contratual, é a falta de conhecimentos específicos de certa área, na qual se insere o objeto do contrato.

II.4. Efeitos da lesão

O principal efeito da lesão é a rescisão lesionária. Não se deve usar o termo resolução, uma vez que esta pressupõe um ato nascido válido, que depois é inadimplido³⁷.

A rescisão pode significar tanto nulidade quanto anulabilidade. No Código Civil, é causa de anulabilidade, já no Código do Consumidor é causa de nulidade. De toda forma, se o interessado não se manifestar em juízo, o negócio não será anulado, produzindo seus naturais efeitos.

Antes, porém, da anulação do contrato, deve-se pensar em sua revisão, sempre que possível, até por respeito ao princípio da função social dos contratos. Eventualmente, a anulação em massa de

36 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 120.

37 MAZEAUD & MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 11. ed., Paris: Monchrestien, 1996, t. I, v. I, p. 485.

uma série de contratos lesivos celebrados por certa empresa, pode levá-la à falência, o que, em princípio, não interessa à sociedade, dadas as conseqüências nefastas da quebra. Mas, cada caso é um caso, devendo ser analisado individualmente, de acordo com as circunstâncias da época da celebração e da época da execução.

III. Estado de perigo

III.1. Evolução histórica

Historicamente, a evolução jurídica do estado de perigo é recente e restrita a alguns países. Fala-se nele já no Direito Romano³⁸, mas sem nenhuma indicação clara e segura das fontes, uma vez que os juriconsultos romanos não traçaram os limites teóricos e práticos do instituto, longe disso. O *Editum quod metus causa* referia-se ao medo em geral, falando mais na coação, na violência (*vis*), que no perigo (*Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* — diz o pretor: o que for gerido por medo, não darei por ratificado — Ulpiano, D. IV, II, 1). De fato, porém, Ulpiano (D. IV, II, 7) menciona situações de risco de vida ou de escravidão (*timuit vel mortem, vel vincula*). Paulo também faz referência ao medo da escravidão (*Ego puto etiam servitutis timorem, similiumque admittendum* — eu reputo também o medo da servidão como algo semelhante — Paulo, D. IV, II, 4). Pode inferir dessas passagens do Editio que situações de perigo de morte ou de servidão, bem como outras semelhantes, a seguir a analogia de Paulo, poderiam levar à anulação do ato, ou à sua não ratificação pelo pretor (*ratum non habebo*). Ainda que se possa apontar o *Editum quod metus causa* como fonte primeira do estado de perigo, é fonte remota e nublada, para se ter como segura. Seguramente é fonte melhor que a *Lex Rhodia de Iactu*, que tratava dos

38 LOPEZ, Teresa Ancona. *O estado de perigo como defeito do negócio jurídico*. Disponível em: Teresa_Ancona_Lopez/EstadodePerigo.pdf. Acesso em: 30 nov. 2010, p. 6/7.

casos de alijamento marítimo, oriundo de caso fortuito ou de força maior.

Foram mesmo doutrina e jurisprudência modernas que criaram a teoria do estado de perigo, sendo a Itália um dos primeiros países a insculpi-la na lei escrita.

Art. 1447. (Contrato concluído em estado de perigo). — O contrato no qual uma parte assuma obrigação iníqua, pela necessidade, conhecida da outra parte, de salvar-se a si ou a outrem de perigo atual de dano grave à pessoa, pode ser resolvido, por requisição da parte que se tenha obrigado.

O juiz, ao pronunciar a resolução, pode, segundo as circunstâncias, assegurar uma justa compensação à outra parte pelo serviço prestado³⁹.

No Brasil, o estado de perigo já constava de forma não muito clara das leis portuguesas e das leis marítimas. Digo de forma não muito clara, pois em todos os casos, a ideia mais se assemelha à força maior do que ao estado de perigo propriamente dito. Bem, propriamente dito, aparece no Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues e no Projeto Beviláqua. Aquele não vingou, neste, foi suprimido. Assim, coube mesmo ao Código de 2002 instalar o estado de perigo em nossa legislação.

III.2. Definição e natureza jurídica

O estado de perigo é bastante semelhante à lesão e à usura. Na verdade, o que diferencia os três institutos é que naquele o perigo

39 Tradução livre do art. 1447 do Código Civil Italiano: “(Contratto concluso in istato di pericolo). — Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sè o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obligate. Il giudice nel pronunciare la rescissione, può secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per la opera prestata.”

é mais pujante, quase sempre imediato. Uma pessoa, para ser salva de naufrágio, paga soma absurda exigida por embarcação que passava pelo local. Um indivíduo, para não ser difamado, paga preço absurdo a um jornal, para a publicação de matéria esclarecedora. Na lesão e na usura, a necessidade é econômica.

Em todos eles, a vítima age em estado de necessidade. No estado de perigo, o estado de necessidade se configura pela iminência de dano moral ou físico. Na lesão e na usura, o estado de necessidade é econômico. Por fim, no estado de perigo é a vítima que assume obrigações, seja no sentido de propor o negócio abusivo, seja no sentido de aceitá-lo para se socorrer.

O estado de perigo se caracteriza, pois, pelo temor que leva a vítima a praticar um ato que, em outras condições, não praticaria⁴⁰.

De qualquer modo, o negócio praticado em estado de perigo é anulável, contendo vício leve. Decretada a nulidade, a parte que se beneficiar poderá pleitear o preço justo em ação de regresso. No caso da embarcação que salva o náufrago por preço absurdo, anulada obrigação, o credor do preço poderá exigir o pagamento em ação de locupletamento, uma vez que, afinal, o serviço foi prestado⁴¹.

Uma questão: estado de perigo e estado de necessidade seriam a mesma coisa? Para muitos, parece haver uma sinonímia, mas, na verdade, são institutos totalmente distintos.

A necessidade, de fato, pode constituir direitos, o que ocorre em diversas situações, tanto no Direito Público, quanto no Direito Privado. A hipótese de a necessidade ensejar direitos não é novidade; sob o influxo de princípios éticos e, principalmente, religiosos direi-

40 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 510.

41 Mais sobre o tema, ver DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed., São Paulo: RT, 1980. Pereira, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, cit.

tos houve em prol daqueles em grave necessidade econômica. O juiz eclesiástico podia obrigar os ricos a ajudar os pobres. Era já admitido em Direito Romano o princípio, segundo o qual *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei. Pode ser, ainda hoje, invocada como excludente de ilicitude.

Não só no Direito Penal se pode falar em estado de necessidade. Teresa Ancona Lopes aponta no Direito Civil

inúmeras situações em que a necessidade aparece como título jurídico. Por exemplo, na gestão de negócios, na qual a intervenção de terceiro nos negócios e propriedade alheia se justifica pela necessidade. Também a necessidade é fundamento do direito de passagem, em caso de prédio encravado, ou do direito do prédio superior despejar suas águas no inferior. É também a necessidade que legitima o casamento nuncupativo, o testamento marítimo, o depósito necessário. Importante também a sua aplicação no instituto dos alimentos, onde a demonstração das necessidades do alimentado é fundamental, criando, inclusive, o próprio direito⁴².

O estado de necessidade é mais amplo que o estado de perigo. De Plácido e Silva define-o, ora como estado de penúria, de precisão, ora como “estado de constrangimento, em que se vê a pessoa, de modo a levá-la a fazer o que não era para fazer ou não fazer o que era de seu dever”⁴³. Neste segundo sentido interessa-nos mais, uma vez que se assemelha ao estado de perigo. Muito embora se pareçam, no estado de perigo não se trata de fazer o que não era para fazer, ou deixar de fazer o que era para fazer. Nele cuida-se de assumir obrigação excessivamente onerosa, dada situação de emergência, de constrangimento, sem dúvida, mas consistente em perigo à vida ou à saúde. São institutos distintos, como fica claro.

42 LOPEZ, Teresa Ancona. *O estado de perigo como defeito do negócio jurídico*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/. Acesso em: 30 nov. 2010, p. 2.

43 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 556/557.

Outra questão: seriam a mesma coisa estado de perigo e força maior/caso fortuito?

O estado de perigo, como vimos, é a situação de emergência, consistente em perigo à vida ou à saúde, que leva o indivíduo a assumir obrigação excessivamente onerosa. Na verdade, o estado de perigo em si pode não levar à assunção de obrigação excessivamente onerosa, mas daí não produzirá efeitos jurídicos. Bem, o caso fortuito e a força maior, assim como o estado de necessidade, são excludentes de ilicitude.

A doutrina tende a não fazer distinção prática entre força maior e caso fortuito. Legalmente são tratados como equivalentes. Mas há diferença ontológica entre eles.

Como bem define De Plácido e Silva, em seu Vocabulário jurídico,

caso fortuito é, no sentido exato de sua derivação (acaso, imprevisão, acidente), o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem, quando vem, para que seja evitado.

O caso de força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas que não se pode, igualmente, evitar, visto que é mais forte que a vontade ou ação do homem.

Assim, ambos se caracterizam pela irresistibilidade. E se distinguem pela previsibilidade ou imprevisibilidade⁴⁴. Há autores que invertem a definição. Tanto faz, o que importa é que não se confundem com o estado de perigo.

Quanto à sua natureza, pode-se dizer o mesmo que se disse da lesão.

A tendência da doutrina, principalmente paulista, é no sentido de considerá-lo vício do consentimento, uma vez que a vontade da vítima estaria prejudicada pelo perigo de grave dano. Assim, o posi-

44 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 401/402.

cionamento do estado de perigo seria ao lado do erro, do dolo e da coação.

A tese, contudo, não convence e não se justifica. A vontade do paciente embora, sem dúvida prejudicada, não nasce viciada por engano quanto às circunstâncias, nem por violência ou esperteza de terceiro. Não se pode equiparar o estado de perigo aos vícios do consentimento, mesmo porque, o fundamento da invalidade do negócio não é a dissonância entre a vontade real e a vontade declarada.

Muito menos se equipara o estado de perigo aos vícios sociais, quais sejam, à fraude contra credores e à simulação. Como diz Caio Mário, com referência à lesão, a distância entre os institutos é tão grande, que nem há mister salientar a diferença⁴⁵.

É inquestionável, todavia, que o estado de perigo se assemelha aos vícios da vontade, uma vez que o beneficiário tira proveito da distorção anímica da vítima, que se deixa influenciar pelo perigo de dano iminente. Mas, como visto, não chega a se inserir no grupo desses vícios pelas diferenças já apontadas.

Por isso mesmo, devemos chamá-lo de vício excepcional, assim como a lesão⁴⁶.

Anelise Becker qualifica a lesão como causa invalidante do negócio, relativamente a seu objeto, uma vez que a rescisão lesionária tem por principal causa a desproporção das prestações. Seguramente não tem por base a incapacidade dos sujeitos, nem a inadequação de forma⁴⁷. O mesmo se poderia dizer em relação ao estado de perigo. É causa invalidante do negócio relativamente a seu objeto.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, p. 349.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, p. 349.

47 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 135.

A causa da invalidação é exatamente a desproporção entre as prestações.

Repetindo o que dissemos a respeito da lesão, seja o estado de perigo vício excepcional, seja causa invalidante referente ao objeto, seja qual for sua natureza, os pilares em que se assenta a rescisão iremos buscar nos princípios da equidade, da boa-fé objetiva e, em última instância, ou primeira, dependendo do ponto de vista, no princípio da dignidade humana, fundamento constitucional da República.

Todo contrato exprime uma luta de vontades canalizadas para uma finalidade interesseira, e é a resultante inevitável das desigualdades iniciais, visto ser impossível pela própria contingência humana a concretização de um pressuposto absoluto de igualdade das partes contratantes. Desta disparidade pessoal, resulta quase sempre a obtenção de uma vantagem que se afirma às vezes com prejuízo de outrem.

Nisto não vai qualquer procedimento moralmente reprovável, que reclame sanção do direito ou permita ao aparelho repressor do Estado interferir para restabelecer uma igualdade, sacrificada sem quebra do dever de lealdade contratual. Mas, onde e quando se faz mister a intervenção estatal é no caso de um dos contratantes abusar de sua superioridade, porque então é mister estender o direito a sua proteção ao mais fraco, quer esta inferioridade se manifeste por “um estado permanentemente físico ou moral”, quer sua debilidade revista a forma de “uma vontade mal assegurada”, caso em que se terá de proceder a uma “análise sutil do valor do consentimento”⁴⁸.

No terreno moral e na órbita da justiça comutativa nada existe de mais simples: se um contrato exprime o aproveitamento de uma das partes sobre a outra, ele é condenável, e não deve prevalecer, porque contraria a regra de que a Lei deve ter em vista o bem comum,

⁴⁸ RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. éd., Paris: L.G.D.J., 1949, p. 81.

e não pode tolerar que um indivíduo se enriqueça na percepção do ganho, em contraste com o empobrecimento do outro, a que se liga pelas cláusulas ajustadas.

III.3. Requisitos de configuração do estado de perigo

Para se configurar, o estado de perigo pressupõe a conjunção de quatro elementos: o primeiro deles é o perigo, que gera a necessidade de salvar-se ou a terceiro de grave dano; o segundo, o objeto da ameaça, ou seja, o paciente, terceiro, animal, objeto de valor; o terceiro, o dolo de aproveitamento; e o quarto, a assunção de obrigação excessivamente onerosa.

O perigo é a ameaça de grave dano. Ele gera o estado de necessidade (em sentido amplo), e deve ser grave e atual⁴⁹.

A atualidade do perigo significa que o fato danoso já existe e, caso não seja interrompido, conseqüências lesivas advirão.

A gravidade do dano deve ser medida de acordo com as circunstâncias, levando-se em conta o *constans homo*, o homem médio, avaliado tanto em relação às condições físicas, quanto em relação às condições psíquicas. Deverá haver uma avaliação *in concreto* do dano.

É interessante observar que o estado de perigo putativo é relevante para o Direito Civil. Basta que o paciente pense estar em ver-

⁴⁹ *On peut se poser la question de savoir ce que veut dire le terme "péril". Il n'existe pas de définition légale. L'état de péril serait un état dangereux, une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée: elle risque soit de perdre la vie, soit des blessures, soit une altération grave de sa santé... Bref une menace sérieuse pèse sur la personne physique.* — Pode-se indagar sobre o que quereria dizer o termo "perigo". Não há definição legal. O estado de perigo seria um estado perigoso, uma situação crítica, que faz temer graves conseqüências para a pessoa que lhe esteja exposta: ela arrisca seja perder a vida, seja sofrer ferimentos, seja sofrer uma alteração grave de saúde... Em suma, uma ameaça séria pesa sobre a pessoa física. Disponível em: <http://www.aapel.org/textesdeloi.html>. Acesso em: 10 dez. 2010.

dadeiro estado de perigo, para que o negócio possa ser anulado. É óbvio que o suposto estado de perigo tem que ser do conhecimento da outra parte, pouco importando que tenha ela convicção do perigo ou saiba de sua inexistência. O que interessa é que aja com dolo de aproveitamento.

É também interessante observar que a recíproca é verdadeira. Se houver um perigo real, mas o paciente o ignorar, o negócio não será anulável.

Por outro lado, o dano não necessita ser totalmente inevitável, insuperável. Basta que, diante das circunstâncias, seja muito difícil, para aquela pessoa, contorná-lo. Não necessita tampouco ser injusto, como, por exemplo, o perigo gerado por uma tempestade. O dano, ou seja, o perigo pode originar-se de um evento natural, de atuação humana, voluntária ou involuntária, comissiva ou omissiva, pode, inclusive, ter sido oriundo de ato da própria pessoa exposta ao perigo.

O objeto da ameaça (do perigo) é o segundo elemento. Segundo nosso Código civil, deverá ser o próprio declarante, ou pessoa da família, podendo o juiz avaliar, segundo as circunstâncias, caso não seja pessoa da família.

A ameaça de dano diz respeito à integridade física, à honra e à liberdade, em outras palavras, à personalidade. O dano possível pode ser, assim, físico e/ou moral.

Nosso Código Civil, diferentemente do Italiano, do qual é cópia, foi extremamente infeliz em sua redação, ao limitar a necessidade de salvamento ao próprio agente ou a pessoa de sua família.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

A restrição às pessoas da família não tem o menor fundamento. Parte o legislador do pressuposto de que, tratando-se de estra-

nhos, o declarante não se importaria. Na verdade, correto estaria o parágrafo único do art. 156, se não fosse restrito a pessoas estranhas.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Muito melhor teria sido a técnica do legislador se, em vez de fazer restrições a pessoas estranhas à família, tivesse copiado “veramente” o Codice, que sabiamente não faz essa restrição:

Art.1447. O contrato no qual uma parte assuma obrigação iníqua, pela necessidade, conhecida da outra parte, de salvar-se a si ou a outrem de perigo atual de dano grave à pessoa, pode ser resolvido, por requisição da parte que se tenha obrigado.

Cabe ainda uma questão: e se o perigo recair sobre animal ou objeto de valor, como uma obra de arte?

Em meu entendimento, com base no princípio da boa-fé, seria possível se pleitear a anulação do negócio, ou sua revisão, até porque o terceiro elemento nos permite esse entendimento: o dolo de aproveitamento.

O dolo de aproveitamento é o terceiro elemento caracterizador do estado de perigo.

O perigo pode nem ser objetivamente tão grave. O que interessa, porém, é o estado psicológico da vítima, do qual se aproveita a contraparte. Haverá sempre um nexo de causa e efeito entre o temor da vítima e a má-fé do outro contratante.

Com base nisso é que se pode afirmar ser o princípio da boa-fé o fundamento do estado de perigo.

A boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva.

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente,

no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo.

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra.

O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Este o sentido dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil.

Em síntese, segundo o princípio da boa-fé objetiva é direito de cada uma das partes confiar na outra. O dolo de aproveitamento atenta frontalmente contra este princípio.

Por fim, o quarto elemento configurador do estado de perigo é a assunção de obrigação excessivamente onerosa.

A onerosidade excessiva será aquilatada diante das circunstâncias objetivas do caso concreto. O fundamento é que não seria aceitável que uma pessoa suportasse um ônus econômico, objetivamente desproporcional à contraprestação obtida.

III.4. Efeitos do estado de perigo

O efeito explicitado no Código Civil é a possibilidade de anular o negócio realizado em estado de perigo. A pergunta é: seria este o único efeito possível?

A meu ver, não. Tendo como base o princípio da conservação/preservação dos contratos (dos negócios, em geral), sub-princípio da função social dos negócios jurídicos, é possível a manutenção do negócio, com o devido reequilíbrio das prestações, desde que requerido por uma das partes.

O Código Civil Italiano, com base no princípio do enriquecimento sem causa, contém regra, segundo a qual o juiz poderá fixar uma justa compensação à outra parte pelo serviço prestado. Em nosso ordenamento, caso não seja pedida a compensação, não poderá ser objeto da decisão, sob pena de sentença *ultra petita*. Havendo pedido, mesmo sem previsão expressa no art.156, é possível, com base no mesmo princípio do enriquecimento sem causa, a fixação de uma justa compensação. Assim, se, por um lado, o hospital exigiu um depósito absurdo, para internar o paciente, não significa, por outro lado, que não deva ser remunerado por seus serviços.

IV. Conclusão

De tudo o que se viu, pode-se concluir estarem a lesão e o estado de perigo, aquela menos, este mais, meio que mal delineados no Código Civil. Mas, com todas as suas imperfeições, ele é um sistema que dá suporte a uma série de soluções, mesmo que não explícitas. Assim, é possível, com base no princípio da boa-fé e do enriquecimento sem causa, estender os efeitos do estado de perigo até aos animais ou aos objetos de valor. É possível fazer a leitura mais adequada, para se reajustar o contrato lesionário, respeitando o princípio da preservação do vínculo, da função social dos contratos. Além disso, pode-se sempre recorrer à Constituição, estrela maior de nosso ordenamento, para colmatar aparentes lacunas.

**PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

DIREITOS AUTORAIS, DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

COPYRIGHT, LIABILITY AND DEVELOPMENT OF NEW TECHNOLOGIES

Carlos Affonso Pereira de Souza

Resumo: O artigo trata da relação entre a proteção dos direitos autorais e o desenvolvimento tecnológico. Partindo de análise sobre importantes ações indenizatórias propostas nos Estados Unidos, o texto aborda como a tutela judicial dos direitos autorais deve acompanhar o progresso das novas tecnologias, impedindo que o recurso ao Poder Judiciário se transforme em mecanismo abusivo. Nessa direção são investigadas as experiências envolvendo ações indenizatórias cujo resultado poderia ser o desestímulo à inovação tecnológica, além de recentes decisões judiciais nacionais que ordenaram a filtragem de conteúdo exibido por provedores na internet, expondo os desafios de implantação dessas medidas em ambientes de produção colaborativa de conteúdo.

Palavras-Chave: Direitos Autorais. Internet. Tecnologia. Responsabilidade Civil.

Abstract: The article addresses the interplay between copyright protection and new technologies. Based on the analysis of relevant US caselaw, the text advocates that lawsuits filed for copyright infringement should not hinder technology development. Recent Brazilian caselaw is addressed as well, highlighting law suits brought

against internet service providers (ISPs) and the challenges of ordering ISPs to filter content in a collaborative environment.

Keywords: Copyright. Internet. Technology. Civil Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A relação entre proteção autoral e desenvolvimento tecnológico: do vídeo-cassete ao compartilhamento de arquivos na internet. 3. Os desafios da filtragem de conteúdo em ambientes colaborativos. 4. Conclusão.

1. Introdução

Existe uma relação importante entre a tutela dos direitos autorais e o desenvolvimento tecnológico. Concebido como forma de incentivar a criação intelectual, a proteção autoral tem sido manejada nos últimos anos como forma de proteger modelos de negócio estabelecidos frente ao avanço da tecnologia e o conseqüente surgimento de alternativas às formas conhecidas de acesso e distribuição de músicas, filmes e livros.

Não raramente essa tentativa de bloqueio ao progresso tecnológico é realizada através de ações indenizatórias que, ao redor do mundo, exploram as fronteiras da proteção autoral.

A função principal da responsabilidade civil é criar mecanismos para compensar os danos sofridos pela vítima. A chamada função reparadora ou compensatória da responsabilidade civil traz para a vítima o foco de todo o trabalho de construção das ações indenizatórias como forma eficiente e proporcional para superar os prejuízos causados pelo ato danoso. Dessa forma, quanto maior for a incidência de uma situação danosa, mais é esperado que a mesma seja acompanhada de um crescimento no número de ações indenizatórias que visem a reparar as suas vítimas.

Se a tutela autoral se expandiu nos últimos anos, conferindo proteção para exercícios cada vez mais diversificados dos direitos au-

torais, tornando assim a sua inovação cada vez mais freqüente como forma de tutelar interesses privados, o mesmo processo ocorre com o recurso a ações indenizatórias. O recrudescimento da legislação e dos julgados envolvendo direitos autorais, no Brasil e no mundo, condenando aqueles que infringem a proteção conferida pelo ordenamento, e avançando eventualmente sobre usos que poderiam ser legitimados por princípios constitucionais concorrentes, ou mesmo por exceções e limitações aos direitos autorais, encontra paralelo com a expansão da responsabilidade civil.

O agravamento do combate à chamada pirataria fez convergir para a mudança legislativa para e a propositura de ações judiciais os esforços de autores e dos titulares de direitos autorais. Esse movimento pode ser percebido como resposta da indústria cultural às inovações tecnológicas que tornam mais fáceis e corriqueiras as infrações aos direitos autorais. Da mesma forma, o crescimento do recurso à responsabilidade civil como mecanismo de resolução de conflitos pode ser analisado como uma conseqüência da pluralidade e a maior freqüência com que novas situações danosas são criadas no meio social. O aumento sucessivo de hipóteses que poderiam ser inseridas na categoria de “novos danos”, como aqueles derivados do uso das tecnologias, faz com que a propositura de ações indenizatórias se torne também mais usual.

Isto porque a responsabilidade civil é geralmente o primeiro recurso que o ordenamento jurídico oferece para uma eventual hipótese de dano, já que se trata de instrumento dotado de grande flexibilidade, de estrutura simples, e cuja aplicação depende em grande parte da construção prática traçada pela jurisprudência¹.

Mas não necessariamente é a responsabilidade civil o melhor mecanismo para solucionar situações que, com notória regularidade,

1 Maria Celina Bodin de Moraes. “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439.

causam danos no meio social. O recurso freqüente à ação indenizatória deve ser percebido como um indicador de que determinada relação jurídica está a demandar uma regulamentação urgente para estancar o crescimento das hipóteses de ocorrência de dano. Nessas hipóteses, pode a responsabilidade civil antecipar as condições para uma futura reforma legislativa.

No caso das ações indenizatórias que buscam, de forma massificada, compensar autores e titulares de direitos autorais por usos não autorizados de suas obras, existe um paradoxo que impede a responsabilidade civil de exercer a sua função compensatória como medida justa para garantir a ampla reparação da vítima. Isto é, o crescimento do número de ações indenizatórias que busca condenar terceiros por usos não autorizados de obras autorais pode se tornar um exercício abusivo da proteção concedida pela lei àqueles que movem o mecanismo da responsabilidade civil.

Dessa forma, é preciso, no caso das ações indenizatórias por ilícitos contra os direitos autorais, analisar com cautela o que motiva o aumento no manejo da responsabilidade civil e separar a sua utilização em larga escala daquelas circunstâncias em que o aumento do número de ações representa a expansão de danos a interesses legítimos, cujos titulares são vítimas a serem compensadas através dos devidos instrumentos legais, daquelas que servem de instrumento para se alcance vantagens não prestigiadas pelo equilíbrio que deve existir entre os interesses privados e públicos na tutela autoral.

Dito de outra forma, o próprio mecanismo da responsabilidade civil, por servir de instrumento para o abuso do direito autoral, faz com que os tribunais efetivem o desequilíbrio entre os interesses na tutela das criações intelectuais, quando, finalisticamente, deveria ser justamente o contrário.

O equilíbrio entre a proteção autoral e o desenvolvimento de novas tecnologias pode ser visto por pelo menos dois prismas: ou as tecnologias são apropriadas pela indústria cultural, servindo de meio para a divulgação e o acesso de obras intelectuais, ou a mesma passa

a ser vista como inimiga do modelo de negócio previamente desenvolvido para a difusão de obras autorais e, com isso, adota-se o recurso aos tribunais para fazer valer a legislação contra usos ilícitos que se tornaram possíveis com o desenvolvimento tecnológico. Em certos casos, ao se adotar essa última opção, as ações indenizatórias não visam a responsabilizar quem comete o ilícito em si, mas sim quem desenvolve a tecnologia em foco e promove a inovação no meio social.

A grande preocupação aqui exposta não é investigar o litígio em massa contra aqueles que violam os direitos autorais — estratégia adotada em alguns países ao longo dos últimos anos, especialmente com o aumento das formas de troca de arquivos digitais na Internet² — mas sim analisar como a proteção do direito autoral se relaciona com o desenvolvimento tecnológico, enfatizando a possibilidade de se abusar da tutela autoral para, em nome da preservação dos interesses privados, garantir o bloqueio do progresso tecnológico. Trata-se das hipóteses em que, em sede de ações indenizatórias, buscou-se impedir, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de determinada tecnologia, usualmente caracterizada como forma de cometimento freqüente de novos atos ilícitos.

Para essa finalidade é importante analisar três precedentes da jurisprudência norte-americana, não apenas pela influência desses julgados, mas principalmente porque eles oferecem uma perspectiva clara sobre como a proteção conferida aos direitos autorais recrudescu nos últimos anos e como a responsabilidade civil teve papel determinante nesse processo de abuso da proteção intelectual. Em seguida, será analisado o recurso da filtragem de conteúdo, prática comumente determinada pelas decisões judiciais para evitar a ocorrência de danos, também como gerador do efeito de bloqueio tecnológico e desestímulo à inovação.

2 Para maiores referências sobre as ações movidas contra usuários que fizeram download de músicas na Internet, vide "<http://www.eff.org/riaa-v-people>" (acessado em 15.12.2010).

2. A relação entre proteção autoral e desenvolvimento tecnológico: do videocassete ao compartilhamento de arquivos na internet

O primeiro caso a ser destacado, derivado da experiência norte-americana, é o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1984, do caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*³, referido usualmente como a mais famosa decisão judicial sobre direito autoral naquele país⁴. Esse caso ficou conhecido como o “caso Betamax” porque estava em jogo na decisão a tese apresentada por alguns estúdios de Hollywood no sentido de que a empresa Sony, fabricante dos videocassetes que utilizavam o formato Betamax (depois substituído pelo formato VCR), deveria ser responsabilizada por todas as cópias de programas de televisão feitas por usuários de videocassete.

O argumento apresentado pelos titulares dos direitos autorais defendia que não haveria qualquer interesse público em se permitir que pessoas, em seus domicílios e para uso privado, gravassem uma cópia integral dos programas que são transmitidos através da televisão. Essa utilização de obra autoral seria indevida, não se enquadraria nos limites dos usos permitidos pela regra do *fair use*, e com isso, aquele que desenvolve tecnologia que permite essa infração em massa aos direitos autorais deveria responder perante autores e titulares da proteção intelectual.

O efeito prático do argumento apresentado pelos detentores dos direitos autorais seria um bloqueio à produção de novos equipamentos que permitissem a gravação de programas de televisão para uso doméstico. Com isso, compreende-se que o intuito maior das

3 Suprema Corte dos Estados Unidos, *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*; j. em 17.01.2004.

4 Essa é opinião de Jessica Litman. “The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins meets the Boston Strangler.”, in Jane Ginsburg e Rochelle Dreyfuss (ed). *Intellectual Property Stories*. Nova Torque: Foundation Press, 2006, p. 368.

pretensas vítimas da ação indenizatória seria resguardar um modelo de negócio já estabelecido, mesmo que isso importasse na restrição no grau de inovação que o desenvolvimento tecnológico poderia trazer no futuro.

A defesa do estúdio de Hollywood assim como os argumentos apresentados pela Sony receberam o apoio de vários *amicus curiae*. Dentre as petições recebidas em apoio à tese da indústria cultural, os *amicus curiae* da MPAA (*Motion Picture Association of America*) e da rede de televisão CBS merecem destaque, por enfatizarem como a proteção dos direitos autorais dependia de uma tutela, reconhecida pelo tribunal, que enfatizasse o papel central do autor.

O *amicus curiae* da MPAA apela para o fato de que os autores compõem uma classe especial de indivíduos na sociedade, cuja natural dificuldade de fazer valer os seus direitos, dependia de uma resposta da Suprema Corte que preservasse os interesses individuais em detrimento mesmo de eventuais demandas públicas. Dessa forma, assim argumentou a referida petição:

Autores e titulares de direitos autorais são, por causa de sua criatividade e talento para o empreendedorismo, um grupo único. Eles são uma minoria que não consegue rapidamente mobilizar grande apoio popular em assuntos legislativos, particularmente naqueles que envolvem direitos autorais, que afetam os seus interesses diretamente, e, em última instância, os nossos também. Isso é especialmente verdadeiro quando ao público em geral é oferecida a possibilidade de optar por usar uma propriedade autoral sem qualquer pagamento — ou ostensivamente de graça. Mas porque as suas contribuições para o bem-estar, para a cultura, e para a economia da nação são muitas, a proteção dos seus interesses reside em nossa consciência não apenas como um assunto de justa regulação, mas também de equidade⁵.

5 MPAA. *Amicus Curiae* no caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, datado de 27.10.82, p. 12 (in “http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_amicus_mpa2.pdf”, acessado em 15.12.2010). A percepção de que os autores formariam uma categoria desorganizada, cujos interesses precisam ser tutelados de forma extensiva pela legislação justamente para

O equilíbrio entre interesses privados e públicos alcançado através da proteção autoral foi um dos tópicos desenvolvidos pelo *amicus curiae* apresentado pela rede CBS no caso Betamax. A limitação das demandas públicas sobre a utilização de obra autoral fazia-se necessária para que o mecanismo de incentivo consistente na exclusividade não fosse frustrado. Sobre o tema, assim desenvolveu o referido documento:

É o sistema de proteção ao direito autoral que atende ao interesse da sociedade em dispor de obras intelectuais disponível publicamente. O sistema prevê incentivos econômicos para a criação intelectual, e a protege contra usos não autorizados de modo que autores não sintam medo de divulgar as suas obras ao público. O Congresso positivou a doutrina do *fair use* para casos em que a responsabilização por uma violação de direito autoral teria o efeito de inibir, ao invés de estimular a criatividade. Os autores desta ação ao argumentarem a favor de um maior 'acesso' parecem se equivar à situação em que, após a construção de ponte para a cobrança de pedágio, o interesse do público em acessar a ponte estaria melhor atendido pela simples eliminação do pedágio. Esse é um argumento que destruiria as fundações econômicas do sistema de direito autoral⁶.

Em decisão por maioria (5 a 4), a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, mesmo que o vídeocassete pudesse propiciar usos ilícitos de obras autorais, não seria papel do Poder Judiciário

que os mesmos possam ser protegidos não é isenta de críticas e nem recente. Se por um lado cumpre alertar para o fato de que a proteção que se busca erigir é justamente contra demandas de natureza pública por maior equilíbrio na proteção autoral, não sendo o autor tratado como um hiposuficiente, por outro lado, pode-se encontrar esse discurso em obras jurídicas de mais de sessenta anos atrás, pois, nessa direção, Paul Olganier já defendia que “na busca perpétua pelo ideal, o artista perde o contato com a vida prática, devendo assim a legislação vir em sua ajuda.” (*Le Droit des Artistes Interprètes et Exécutants*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1937, p. 6).

6 CBS. *Amicus Curiae* no caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, datado de 27.10.82, p. 12 (in “http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_amicus_cbs2.pdf”, acessado em 15.12.2010).

aplicar o regime de responsabilização sobre quem desenvolve uma nova tecnologia capaz de gerar atos ilícitos, principalmente quando essa mesma tecnologia também cria as condições para o desenvolvimento de uma série de situações lícitas. A decisão afirmou assim que, no caso da gravação de programa de televisão por videocassete, haveria apenas uma mudança no momento em que a obra intelectual seria exibida (*time-shifting*), o que estaria protegido pelas regras do *fair use*.

O voto vencedor no julgamento do caso utilizou o equilíbrio entre os interesses privados e públicos como linha de argumentação, afirmando que a mera possibilidade de gerar usos lícitos já impediria o pleito no sentido de responsabilizar o desenvolvedor de certa tecnologia pelos potenciais usos de natureza ilícita. Segundo o voto vencedor:

Deve existir um equilíbrio entre a demanda legítima de um titular de direitos autorais por uma efetiva — e não meramente simbólica — proteção conforme a exclusividade conferida pela lei, e o direito de terceiros de livremente desenvolver práticas comerciais substancialmente não relacionadas. Dessa forma, a venda de equipamento de reprodução não implica em responsabilidade por parte da empresa se o produto é amplamente usado para propósitos legítimos e inquestionáveis. Na verdade, ele precisa apenas ser capaz de usos não substancialmente ilícitos⁷.

O legado do caso Betamax foi uma ponderação entre as demandas existentes pela remuneração devida pelo uso da obra por terceiro, sendo esse um fator de estímulo para a produção autoral e, de outro lado, a necessidade de se garantir certa liberdade para o desenvolvimento de novas tecnologias, não bloqueando a sua produção através da responsabilização daqueles que inovam na geração de formas para criar, utilizar e distribuir conteúdo autoral.

7 In “<http://www.enfacto.com/case/U.S./464/417/>” (acessado em 15.12.2010).

A ameaça representada pelo surgimento de uma revolucionária nova tecnologia surgiria de forma muito mais disseminada na sociedade no final dos anos noventa do século passado com as redes de trocas de arquivos digitais na Internet⁸.

As denominadas redes *peer-to-peer* (“ponto-a-ponto”) são redes de comunicação em que cada computador conectado atua como servidor e cliente da transmissão de informação, eliminando, na forma mais atual de desenvolvimento desse tipo de rede (*peer-to-peer* descentralizado), a necessidade de qualquer espécie de servidor central fixo, pelo qual todo o fluxo de informações devesse necessariamente passar. Rapidamente as redes *peer-to-peer* se tornaram a forma mais utilizada para a troca de arquivos protegidos por direitos autorais sem a devida autorização para tal uso.

A primeira grande ação indenizatória promovida pela indústria fonográfica contra essas redes de trocas de arquivos foi a proposta por A&M Records contra a empresa responsável pelo *website* Napster, sendo apreciada, em grau de recurso, pelo Tribunal Federal de Apelações do Nono circuito⁹.

O *website* originário do programa Napster constituía uma forma rudimentar de rede *peer-to-peer*, pois requeria que o usuário da rede fizesse o seu acesso através de um *website*, submetendo a consulta sobre os arquivos disponíveis dentre os demais usuários da rede ao processamento de um servidor central fixo, situado no Estado da

8 Segundo Lydia Esteve González, a Internet apresenta algumas características que tornam mais complexas as tentativas de se imputar responsabilidades, dentre as quais pode-se destacar: (i) o seu caráter descentralizado; (ii) a interatividade, que permite a todo usuário ser emissor e receptor de informações; (iii) a digitalização ou desmaterialização dos dados; (iv) a acessibilidade, que faz com que a rede possa ser acessada de todos os países do mundo; (v) a sua transnacionalidade; e (vi) a situação peculiar dos provedores como intermediários das relações travadas na Internet (*Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet*. Granada: Comares, 2006, pp. 14/15).

9 Tribunal Federal de Apelações do Nono Circuito. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*; j. em 12.02.2001.

Califórnia, nos Estados Unidos. A existência de um servidor centralizado terminou por facilitar a suspensão das atividades do *website*, conforme determinado pela decisão judicial. Uma vez verificado que infrações ao direito autoral estavam sendo cometidas por seus usuários, bastou lacrar o servidor central que toda a rede teve as suas atividades interrompidas.

Em 26 de julho de 2000, atendendo a um pedido cautelar (*injunction*) dos autores, o juiz responsável pelo caso ordenou que as atividades do *website* Napster fossem suspensas até o julgamento de mérito do caso. A decisão de mérito, por sua vez, manifestando-se favoravelmente ao pleito apresentado pelos Autores, ordenou que o Napster, além de pagar a indenização devida pelas reiteradas infrações ao Direito Autoral, aperfeiçoasse o seu sistema de compartilhamento de arquivos de modo a evitar — com 100% de precisão — que a troca de arquivos musicais protegidos por direito autoral prosseguisse sem a autorização dos autores das respectivas obras.

A decisão do caso Napster claramente toma outros rumos com relação àqueles definidos no caso Betamax. As implicações para o equilíbrio entre a regulamentação dos direitos autorais através de ações indenizatórias e a tutela do potencial inovador do desenvolvimento tecnológico convergiram aqui para um predomínio dos interesses privados como fator determinante para o futuro das práticas de distribuição de obras intelectuais.

Uma análise interessante sobre como novas tecnologias precisam ser apreciadas por decisões judiciais, especialmente aquelas envolvendo direitos autorais, foi realizada por Lawrence Lessig em parecer oferecido em apoio aos réus. Segundo o autor, a decisão judicial que ordenou o fechamento da rede de troca de arquivos teria considerado a relação que deve existir entre a regulamentação jurídica e o progresso tecnológico. Assim, para se averiguar se uma decisão judicial que de alguma forma interfere no desenvolvimento de tecnologias preserva o equilíbrio entre aspectos jurídicos e aspectos tecnológicos, cumpriria submetê-la a três testes: (i) a existência, no caso con-

creto, da possibilidade de uso lícito da tecnologia; (ii) a existência de meio menos gravoso para se alcançar o resultado pretendido; e (iii) o efetivo atendimento ao interesse dos autores¹⁰.

Analisando-se a decisão do caso Napster especificamente, conclui-se que a decisão que suspende as atividades do *website*, demandando que seja obtida uma eficiência perfeita no controle do direito autoral, tornou o seu cumprimento impossível para o réu.

Note-se que, inicialmente, igual raciocínio já havia sido implementado nos Estados Unidos quando da publicação, em 1996, do chamado *Communications Decency Act*, que, alterando a Lei de Telecomunicações norte-americana, impôs pesadas penas para os titulares de *websites* de teor adulto que não impedissem o acesso de menores de idade aos seus conteúdos¹¹. A referida legislação foi declarada inconstitucional por decisão da Suprema Corte norte-americana, entendendo a maioria dos julgadores que a nova legislação onerava de forma desmesurada os provedores de conteúdo na Internet, impondo aos mesmos uma obrigação que não haveria como ser cumprida com eficiência perfeita.

Sendo assim, partindo-se das premissas apresentadas por Lessig, pode-se perceber que, de fato, a decisão proferida no caso Napster não apenas suspendeu as atividades do *website* como efetivamente impediu que o mesmo voltasse a operar, estabelecendo-se um requisito tecnológico que, naquele momento, não haveria como ser implementado pelos réus. Isto é, obrigar o *website* a criar mecanismo de controle que impossibilitasse a troca indevida de arquivos protegidos por direito autoral significava exigir um comportamento que a própria tecnologia não dispunha dos meios para possibilitar.

10 Lawrence Lessig, *Expert Report* apresentado no caso *A&M Records Inc. e outros contra Napster Inc.*, (in “<http://www.lessig.org/content/testimony/nap/napd3.doc.html>” — acessado em 15.12.2010).

11 O texto da legislação referida pode ser encontrado no *site* Electronic Privacy Information Center (“<http://www.epic.org>”) — acessado em 15.12.2010).

É importante ainda perquirir sobre a possibilidade de usos legítimos e lícitos daquela ferramenta. O Napster foi apenas o primeiro programa de rede *peer-to-peer* que demonstrou o potencial democrático da Internet com relação à produção e acesso a obras intelectuais e ele não operava apenas como uma ferramenta viabilizadora de infrações à proteção autoral. Nesse sentido, usuários que se valiam do programa para fins que não infringiam direitos autorais foram prejudicados pela decisão judicial.

Pela primeira vez na história da rede mundial de computadores foi possível ao público em geral perceber como a própria estrutura da Internet revolucionaria o tratamento do direito autoral. Programas como o Napster foram os embriões de uma nova forma de divulgação de obras intelectuais, superando os eventuais entraves de uma negociação com empresários e gravadoras e aproximando o artista de um público que demanda um acesso cada vez mais amplo a conteúdo cultural.

Adicionalmente, e se valendo dos testes propostos por Lessig, a decisão do caso Napster não atendeu ao princípio da proporcionalidade, pois existiam outros meios para a proteção dos direitos autorais que não a imposição de um ônus desmesurado, que praticamente inviabiliza o desenvolvimento de uma atividade, através de decisão judicial.

Ao contrário do que usualmente se imagina, a tecnologia digital, aliada a particularidades da rede mundial de computadores, gera para o autor um controle inédito sobre a utilização e o destino de sua obra. O número de vezes em que um texto pode ser acessado, o estabelecimento de restrições à impressão de um livro eletrônico ou à cópia em formato digital de uma imagem afixada em um *website* são exemplos de como a tecnologia pode ser empregada para proteger o direito do autor, ainda que atualmente exista grande controvérsia sobre a conveniência e a funcionalidade de algumas dessas medidas, além de aceso debate sobre o abuso de tais recursos, tema a ser investigado mais adiante¹².

12 Criticando o uso das tecnologias de controle sobre os usos de obras autorais, Cory Docto-

Por fim, a retirada do ar do *website* Napster pouco acrescentou à proteção dos direitos autorais na Internet. Muito ao reverso, a tecnologia desenvolvida pelos programadores do Napster revolucionou o método de desenvolvimento de sistemas de compartilhamento de arquivos, gerando programas cada vez mais sofisticados hoje em dia para a troca de informações entre usuários conectados em rede, não mais dependentes de um servidor fixo.

Logo após a queda do *website* Napster, muitos usuários passaram a utilizar a rede de troca arquivos Gnutella, que já representava um avanço em termos tecnológicos sobre a estrutura do Napster, sendo radicalmente descentralizado. O Gnutella não sustentou o grande número de usuários e acabou sendo rapidamente superado pelo Kazaa, uma rede de troca de arquivos que não mais se restringia à música e que adotava uma estrutura de *super-peers*, isto é, se valia dos computadores dos seus usuários para cumprir, em menor escala e de forma descentralizada, as funções desempenhadas pelo servidor central do Napster. No início de 2004 o software Kazaa havia se tornado o programa mais baixado na história da Internet, superando a marca de trezentos e dezenove milhões de vezes¹³.

row, em palestra concedida ao Microsoft Research Group, em 17.06.2004, afirma que o recurso a tais sistemas de gestão de direitos autorais é uma prática nociva à sociedade (usuários em geral), aos artistas, e ao desenvolvimento das atividades negociais (in “<http://www.changethis.com/pdf/4.03.DRM.pdf>”, acessado em 15.12.2010). Segundo o autor, os sistemas de DRM (*digital rights management*) restringem em demasiado o espectro de utilização de uma obra intelectual, estimulando a pirataria e desestimulando inovações tecnológicas derivadas dos equipamentos multimídia hoje disponibilizados. É interessante notar que, em junho de 2000, ao redigir o seu parecer para o caso Napster, Lawrence Lessig apontou os sistemas de DRM como um dos fundamentos que justificavam o não banimento do Napster, conforme originalmente concebido, por meio de uma decisão judicial. Segundo o autor, os sistemas de DRM representavam uma forma menos gravosa de proteção ao direito autoral quando comparada com a retirada do *website* do ar. Quatro anos depois, com a expansão dos limites impostos ao uso da obra intelectual pelos sistemas de DRM — tema a ser investigado no item 3.2.3 —, a solução tornou-se novamente, segundo exposto por Cory Doctorow, um problema, demandando renovada atenção por parte dos estudos jurídicos sobre Direito Autoral. Trata-se da velha história do retorno do pêndulo, ou, se for preferível, uma comprovação do sempre repetido adágio atribuído a Paracelsus: “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”.

Talvez o efeito mais emblemático da decisão do caso Napster foi relançar o discurso que restou vencido com a decisão do caso Betamax no que diz respeito à relação entre desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos autorais. É preciso perceber que o combate que se trava em ações indenizatórias como as propostas, seja contra a fabricante do videocassete, seja contra a empresa que explora uma rede de troca de arquivos *online*, é pela melhor forma de sanção dos atos ilícitos, não se devendo confundir o apenamento das trocas não autorizadas com uma censura nada velada à inovação no progresso tecnológico¹⁴.

A questão se torna definitivamente mais grave quando se observa práticas desenvolvidas através da Internet, uma vez que a rede mundial de computadores foi criada com uma finalidade primordial consistente na possibilidade de difusão cada vez mais ampla de informações, sem qualquer preocupação sobre a filtragem ou a seleção de conteúdos que trafegam pelo seu espaço.

Uma decisão mais recente da Suprema Corte dos Estados Unidos reforçou o precedente do caso Napster, ao condenar a empresa que explorava o *website* Grokster, outra rede de troca de arquivos digitais na Internet¹⁵. Conforme consta da decisão do referido caso:

13 Segundo Jack Goldsmith e Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 109.

14 A confusão entre o sancionamento dos eventuais atos ilícitos propiciados pela tecnologia e o desenvolvimento da tecnologia em si pode ser percebido tanto no caso Betamax como nas diversas ações judiciais propostas contra as empresas que exploram redes *peer-to-peer* para troca de arquivos. Se as redes P2P são as vítimas atuais desse equívoco na apreciação das relações entre direito e tecnologia, até bem pouco tempo atrás o formato de arquivos digitais para música “mp3” era o alvo do mesmo tipo de confusão. O formato “mp3” representou um avanço para a disponibilização de músicas online ao possibilitar a compressão de gravações de áudio, com boa qualidade, em arquivos de tamanho reduzido. Dada a grande difusão do formato e a troca de músicas gravadas em arquivos “mp3”, principalmente através de redes p2p, de forma ilícita, o senso comum terminou por associar o formato em si à ilicitude. No início do século, essa vinculação era tão natural que a própria doutrina precisava esclarecer, como fazem André Bertrand e Thierry Piette-Coudol, que “o mp3 é um formato e é não representa por si só um ilícito.” (in *Internet et le Droit*. Paris: PUF, 2000, p. 43).

Quem distribui uma invenção com o objetivo de promover seu uso para violar direitos autorais, tais como através de uma afirmação expressa ou de outras iniciativas tomadas para encorajar a violação, indo além da distribuição com o conhecimento da ação de terceiros, é responsável pelos resultantes atos de violação perpetrados por terceiros que utilizam a invenção, não obstante os usos legais dessa invenção¹⁶.

O precedente do caso *Grokster* é em alguma medida diferente daquele julgamento anterior envolvendo o website *Napster* porque, para a Suprema Corte, foi especialmente relevante para o resultado que condena o website o fato do mesmo publicamente incentivar a troca de arquivos protegidos por direito autoral, incentivando assim a ocorrência de violação à tutela autoral em série. A teoria derivada desse caso, justamente por isso, passou a ter o elemento de contribuição ao evento danoso como figura central para futuras ações indenizatórias (*contributory infringement*).

Os três casos apresentados mostram como a tutela autoral pode se valer de ações indenizatórias para direcionar o progresso tecnológico, buscando a responsabilização daqueles responsáveis pela inovação no campo da tecnologia. Essa opção por responsabilizar o desenvolvedor poderia ter sido adotada como forma de excluir outra alternativa consistente em mover processos judiciais contra os usuários que efetivamente trocam arquivos protegidos por direito autoral.

Contudo, desde novembro de 2003, ambas as estratégias têm sido utilizadas pela indústria cultural, processando tanto os provedores de serviços e desenvolvedores de novas tecnologias como os usuários dessas redes e demais formas de distribuição de conteúdo

15 Suprema Corte dos Estados Unidos. *MGM Studios, Inc. et al. v. Grokster, Ltd. et al.*; j. em 29.03.2005.

16 Suprema Corte dos Estados Unidos, *MGM Studios Inc et al v. Grokster Ltd et al*, j. em 29.03.2005, tradução de Marcel Leonardi publicada na *Revista de Direito Autoral*, ano II, nº IV (fev/06), p. 269.

online sem a autorização de seus autores e titulares de direito autoral¹⁷.

As redes de trocas de arquivos, que se estruturaram a partir do caso Napster acabaram se tornando cada vez mais sofisticadas e o seu progresso parece ter como orientação a construção de arquiteturas que torne mais difícil a responsabilização daqueles que tornam possível a troca, evitando-se assim a falha estrutural do Napster. Por parte dos desenvolvedores dessas redes, com exceções, a adoção de uma postura não incentivadora da pirataria parece ser a tônica para evitar o precedente do caso Grokster. Esses dois elementos, quando conjugados, constituem a base de várias das novas redes de troca de arquivos, sobretudo daquelas que se utilizam dos arquivos *torrent* para efetuar a transferência de músicas, filmes, jogos e etc.

A decisão judicial mais notória envolvendo um *site* que hospeda arquivos *torrent* foi, até o momento, a proferida pela Corte Distrital de Estocolmo sobre o *The Pirate Bay*. Em 31.01.2008, uma ação indenizatória foi proposta por um conjunto de titulares de direitos autorais, representados pela *International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI), contra quatro indivíduos que seriam os responsáveis pela administração do *website*. A acusação pretendia demonstrar que os quatro réus são responsáveis por “promover infrações aos direitos autorais”¹⁸.

A dificuldade em se responsabilizar os desenvolvedores de uma rede de troca de arquivos *torrent* ficou nítida no segundo dia do julgamento, pois, em 17.02.09, metade dos argumentos da acusação foi rejeitada. A alegação de que os réus contribuía diretamente para infrações aos direitos autorais de seus usuários, reproduzindo obras intelectuais de terceiros (*assisting copyright infringement*) não conse-

17 Sobre as ações contra os usuários de redes de trocas de arquivos, vide, dentre outros Jack Goldsmith e Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 114 e ss.

18 “http://en.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay_trial”, acessado em 15.12.2010.

guiu ser provada pela acusação, restando a acusação sobre a contribuição para que terceiros apenas coloquem à disposição material protegido por direitos autorais (*assisting making available*)¹⁹. Essa última acusação foi tida por procedente e a decisão judicial condenou os Réus ao pagamento de pesadas multas.

O debate sobre o sancionamento da própria criação de rede para a troca de arquivos transparece em algumas propostas de alteração legislativa em debate nos mais diversos países. Na Espanha, Ignacio Garrote Fernández-Diez argumenta que:

a Lei de Propriedade Intelectual poderia ser modificada para declarar que a conduta de colocar à disposição do público programas P2P que facilitam a infração de direitos exclusivos de propriedade intelectual é em si mesmo um ato ilícito, dada a íntima conexão entre as atividades infratoras e a conduta dos operadores de redes P2P²⁰.

A percepção do abuso nas ações indenizatórias cujo efeito principal é impedir o desenvolvimento tecnológico é bastante claro. Em nome da manutenção de um modelo que supostamente remunerar adequadamente os seus autores e titulares de direitos autorais, impede-se que novas utilizações sejam criadas pela tecnologia existente, ou mesmo se tenta impedir, com a ameaça de responsabilização, o progresso de novas tecnologias que potencialmente infringem a tutela autoral.

3. Os desafios da filtragem de conteúdo em ambientes colaborativos:

O mesmo efeito de bloqueio do progresso tecnológico, anali-

19 "<http://www.guardian.co.uk/technology/2009/feb/17/pirate-bay-internet>", acessado em 15.12.2010.

20 Ignacio Garrote Fernández-Diez. *La Reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Granada: Comares, 2005, p. 316.

sado no item anterior, pode ser alcançado através das ações indenizatórias que cumulam, com o pedido de pagamento de certa indenização, a proibição de que certo conteúdo seja exibido pelo *website*. Esses casos são especialmente relevantes no cenário atual de desenvolvimento da rede mundial de computadores, pautada pelo crescimento dos websites cujo conteúdo é construído colaborativamente, isto é, através da inserção de materiais realizada diretamente por seus usuários.

Nesses casos, o conteúdo exibido pelo *website* não é gerado por uma central de edição própria, mas sim pelos seus próprios usuários, que disponibilizam fotos, vídeos ou inserem arquivos musicais. Essas obras intelectuais exibidas nos *websites* podem ser de autoria e/ou titularidade do usuário, casos nos quais caberá ao mesmo se adequar aos eventuais termos de licenciamento de conteúdos daquele *websites*.

Todavia, quando as fotos, vídeos e músicas forem de autoria alheia ou a titularidade de direitos autorais seja de terceiros — e a sua utilização não se enquadre nas hipóteses de limitações à tutela autoral — a devida autorização deve ser buscada. Nos casos em que não existe autorização para a exibição ou demais usos da obra, poderiam as empresas ou as pessoas que exploram os *websites* colaborativos, aqui denominados conjuntamente de “provedores”, serem processados pelo uso indevido, além dos próprios usuários que diretamente causaram o ilícito.

Nessas ações judiciais, é comum o autor, além da indenização pelos eventuais danos causados, solicitar ao juiz que determine a proibição de nova utilização do material protegido por direito autoral. Essa proibição, imposta ao provedor que explora o *website*, usualmente determina que uma multa será aplicada a cada nova violação do direito autoral, isto é, a cada nova exibição da foto, vídeo, ou música objeto da ação judicial.

O problema com essas determinações judiciais reside no mecanismo de filtragem de que os provedores deverão dispor para im-

pedir que obra protegida por direito autoral seja exibida por seus usuários. Essa filtragem pode ser questionada em termos de eficácia e pelos efeitos negativos que a mesma pode causar para o desenvolvimento tecnológico e para a inovação, tal qual analisado nos casos norte-americanos, além de possuir outras derivações prejudiciais como ser ineficaz, atingir outros conteúdos que não o objeto da ação judicial e interferir na chamada “neutralidade da rede”.

De início, faz-se necessário tecer algumas críticas à escolha da filtragem do conteúdo veiculado por um *website* como forma de tutelar os direitos autorais. Diversas são as ações judiciais que têm buscado a retirada de conteúdo de um *website* quando ele viola direito da eventual vítima, não consistindo esse expediente apenas em problema derivado do uso não autorizado de obras protegidas pela tutela autoral. Aliás, a maior parte dos casos apreciados pela jurisprudência brasileira diz respeito não aos direitos autorais, mas sim a supostas violações do direito à imagem e à privacidade, em seu confronto com a liberdade de expressão e informação. De qualquer forma, como o número de ações indenizatórias por infração aos direitos autorais em *websites* colaborativos tem aumentado, e elas podem proporcionar o efeito de bloqueio ao progresso tecnológico aqui caracterizado como prática abusiva, cumpre analisar o recurso da filtragem nessas hipóteses.

Uma dificuldade preliminar com a filtragem reside na determinação de quais seriam os critérios utilizados para a inserção de tal mecanismo para a seleção do que poderia e do que não poderia ser exibido em determinado *website*. Essa é a primeira questão que pode ser levantada sobre a opção pelo bloqueio de conteúdo na Internet. A maior parte das decisões judiciais que determina a retirada de algum material de *website* apenas exige que o réu cumpra a decisão judicial, não especificando quais seriam os termos utilizados para o estabelecimento do filtro, quais expressões seriam proibidas, etc.

A consequência da indeterminação sobre os métodos a serem adotados para que se operacionalize a filtragem é a tomada de deci-

são sobre como implementá-la justamente pelo réu. Curioso é perceber que, nesse ponto, a indefinição apresentada pelas decisões judiciais pode atuar tanto a favor como em detrimento do mesmo réu, pois se de um lado ele é livre para decidir como filtrar o conteúdo protegido por direito autoral, por outro — e esse efeito prejudicial parece ser mais grave — ele poderá ser novamente questionado se a filtragem adotada falhar e o vídeo, foto ou música voltar a ser exibido no *website*. Nesse segundo momento, é provável que a sanção que se busque aplicar seja até mais severa, pois se estaria tratando de uma hipótese de descumprimento de decisão judicial. O que parece não estar claro na jurisprudência nacional é que, muitas vezes, o pretenso descumprimento judicial deriva justamente da dificuldade técnica em se excluir certo conteúdo, especialmente de *websites* colaborativos, problema esse agravado pelo silêncio da própria decisão sobre como a filtragem deveria ser realizada.

Caso a decisão judicial indicasse os parâmetros de filtragem, o réu não apenas teria uma orientação sobre como proceder para atender à ordem judicial, mas também contaria com um instrumento para evitar novas condenações caso o conteúdo impugnado voltasse a ser exibido no *website*, mas através de parâmetros que estariam fora das recomendações feitas pelo tribunal. Na dúvida, e no atual estado da técnica, a retirada de URLs²¹ (*Uniform Resource Locator*) específicas parece ser mais adequada do que a implementação de métodos de filtragem inapropriados.

É claro que o réu deve sempre adotar a postura de colaborar com a eliminação do dano e a sugestão aqui feita não pode se tornar uma saída fácil — ou mesmo abusiva — para que provedores se isentem de agir quando assim determinado pelo Poder Judiciário. Todavia, ao deixar o réu decidir como filtrar o conteúdo, termina-se por impor um ônus excessivo sobre a empresa ou sobre a pessoa que

21 Em definição simplificada, a URL seria o comentado chamado “endereço” da página eletrônico, como, por exemplo: “<http://pt.wikipedia.org/wiki/URL>” .

explora o *website* uma vez que ela deverá tomar decisões complexas sobre a exibição de conteúdo *online*, aplicando um mecanismo controvertido como a filtragem, correndo ainda o risco de ser novamente questionada em juízo caso as suas decisões tomadas para eliminar o dano venham a se mostrar insuficientes. Esse é justamente o cenário de desestímulo à inovação que pode ser explorado por práticas abusivas efetuadas através de ações indenizatórias.

Pode-se indicar que a indefinição sobre os critérios de filtragem é um problema preliminar na análise desse mecanismo como gerador de efeitos negativos para o desenvolvimento tecnológico. Existem pelo menos três outras considerações que podem ser feitas sobre o manejo da filtragem que, em última instância, contribuem para perceber a relevância das ações indenizatórias no quadro das condutas abusivas do direito autoral. Sendo assim, pode-se afirmar que a filtragem de conteúdos *online* é (i) ineficaz; (ii) extrapola os limites específicos para os quais foi requerida; e (iii) afeta a chamada “neutralidade da rede”²².

Diz-se que a *filtragem é ineficaz* pois, no estado atual do desenvolvimento tecnológico, não há como garantir, com perfeição, que determinado conteúdo seja exibido em *websites* de natureza colaborativa. Isso se dá porque os meios para burlar a proibição imposta pela filtragem são simples e estão em constante atualização, tornando o bloqueio de determinado conteúdo uma verdadeira perseguição aos novos modelos de burla das regras de controle.

No caso dos *websites* colaborativos em que a filtragem é determinada judicialmente — sem a indicação de qualquer metodologia — caberá à empresa ou à pessoa que explora o website criar condições para evitar que a foto, o vídeo ou a música objeto da ação judicial não

22 Esses três efeitos negativos da filtragem já foram explorados, sob outra perspectiva, em Carlos Affonso Pereira de Souza, Pedro de Paranaguá Moniz e Sérgio Branco Vieira Júnior. “Neutralidade da rede, filtragem de conteúdo e interesse público: reflexões sobre o bloqueio do site Youtube no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo* nº 246 (set-dez/07), pp. 67 e ss.

seja novamente inserida por seus usuários. Por mais que a proibição possa até mesmo constar das regras de utilização do *website*, como em termos e condições de uso, essas determinações mostram como não raramente o código, isto é, a tecnologia, pode afetar os efeitos da regulamentação jurídica²³.

Quando as filtragens ocorrem no conteúdo disponibilizado pelo *website*, caberá a quem o explora impor as proibições sobre os seus usuários. Todavia, e demonstrando a ineficácia do mecanismo de filtragem, quando a mesma tem por alvo o *website* por inteiro, como, por exemplo, quando o *website* You Tube foi proibido de ser veiculado no território nacional, existem meios pelos quais os usuários poderão ainda acessá-lo utilizando um servidor *proxy*²⁴, ultrapassando assim as regras de filtragem.

Naturalmente, e essa ressalva vale para demonstrar os efeitos de uma ação indenizatória que vise tirar do ar conteúdo de uns poucos *websites*, é importante destacar que a proibição de que certos

23 Vide, por todos, Lawrence Lessig. *Code and other Laws of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999. A tese de Lessig é assim sintetizada por Pedro Mizukami: “Lessig demonstra que é perfeitamente possível restringir as possibilidades de conduta na Internet por meio de *regulação indireta*, pelo direito, e a partir da *regulação direta*, pela arquitetura da rede. Dito de outra forma: se por um lado a arquitetura da Internet permite uma série de condutas que acabam por colocar em xeque a soberania dos estados e a execução das sanções que sustentam o direito estatal, por outro, a própria arquitetura da Internet não é imune a regulação e é, ela mesma, uma modalidade de regulação. É plenamente possível para o direito, por meio de regulação direta da arquitetura da Internet, exercer influência indireta no comportamento dos usuários da rede. Modificando-se a arquitetura da Internet, é possível limitar ou ampliar o leque de condutas disponível aos seus usuários. Não é, em outras palavras, porque a estrutura atual da Internet permite uma série de comportamentos desestabilizadores da autoridade estatal, que esses comportamentos continuarão a ocorrer. Tudo depende de *como* a estrutura da Internet será regulada, no que surge o justificado temor de Lessig de que a contra-reação regulatória, por código ou direito, seja prejudicial tanto aos processos de produção e distribuição cultural, quanto a uma série de direitos fundamentais (como, por exemplo, liberdade de expressão e privacidade).” (MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 (mimeo), pp. 27/28).

24 Cf. “Brasil Telecom censura a internet no Brasil bloqueando acesso ao YouTube”, disponível em “<http://www.softwarelivre.org/news/8219>”, acessado em 15.12.2010.

websites exibam o conteúdo impugnado não impede que outros o façam, perpetuando o dano na rede mundial de computadores. Esse é exatamente o terceiro teste sugerido por Lawrence Lessig no parecer proferido no caso Napster: qual seria a eficácia de uma ação indenizatória que visasse à suspensão das atividades de uma rede de troca de arquivos enquanto a mesma não implementasse um mecanismo de filtragem perfeito? A resposta é a migração de seus usuários para outros *websites*, nos quais o eventual dano prosseguirá.

Nesse ponto, a ausência de um centro de controle da rede mundial de computadores é uma característica que impede a adoção de uma filtragem que englobe todas as formas de exibição de conteúdo na Internet, dificultando que o mecanismo da responsabilidade civil possa desempenhar a sua função compensatória. Essa descentralização, vale ressaltar, até agora garantiu um pluralismo cultural e uma liberdade de expressão poucas vezes experimentada nos meios de comunicação.

Como ressaltado por Tim Bernes-Lee, tido como um dos “pais” da Internet, ao detalhar as perspectivas que poderiam ser adotadas para a construção de sua arquitetura:

Entre inspirações por desejos de natureza mercadológica e ideais humanísticos, percebemos que a adoção da perspectiva do controle era uma opção errada. Eu deixei claro que havia desenhado a rede para que não houvesse um centro no qual as pessoas deveriam registrar um novo servidor ou obter aprovação para inserção de novo conteúdo. Qualquer um poderia construir um novo servidor ou inserir um novo conteúdo. Filosoficamente falando, se a Internet deveria ser um bem universal, ela deveria crescer de forma ilimitada. Tecnicamente falando, se houvesse um ponto de controle, ele rapidamente se tornaria um gargalo para o crescimento da Internet e ela jamais ganharia a escala desejada. A sua falta de controle era o que importava²⁵.

25 Tim Bernes-Lee. *Weaving the Web: The original design and ultimate destiny of the World*

Por isso, pode-se concluir que ações indenizatórias que sejam decididas em favor da filtragem de conteúdo geralmente propiciam para os seus autores a adoção de uma solução claramente ineficaz, contribuindo ainda para gerar impactos negativos sobre o estímulo à inovação na Internet e o desenvolvimento tecnológico.

Esses efeitos se tornam mais claros quando se percebe que *a filtragem extrapola os limites específicos para os quais foi ordenada*, pois não raramente se verifica que o mecanismo de filtragem, quando implementado de acordo com a decisão judicial, termina por restringir o acesso a outros conteúdos que não exatamente aqueles cuja exibição se procurava proibir²⁶.

Essa segunda característica da filtragem se relaciona diretamente com a questão preliminar sobre os critérios, ou a metodologia, adotada para se proibir a exibição de conteúdo. Inserir o nome da foto, do filme ou da música como termos proibidos na chave de busca ou na base de dados do website é um recurso simples e, poder-se-ia imaginar, ser essa atitude que melhor atende à ordem judicial.

Todavia, é importante se indagar sobre quantos outros materiais, lícitamente inseridos no *website* colaborativo poderão ter a sua exibição evitada pelos mesmos termos ou expressões vetados pela inserção do mecanismo de filtragem. Obras com títulos idênticos ou semelhantes parecem ser a primeira evidência de que o mecanismo de filtragem precisa passar por um aperfeiçoamento constante para

Wide Web by its inventor. HarperCollins: Nova Iorque, 1999, p. 99. No mesmo sentido, enfatizando que a finalidade da Internet é criar um canal de difusão de informação cada vez amplo, sem qualquer escrutínio sobre a qualidade do que é transmitido por esse meio, vide Giuseppe Rossi. “*Il cyberlaw tra metafore e regole*”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, nº 06 (nov-dez/2002), p. 798.

²⁶ Tornou-se célebre na Internet o bloqueio de *websites* que relatavam a exploração espacial do planeta Marte por um carro-robô da NASA (National Aeronautics and Space Administration), pois a maior parte dos filtros inseridos em computadores domésticos para controlar a navegação de crianças impedia o acesso a *websites* que contivessem a palavra “sexo”. Em inglês, juntando-se as palavras “Mars” (Marte) e “Exploration” (Exploração), o resultado é a palavra “sex”, justamente bloqueada pelos sistemas de filtragem (“<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D00E2D8163BF937A25756C0A9669C8B63>”, acessado em 15.12.2010).

seja minimamente segura a sua adoção sem que terceiros, que nada têm a ver com a ação indenizatória, venham a sofrer os seus efeitos.

Curiosamente, e reforçando a posição pouco confortável dos provedores de conteúdo na Internet, caso a foto, filme ou música de terceiro que ali foi exibida termine por ser eliminada pelo filtro em casos como o acima descrito, poderia essa pessoa prejudicada tomar as medidas (mesmo judiciais) para que a sua obra autoral voltasse a ser exibida. Por mais que os provedores possam evitar situações como essas fazendo constar de seus termos e condições de uso que as obras exibidas poderão ter a sua disponibilização afetada por ações judiciais, essa possibilidade de se gerarem novos problemas com a filtragem não pode ser descartada.

Nesse cenário hipotético, parte-se de uma situação inicial na qual existe apenas uma vítima (o autor ou o titular dos direitos autorais), para um segundo momento no qual já existe uma outra vítima, essa agora gerada pela solução que se procurou adotar para sanar o dano causado à primeira, ou seja, a adoção de filtragem no *website*.

Esse cenário reduz consideravelmente o grau de inovação na Internet, pois novos provedores poderão optar por simplesmente não experimentar novos modelos de negócio com receio de que venham a ser responsabilizados por atos de seus usuários. No caso das infrações ao direito autoral, a responsabilização das empresas que operam redes *peer-to-peer*, em última escala, poderia levar ao desestímulo ao desenvolvimento da tecnologia que, claramente, não se destina apenas à produção de atos ilícitos, na esteira do precedente reconhecido no caso Betamax.

Sobre os problemas enfrentados pela filtragem de conteúdo *online*, Sofia de Vasconcelos Casimiro ressalta que essas tecnologias “apresentam, contudo, alguns problemas que parecem incontornáveis e que se relacionam com o facto de que, por um lado, bloquearem mais conteúdo do que os pretendidos, podendo assim redundar numa dissimulada censura”²⁷.

27 Sofia de Vasconcelos Casimiro. *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 39.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de apreciar caso no qual a empresa Anima Produções Audiovisuais Ltda., detentora dos direitos autorais do filme “Pelé Eterno”, que retrata a vida e a carreira do jogador de futebol, ingressou com ação judicial para a retirada de trechos do filme do *website* de vídeos You Tube, dentre outros pedidos. No *website*, segundo consta dos autos, mais de cem cliques teriam sido criados por usuários inserindo novas imagens, comentários e trilhas sonoras. Tratava-se de uso indevido da obra autoral²⁸. Da decisão do Agravo de Instrumento, vale destacar as seguintes passagens:

3. Independentemente do direito da autora auferir eventuais proventos pecuniários decorrentes de sua utilização, insistindo ela na suspensão da exibição da obra, por falta de autorização ou cessão de direitos, estando ocorrendo ofensa pela reprodução não autorizada, aproveitando-se as requeridas das imagens de outrem, ainda que incorporados elementos outros, mas que compõem a unidade artística da criação da produtora, sua autora única, impõe-se o acolhimento do recurso, ante a presença dos requisitos mencionados no artigo 273, do Código de Processo Civil, demonstrada a verossimilhança entre a alegação e a prova apresentada, bem assim vislumbrando-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

(...)

5. Ante o exposto, concede-se a antecipação da tutela, para que as requeridas retirem dos seus “web sites”, de forma a impedir a exibição, os trechos da obra, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, com a ressalva de que não incidirá a pena pecuniária na hipótese de compartilhamento de vídeos que estejam circulando pela rede, cujo bloqueio seja tecnicamente impossível, ficando excluída a responsabilidade pela eventual disseminação através de “links” alternativos em “sites” ou portais diferentes, ou, mesmo, pela recolocação do vídeo, (hospedagem), nos próprios sites das requeridas, por terceiros usuários, tudo sem prejuízo da indenização por perdas e danos, na qualidade de criadoras e mantenedoras dos serviços, no caso de procedência da ação.

28 TJSP, Agravo de Instrumento nº 497 958 4/7-00; rel. Des. Testa Marchi; j. em 13.03.2007.

A decisão assinala com nitidez as dificuldades do mecanismo de filtragem e, principalmente, adota postura de cautela na imposição de responsabilidades pelos vídeos que podem ser encontrados na Internet²⁹ que sejam acessados através de *links* alternativos³⁰, ou cujo bloqueio seja mesmo impossível.

Finalmente, e reforçando os efeitos negativos da adoção de filtragem como resultado de ações judiciais, cumpre destacar que ela *afeta a chamada neutralidade da rede*.

Em caso envolvendo a modelo brasileira Daniela Cicarelli, que foi filmada em cenas de sexo numa praia, e tendo o vídeo sido exibido amplamente na Internet, pode-se observar mais um problema que atinge a filtragem. Para além da determinação da retirada do vídeo impugnado do *website* YouTube, dentre outros, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que acolheu o pedido da autora, determinou que, em não sendo possível impedir a exibição do mencionado vídeo, o acesso aos *websites* alvos da ação deveria ser cancelado em território nacional³¹.

Essa decisão atingiu milhões de usuários da Internet brasileira ao determinar que o acesso integral ao referido *website* fosse blo-

29 Como a ação foi ingressada contra a empresa Google Brasil Internet Ltda, o pedido incluía, além da remoção de trechos do filme do *website* "You Tube", a sua eliminação também do *website* "Google Videos", ambos operados pela ré.

30 Parece estar assentado na doutrina nacional e internacional que a pessoa que faz um *link* para determinada página não pode ser responsável pelo conteúdo que lá se encontra. Esse entendimento está baseado principalmente no fato de que o conteúdo da página direcionada pode ser alterado, sem que isso seja percebido pelo autor do *link*. A dinâmica de responsabilização por uma simples conduta como essa geraria não apenas um desestímulo para que fossem realizadas as conexões entre as páginas eletrônicas, que constitui uma das principais características da *world wide web*, como também exigiria um monitoramento não compatível com boa parte das atividades desempenhadas *online*. Nesse sentido, vide Flip Petillion e Sophie Huart. "La responsabilité des intermediaries dans la violation des droits dauteurs", in *Droits Intellectuels: à la recontre dune stratégie pour lentreprise*. Bruxelas: Bruylant, 2002, pp. 577/579.

31 Cf. "Leia a íntegra da medida que manda desbloquear o YouTube no Brasil", disponível em "http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/01/09/idgnoticia.2007-01-09.7954769479/IDGNoticia_a_view", acessada em 15.12.2010.

queado. Por mais que nova decisão, publicada dias depois, tenha esclarecido que não havia sido essa a determinação judicial, duas empresas que operam os *backbones* da rede brasileira atenderam ao que parecia, pelo que constava de seus próprios termos, ser o objeto da ordem judicial.

O bloqueio de um website inteiro por conta da exibição de um vídeo que pretensamente lesionava, no caso, o direito à imagem e à privacidade de duas pessoas, demonstra como a adoção da filtragem é uma solução negativa para o exercício de uma série de direitos fundamentais, além de infrutífera para os interesses dos autores, pelas razões já comentadas. Conforme já se teve a oportunidade de ressaltar:

Com uma medida de tais proporções, o Brasil ingressou de forma inusitada no rol de países que bloqueiam *a priori* o conteúdo da rede mundial de computadores disponível para usuários que acessam através de seus territórios. Esse tipo de medida fere frontalmente um dos fundamentos principais do sucesso e expansão da Internet como hoje conhecida: a sua neutralidade, ou, em outras palavras, a não interferência prévia e discricionária no conteúdo que pode ou não ser exibido³².

A retirada do acesso a um *website* como um todo constitui uma espécie de filtragem prévia, que avança sobre direitos fundamentais de comunicação através da rede mundial de computadores de forma nítida. Nos casos aqui retratados, certo conteúdo — e só ele — é o objeto da proibição, adotando-se o mecanismo (falho, como visto) da filtragem. Uma decisão como aquela adotada pelo TJSP é claramente mais grave e demonstra como uma ação indenizatória pode causar danos que extravasam em muito os limites da lide.

32 Carlos Affonso Pereira de Souza, Pedro de Paranaguá Moniz e Sérgio Branco Vieira Júnior. "Neutralidade da rede, filtragem de conteúdo e interesse público: reflexões sobre o bloqueio do site Youtube no Brasil", in *Revista de Direito Administrativo* nº 246 (set-dez/07), p. 71.

Embora o caso em foco não tivesse como objeto uma questão de direito autoral, a repetição de decisão como essa, enfocando a utilização não autorizada de obra intelectual, é o principal receio e talvez a demonstração mais nítida sobre o equívoco de se adotar a responsabilidade civil como recurso natural para a preservação de direitos autorais na Internet. A dificuldade de se conciliar a proteção de direitos, como os de autor, e a liberdade natural da rede mundial de computadores demonstra assim como o uso de ações indenizatórias com a adoção do mecanismo de filtragem espá longe de desempenhar de forma satisfatória um equilíbrio entre o atendimento das funções da responsabilidade civil e a preservação de direitos fundamentais na rede mundial de computadores³³.

Na prática das ações indenizatórias propostas no Brasil, percebe-se que geralmente o titular do direito ofendido processa o provedor de serviços que hospeda a obra intelectual inserida por seu usuário. É ele que, no ambiente da Internet, hospeda e exhibe o conteúdo, sendo certo que a opção por ingressar contra eventual ação indenizatória contra o provedor é pautada também por questões econômicas (pois, na maior parte das vezes, o provedor possui maiores condições financeiras de arcar com a indenização do que o seu usuário)³⁴.

Dessa forma, o provedor de serviços que opere *website* de conteúdo colaborativo convive com a constante ameaça de novas ações judiciais. Como medida para se evitarem novas ações pode-se presumir que uma prática de monitoramento constante no conteúdo inserido no *website* por seus usuários seja uma das atividades desempenhadas com afinco pelo provedor.

33 Apenas como curiosidade, vale notar que no mesmo dia 09 de janeiro de 2007, data em que o TJ/SP esclareceu que não exigiu o bloqueio do YouTube inteiro, senadores norte-americanos trouxeram de volta à pauta a discussão sobre a neutralidade da web, por meio do *Internet Freedom Preservation Act* Cf. Gross, Grant: "Senadores dos EUA recolocam projeto sobre neutralidade na web em pauta", disponível em "http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/01/10/idgnoticia.2007-01-10.8286737443/IDGNoticia_view", acessado em 15.12.2010.

34 Outro fator que impulsiona as medidas judiciais contra os provedores é o fato de possuírem eles endereço físico fixo, o que facilita a sua identificação e citação para fins processuais.

Essa percepção, todavia, esbarra em dois óbices relevantes. Inicialmente, o monitoramento perfeito de um *website* de conteúdo colaborativo demandaria a hipotética contratação de numerosa equipe para analisar, dependendo do tamanho do *website*, toda a extensão de materiais hospedados. A inserção de mecanismos de filtragem automatizados, como visto, apresenta uma série de imperfeições que apenas a observação humana pode suprir, ainda que mesmo a supervisão humana possa, evidentemente, falhar em seu juízo sobre a licitude da obra inserida no *website*.

Contudo, a contratação de equipe numerosa e especializada para a leitura e a remoção prévia do conteúdo do *website* não é medida suficiente para aplacar o risco de eventuais ações judiciais. Isso se deve ao fato de que os critérios de avaliação de um conteúdo como lesivo ao direito autoral também não são claros, vide a polêmica sobre no que consiste a expressão “pequenos trechos”, do artigo 46, II, da LDA. Na ausência de um critério uniforme, certamente o provedor optará pela retirada em detrimento da manutenção de conteúdo polêmico. Essa decisão não apenas empobrece o universo de conteúdo relacionado ao seu *website* como, em escala, termina por impor uma espécie de censura prévia que discrimina o que pode e o que não pode ser exibido na rede mundial de computadores.

Ao destacar a inusitada situação em que se encontra o provedor, como intermediário entre o seu usuário e o público em geral, do qual poderá surgir uma eventual vítima, assim resume Ronaldo Lemos:

O que chama a atenção quanto à responsabilidade do intermediário no Brasil, é que, diferentemente de outros países, não foi estabelecido nenhum critério legal para isenção ou atribuição de responsabilidade ao intermediário, mediante o recebimento de notificação. Dessa forma, o provedor de acesso à Internet por temor e incerteza quanto ao resultado de uma eventual decisão judicial, fica propenso a efetivamente retirar o conteúdo, sem qualquer verificação de sua legitimidade, não tendo, ao contrário, nenhum incentivo para fazer de modo diferente. Note-se que não há qualquer regime de previsão de ‘porto

seguro' no país que especificamente isentem o provedor de responsabilidade, caso ele cumpra determinados requisitos³⁵.

O futuro da inovação na Internet brasileira parece estar ameaçado pela adoção pouco criteriosa das técnicas de filtragem e o recurso massificado a ações de natureza indenizatória. Esse cenário não favorece a criação de novos modelos de negócio, nem mesmo incentiva a pesquisa em linhas de estudo que possam desenvolver tecnologias que, mesmo de forma remota ou indiretamente, possam vir a causar danos a terceiros. O equilíbrio entre a preservação legítima dos direitos intelectuais e a liberdade para a condução de atividades que se valem da tecnologia para incrementar a experiência única proporcionada pela Internet se perdeu.

O uso abusivo de ações indenizatórias, seja para confundir os usos ilícitos com o desenvolvimento da tecnologia, seja para impor a adoção de filtragem sobre determinado *website*, tornam-se condutas abusivas quando privilegiam, de forma desproporcional, o exercício da exclusividade conferida pela lei sobre a liberdade que deve existir na pesquisa de novos rumos na investigação científica e de novas práticas no cotidiano das relações travadas na Internet³⁶.

O prejuízo causado à inovação na Internet nacional passa necessariamente pela constatação da mencionada redução proposital de conteúdo dos provedores que, com receio, optaram por não inovar. Como lembra Ronaldo Lemos, “uma grande parte do conteúdo da rede, ainda que legítimo, deixa de ter qualquer proteção jurídica, ficando sujeita a atividades de entidades de classe e advogados em

35 Ronaldo Lemos. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 200, p. 125.

36 Para uma reflexão sobre como o direito autoral deve ser uma restrição proporcional ao acesso ao conhecimento e à informação, vide Nicolas Bronzo. *Propriété Intellectuelle et Droits Fondamentaux*. Paris: LHarmattan, 2007, pp. 103/118. Abordando especificamente os conflitos envolvendo a tutela autoral e o direito à educação, vide Sergio Vieira Branco Júnior. “A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação”, in *SUR — Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 4, nº 06, pp. 121/141.

nome de interesses específicos que, com ameaça aos intermediários, conseguem retirar, sem que haja maior escrutínio, conteúdo eventualmente legítimo da rede”³⁷.

4. Conclusão:

Por todo o exposto, percebe-se como as ações indenizatórias que visam impor responsabilidades sobre provedores ou desenvolvedores de novos programas podem, quando exercidas de forma abusiva, representar um impacto negativo para o progresso tecnológico e para o grau de inovação na pesquisa sobre usos da tecnologia e a criação de novos modelos de negócio.

Trata-se de exercício dos direitos autorais fora de suas funções, privilegiando os interesses individuais e patrimoniais em detrimento das demandas públicas por acesso ao conhecimento e à informação legitimadas pela função social. Quantas novas formas de conhecer, pesquisar e desenvolver a troca intelectual não teriam sido obstaculizadas por decisões judiciais, ou pelo receio de eventual responsabilização, é um número impossível de ser identificado.

Todavia, a construção de uma análise funcional do direito autoral, com a sua instrumentalização efetivada pelo abuso do direito, pode reequilibrar esse cenário e impedir que ações indenizatórias continuem a ser a campanha de um alarme para indicar não apenas a realização de atos ilícitos em série, mas também a utilização do mecanismo da responsabilidade civil para finalidades que vão muito além da reparação de uma suposta vítima. Esse viés de análise é fundamental para que se atinja um melhor equilíbrio entre a proteção autoral e o desenvolvimento tecnológico.

37 Ronaldo Lemos. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 125.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

LAW APPLICABLE TO CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS (Article 29 of the Turkish PILA)¹

LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (Artigo 29 da Lei de Direito Internacional Privado da Turquia)

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Resumo: O artigo apresenta panorama legislativo e reflexões sobre o transporte internacional de mercadorias na Turquia, através de detalhado estudo sobre as normas de direito internacional privado que regulamentam a matéria, em particular o art. 29 da Lei de Direito internacional Privado e Processual da Turquia.

Palavras-Chave: Contrato de transporte internacional. Lei aplicável. Turquia.

Abstract: This article deals with some important topics in relation to the international carriage of goods in Turkey via a detailed analysis of statutory provisions on private international law specially addressing article 29 of Turkish Private International Law and Procedural Law Act.

1 The author wishes to thank William K. Sheehy, Adjunct Professor, Yeditepe University Law School, for his invaluable language correction of the earlier draft of this paper.

Keywords: Contracts. International carriage of goods. Turkey.

SUMMARY: I— Article 29 of Turkish PILA: ascertain *lex causae*; II— cases not covered by Article 29; III— Problems in connection with article 29; IV— Temporal scope of application of article 29; V— Conclusion.

I. Ascertain the *Lex Causae* of Contracts for the Carriage of Goods under Article 29 of the Turkish PILA

1. The Conflict of Laws Rule in Article 29 of the Turkish PILA

Article 29 of the new *Turkish Private International Law and Procedural Law Act* (hereinafter referred to as “PILA”), which has been in force since 12 December 2007,² deals with the law applicable to international contracts for the carriage of goods. The Explanatory Memorandum relating to Article 29 of PILA states that, in light of the peculiarities of contracts for the carriage of goods that are concluded in international commercial practice, it was deemed appropriate to insert a special Article in the new code.

Paragraph (1) of Article 29 of PILA accepts the principle of party autonomy and provides that disputes arising out of a contract for the carriage of goods shall be governed by the law chosen by the parties and that in the absence of such a choice, a contract for carriage of goods shall be subject to the law of the country with which the contract is most closely connected. As to determining what country has the closest connection to a transaction, paragraph (2) of Article 29 establishes a rebuttable presumption that a contract for the carriage of goods is presumed to have the closest connection with the country in which, at the time of the contract was concluded, the carrier had its

² PILA numbered 2675, which entered into force in 1982, was abolished by Article 64(1) of Turkish Private International Law and Procedural Law Act numbered 5718, which was published in the Official Gazette dated 12 December 2007 and numbered 26728.

principal place of business. In short, in the absence of a choice by the parties, the law of the carrier's principal place of business is to be applied. However, the presumption that the applicable law is determined by the location of the carrier's principal place of business is a rebuttable presumption. The law of the country where the carrier had, at the time of the contract was made, his principal place of business shall be applicable provided that such place is also the place of loading or unloading of cargo or the principal place of business of the consignor.

If none of these connecting factors is present, paragraph (2) of Article 29 of PILA is not applicable to the transport of goods contract and the presumption under which it is assumed that the carriage of goods contract is most closely connected with the country where the carrier has his place of business is rebutted. If the presumption of paragraph (2) of Article 29 is rebutted, paragraph (3) of PILA's Article 29 provides that *lex causae* shall be ascertained by the laws of another country if it appears from the circumstances as a whole that the carriage of goods contract is more closely connected with that other country.

Because paragraph (2) of Article 29 of PILA focuses on the time the contract was concluded, subsequent changes in a carrier's principal place of business have no impact on the applicable law. The Explanatory Memorandum accompanying PILA points out that this prevents changes in the principal place of business of the carrier being made with a malicious intent. The places of loading and discharge refer to the locations agreed upon by the parties at the time when the contract is concluded. The actual place of loading or discharge is not taken into consideration as a decisive factor for ascertaining applicable law.

2. The Scope of *Lex Causae*

Basically, all disputes regarding a carriage of goods contract are subject to the law chosen by the parties or, in default of choice of

a governing law, the law that is most closely connected with the contract. Thus, the formation, interpretation, and performance of the contract, the contract's existence and material validity, the transfer of risks of loss or damage to goods breach of contract, the consequences of the invalidity of a contract; and the termination of the contract are all governed by the law ascertained by PILA's Article 29.

3. Matters Excluded from the Scope of *Lex Causae*

a. Legal Capacity of the Parties to Contracts for the Carriage of Goods

Questions of legal capacity are excluded from the scope of Article 29, and the provisions in respect of capacity are set out in PILA's Article 9, which provides that the national laws of the parties govern legal capacity. This rule of Article 9 is, however, not applicable in situations where a natural person has no capacity under his national law, but has capacity under the law of the country in which the contract was concluded.

In reality, parties to contracts for the carriage of goods are mostly companies. The capacity of a company is subject to the laws of the country in which its administrative centre, determined in the articles of incorporation, is located. However, if the actual administrative centre of the company is situated in Turkey, then Turkish law can be applicable to questions of the company's capacity [PILA's Article 9(4)].

b. Formal Validity of Contracts for the Carriage of Goods

PILA's Article 7 contains general rules relating to the formal validity of contracts and provides that a contract is valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it (*lex causae*) or

of the law of the country where the contract is concluded (*LRA- Locus Regit Actum*). This means that PILA's Article 7 offers two alternatives for determining the validity of a contract: if the contract is considered invalid under the law that governs the contract, as an alternative, recourse can be had to the law of the country where the contract has been concluded to determine contract validity.

c. Manner of Performance and Measures for the Protection of Goods

PILA's Article 33 states that consideration shall be given to the law of the country in which the performance takes place with respect to the manner of performance, the steps to be taken in the event of defective performance or if protective measures are required relating to goods. The Explanatory Memorandum accompanying PILA, points out that, considering the problems that occur in the commercial world, Article 33 was inserted as a special provision to provide that the manner of performance, inspection of goods, protective measures to be taken to secure the goods are all subject to the law of the country in which the goods are actually delivered or the protective measures are taken.

Generally, the performance of a contract is governed by the *lex causae*. However as a result of Article 33, only the above-described matters are to be subject to the law of the country in which performance takes place. This result is reached not only pursuant to PILA but also under the laws of other countries and several international conventions.³ On the other hand, the concept of "manner of performance" has no clear and definite meaning. There is no uniform definition that is accepted by doctrine. Article 33 of PILA does not contain any clue as to the precise meaning of "manner of performance." To

3 EKŞİ, Nuray. *Sözlemeden Dodan Borçlara Uygulanacak Hukuku Hakkynda Roma Konvansiyonu*, [The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations]. Istanbul, 2004, p. 138.

determine the meaning of “manner of performance”, regard must be given to the *lex fori*. In general, the term may cover any of the following: checking quality; measuring; weighing; counting; inspection by the consignee; acts to be done upon the rejection of delivery of the goods by the consignee; and the formal requirements and other matters relating to payment of the price. The reason why the law of the place of performance applies to the above-mentioned matters is that these kinds of acts should be done immediately and in accordance with the procedures required by local law. PILA’s Article 33 says that the court may take into account the law of the place of performance. Therefore, a court is not required to apply the law of the country in which performance takes place, but it has discretion to apply, or not apply, this law in whole or in part, taking into account the circumstances of the case as a whole.⁴

d. Limitation Periods

PILA contains a specific rule providing that limitation periods are to be governed by *lex causae*. Because Article 8 of PILA makes a reference to the applicable law determined by Article 29, limitation periods and substantive matters are subject to the *lex causae* despite the fact that limitation period is regulated by Article 8. As a result of the reference made by Article 8 to Article 29 the *lex causae*, that means the proper law of a contract, is also applicable to such questions as: duration of prescriptions and limitation of actions; or suspension of the running of a statute of limitations.

e. Contracts for the Carriage of Goods Made Through Representatives or Agents

A representative or agent may make contracts for the interna-

⁴ EKŞİ, Nuray. Roma Konvansiyonu [Rome Convention], p. 139.

tional carriage of goods. The law of the country referred to in Article 30 of PILA must resolve whether the representative or agent has been empowered to conclude a contract on behalf of its client.

4. Matters Preventing the Application of the *Lex Causae*

a. Public Policy

In private international law, public policy sometimes precludes the application of foreign law. As a general rule, the law ascertained in accordance with conflict of laws rules is applicable to acts or transactions having a foreign element. However, in exceptional circumstances, public policy may prevent the application of a foreign law.⁵ According to PILA's Article 5, application of the law of a foreign country may be refused if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum. If it is necessary for reasons of public policy, the court may substitute Turkish law for otherwise applicable foreign law.

b. Mandatory Rules

Savigny and *Mancini* accepted the existence of the mandatory nature of some rules and the rules of positive ordre public.⁶ *Savigny* defined mandatory rules (zwingendes Recht) as the rules that find an area of application regardless of the rules normally governing conflict of laws.⁷ *Franceskai*, *Graulich* and *Winter* formulated the modern

5 EKŞİ, Nuray. Roma Konvansiyonu [Rome Convention], p. 144.

6 OVERBECK, E. Alfred von. *The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law*. I(1999) Yearbook of Private International Law, Edt. Petar arčević/Paul Volken, p. 120.

7 MOSS, Giuditta Cordero. *International Commercial Arbitration, Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo, 1999, pp. 103-4.

doctrine in this area.⁸ According to *Franceskakis*, the fundamental policies of the state concerning economic or political or social principles govern transactions having foreign elements regardless of the rules normally governing conflict of laws analysis.⁹ Initially, only mandatory rules of the *lex fori* were considered and the judge applied the law determined in accordance with the *lex fori*'s conflict of laws rules only for issues outside the area of the mandatory rules. Later on, the area of the mandatory rules was expanded to cover the mandatory rules of third countries.¹⁰

From the private international law point of view, there is no common description of mandatory rules that are accepted by all States.¹¹ Referring to this concept, a number of phrases such as “law of immediate application”, “overriding statutes”, “lois d’application immédiate”, “selbstgerechte Sachnormen”, “Zwingende Vorschriften”, “Eingriffsnormen” are used.¹² Whatever phrase is used for this con-

8 von OVERBECK, E. Alfred von, p. 120.

9 SAYMAN, Yücel. *Devletler Hususî Hukukunda Evlenmenin Kuruluğu*, [The Marriage in Private International Law]. Istanbul, 1982, pp. 2-3 (fn. 2 with reference to Franceskakis).

10 MOSS, Giuditta Cordero, pp. 103-104.

11 The terms “overriding status” “mandatory rules”, “law of immediate application”, “directly application”, “lois d’application immédiate” are, as alternative, being used for this concept. AL DIAMOND, Harmonisation of Private International Law, 199(1986). IV Recueil des cours, p. 288.

12 Previously, the term “Eingriffsnormen” was used in the German doctrine. However, recently, the term “international zwingenden Normen” is being used more often. Along with that, both terms have the same meaning. “Eingriffsnormen” caused different implications in the relevant academic discussions for the last ten years. Whereas the academic discussions focused on foreign mandatory rules (ausländischer Eingriffsnormen) in the 1980s, in the 1990s, attention was paid to the laws of the forum (Bestimmungen des Forumstaates) without consideration of the mandatory rules of the applicable law to the substance of the contract (JUNKER, Abbo. Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? 20 (2000)2 IPRax, p. 66). The reason of the different implication (der Grund für die diese Akzentverschiebung) in international private and procedural law practice (Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht) is the consideration of practical experience in adoption of Article 7(2) of the Rome Convention within the reform of German international private law in 1986. “Heimwertsstreben auf neuen Wegen” is used as a tool in Article 34 of the EGBGB (JUNKER, p. 66).

cept, those rules have a different meaning and an area of application in private international law that differs from what would be the case in respect of matters governed solely by national laws. In other words, not all imperative rules of national law are accepted as applicable to private international law matters.

These rules exist not only in commercial or contractual relations for the protection of workers, consumers, investors, tenants, representatives, franchisees, *et al.*, but also in family law for the protection of children.¹³ Instead of defining terms, it is better, taking account of their nature and purpose, to determine whether the mandatory rules will be applicable or not.¹⁴

A distinction should be made between mandatory rules and public policy. Public policy has a preventive role that precludes the application of foreign law. When the court considers that a rule of applicable foreign law ascertained in accordance with the forum's conflict of laws rules is contrary to public policy, then it can refuse to apply such rule. In contrast with public policy related analyses, mandatory rules are directly applicable without reference to the usual conflict of laws analysis because the mere existence of mandatory rules is sufficient grounds for the court to ignore its own conflict of laws rules.¹⁵

PILA has two Articles relating to mandatory rules: Articles 6 and 31. Article 6 covers mandatory rules of the forum, and Article 31 concerns the mandatory rules of a third country regarding the contract in issue. Articles 6 and 31¹⁶ represent the first time that mandato-

13 BONOMI, Andrea. *Mandatory Rules in Private International Law The Quest for Uniformity Decisions in a Global Environment*. I(1999) Yearbook of Private International Law, pp. 232-3.

14 BONOMI, Andrea, p. 233.

15 JHC MORRIS, *The Conflict of Laws*, Edt. David McClean/Kisch/BEEVERS, 6th ed, London 2005, p. 360; EKŞİ, Nuray, Roma Konvansiyonu [Rome Convention], p. 156.

16 In view of the fact that Article 6 of the PILA was added following debates held at the Ministry of Justice, an explanatory report of this Article does not exist. The Explanatory Memorandum

ry rules have been dealt with in PILA. Despite the fact that the new PILA, numbered 5718, is the first law to deal with mandatory rules, consideration was given to such rules in Turkish doctrine prior to the new PILA. Mandatory rules were initially analysed by *Sayman*¹⁷ in his 1982 book. In addition, prior to the new PILA, “mandatory rules” or “directly applicable rules” have long been analysed and regarded by implication as a general part of Turkey’s PILA. However, attention has not been given to these rules by the Turkish courts and problems as to mandatory rules have been evaluated in the framework of public policy analyses.¹⁸ In respect of contracts for the carriage of goods, regard should also be paid to Articles 6 and 31, which deal with mandatory rules. Even if the foreign law governs the contract of carriage, effect may be given *ex officio* to the mandatory rules of Turkish law concerning the transportation of goods. Article 31 of PILA grants a harder duty to the court than Article 6. Under Article 31, the court may give an effect to the mandatory rules of the law of another country with which the contract has a close connection. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard must be given to their

of Article 31 of the PILA states the need for this new provision as follows: The mandatory rules of the chosen law or the law of the forum shall be applied without hesitation. Although there is no general description of these rules, their nature results in the waiver of conflict of laws rules and even the choice of law. These rules are accepted to be “relating to the general public interest” applied irrespective of the foreign element found in the relevant relationship and they reflect the public policy in the political, social and economic fields. It is accepted by several international private law legislations including the Rome I Regulation of the European Union concerning the contracts referred to in the general legal ground that such mandatory rules of a third state may be taken into account provided that they have a close connection to the contract. Article 31 of the Draft PILA does not require the application of the mandatory rules of a third state but provides a notable opportunity to give them an effect in order to prevent any problems that might arise due to their non-application.

17 See SAYMAN, 2-3 *et seq.*

18 The General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation, E. 1989/10-316, K. 1989/411, T. 7.6.1989 (*in*) EKŞİ, Nuray. *Milletlerarası Nitelikli Davalara Yüklün Mahkeme Kararları [Collection of Judgments Relating to Disputes Having International Element]*. Istanbul, 2007, pp. 97-100; Court of Cassation, 11th Civil Chamber, E. 2000/5461, K. 2000/6449, T. 6.7.2000: EKŞİ, Nuray. *Milletlerarası Nitelikli Davalara Yüklün Mahkeme Kararları [Collection of Judgments Relating to Disputes Having International Element]*, p. 100/103.

nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 31 of PILA applies only in disputes arising out of contracts. In other words, it does not apply in matters relating to persons, family law, inheritance law and the law of property. In these matters, the mandatory rules of the country with which the situation has a close connection are not taken into account. Contrary to Article 31 of Turkey's PILA, in several countries, for example under Article 19 of Switzerland's PILA, effect is given to the mandatory rules of a third country in all spheres of private law.

II. Situations Where Article 29 of PILA is not Applicable

1. International Conventions Relating to the Carriage of Goods

a. International Conventions on Carriage of Goods as Ratified by Turkey

An international treaty gains legal enforceability after various stages. After having been executed by two or more signatory states, the text, on which an agreement has been reached, is recognized as final and conclusive. However, at that moment, the treaty or convention does not have any binding effect on the signatory states. It has to be ratified by the authorised bodies of the respective signatory states.¹⁹ Under Turkish law, an international treaty is effective only after necessary procedures are followed in accordance with Article 90/V of the *Constitution*, and *Law No. 244 on the Conclusion, Enforceability, and Publishing of International Treaties and Authorization of the Council of Ministers in order to Conclude Certain Treaties*.

¹⁹ NOMER, Ergin. *Devletler Hususî Hukuku (Nomer/only 2008) [Private International Law]*, 16th edition. Istanbul, 2008, p. 71.

According to Article 90/V of the Constitution, international treaties, which have been brought into force pursuant to relevant procedures, have the status of a national law. According to Article 2 of Law No. 244, approval by a specific law is required²⁰ in order to ratify or accede to an international treaty.²¹

So, in principle, international treaties must be implemented into national law by enactment of a law. In other words, only international treaties that are implemented into national law pursuant to the procedures provided for in Article 90 of the Constitution and Article 2 of Law No. 244 become binding on the Republic of Turkey.²² Turkish courts ignore international treaties which are not so incorporated into Turkish law.

Approval of international treaties by a law and subsequent publication in the Official Gazette pursuant to a decree of the Council of Ministers are not of course independently effective to establish a

20 For certain cases where treaties do not require adoption by the Grand National Assembly of Turkey of a law approving the ratification or accession *see* Article 2/II-III-IV of the Act numbered 244.

21 Court of Cassation, 10th Civil Chamber, E. 1994/12170, K. 1994/19856, 6.12.1994: "In order for an agreement to be binding and to be considered by the Turkish courts, it must fulfill the conditions provided by Article 90 of the Constitution and Article 2 of the Act numbered 244. The main rule in this field is the rule which prescribes that the agreements that the Republic of Turkey enacts with foreign states and international organisations shall be ratified by the Grand National Assembly of Turkey (GNAT) in order for them to be enforced and to carry the effect of a law. If there was no such ratification or the relevant procedure has not been followed for the agreement to be in force, it shall not be binding. According to Article 90 of the Constitution and Article 2 of the Act numbered 244, it shall be an agreement relating to the implementation of an international agreement or it shall be an agreement ratified in accordance with a special authority given by law regulating economic, commercial or technical relations provided that its period does not extend one year, it does not bring a burden over the state finance and does not concern the status of persons or the real property rights of Turkish people in foreign countries to be in force upon publication. Even in this case, the relevant agreement shall be submitted to the GNAT within two months. Along with that, in any case, the agreements which result the amendment of Turkish laws shall be ratified by the GNAT by law in order for them to have an effect.": 21(1995)3 YKD, p. 416.

22 Court of Cassation, 4th Civil Chamber, E. 8217, K. 6585, T. 11.7.1994: 21(1995)1 YKD, p. 24.

treaty within the meaning of international law save in some exceptions.²³ The entering into force of a treaty comes about after deposit with a depositary of the treaty's counterparts executed by the required number of signatories and the passage of time as specified in the typical treaty.²⁴

An international agreement that is brought into force pursuant to the procedures described above has the power of a national law (Article 90/V of the Constitution), which means that it has the binding effect of a national law.²⁵ According to Article 1(2) of PILA, application of international treaties ratified by Turkey takes priority over the application of national laws. Consequently, in each case, the court, before taking into account PILA's Article 29, has to determine whether any international treaty exists regarding the international transport of goods. If an international treaty exists then it takes priority.

While Turkish courts are frequently ignorant of international treaties, they are surprisingly cognizant of international conventions on the carriage of goods by air or road. Conventions on the carriage of goods by air or road are considered and applied by Turkish courts.²⁶ Mainly, one could say that there is a stable practice for application of international conventions on the carriage of goods by air or road to which Turkey is a party.

On the other hand, Turkish courts generally apply the *Turkish Commercial Code* to cases involving the international carriage of

23 NOMER, p. 70-1.

24 NOMER, p. 71.

25 High Military Administrative Court, 1st Chamber, E. 1997/555, K. 1997/528 (*in*) Aslan GÜN-DÜZ, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar* [International Law-Basic Instruments-Selected Cases], 3rd edition, Istanbul 1998 p. 172.

26 For the precedents of the Court of Cassation concerning cases on international carriage by air or international carriage by road see EKŞİ, Nuray. *Milletlerarası Nitelikli Davalara Yliğin Mahkeme Kararları* [Collection of Judgments Relating to Disputes Having International Element], pp. 573-630.

goods by sea without considering the conflict of laws rules of PILA.²⁷ It must be emphasized that those factors such as providing fair and convenient solution by the Turkish Commercial Code to disputes arising out of international contracts for the carriage of goods, or the location of loading or unloading ports in Turkey, or the Turkish nationality of at least one of the parties to the carriage of goods contract, or legal actions brought before Turkish courts are not decisive factors that lead to the application of the Turkish Commercial Code.²⁸ Turkish courts, for any dispute arising out of a contract involving the carriage of goods primarily, must respect international conventions to which Turkey is a party²⁹ and, in the absence of international conventions, PILA's Article 29.

PILA's Article 29 is rarely applicable to the carriage of goods by air, road, sea and railway because such transportation is within the realm of international treaties. Since international treaties have priority over national laws under Article 1(2) of PILA, PILA's Article 29 will be applied in cases where the transportation of goods is between states that are not party to the treaties or in matters that are outside the scope of treaties.

Presented below is a very brief survey of the various conven-

27 YAZICIODLU, Emine . *Uluslararası Deniz Taymalarında Uygulanacak Kural Sorunu [The Question of Applicable Law to International Carriage by Sea], (2000)1-4 DenizHD Festschrift for the Memory of Gündüz Aybay*, pp. 46-7.

28 YAZICIODLU, p. 47.

29 Turkey has acceded to the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Official Gazette 22 February 1955 No. 8937). However, several conventions which are applied in wide extent are not ratified by Turkey, *i.e.*, Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading ("Visby Rules"); and United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea ("Hamburg Rules"). The other basic instruments which are not ratified by Turkey are the following: the United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods 1980; Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea 1974; Protocol of 1976 to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea; Protocol of 1990 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea; Protocol of 2002 to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea.

tions and protocols on the international carriage of goods that Turkey has ratified.

The international carriage of goods by rail is regulated by a convention that was signed in 1980 in Bern and became effective in 1985. The Convention on International Carriage by Rail, known by the acronym COTIF,³⁰ was ratified by Turkey in 1985³¹. COTIF establishes the Intergovernmental Organization for International Carriage by Rail, commonly known as OTIF.³² COTIF has two appendixes: Appendix A of COTIF contains the Uniform Rules Concerning the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Rail (CIV³³); Appendix B of COTIF contains the Uniform Rules Concerning the Contract for the International Carriage of Goods by Rail (CIM³⁴). CIM has four annexes: Annex I provides Regulations concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Rail (RID³⁵) that were prepared under Articles 4 and 5 of CIM. Annex II contains Regulations concerning the International Haulage of Private Owners' Wagons by Rail (RIP³⁶) that was prepared under Article 8(1) of CIM. Annex III offers Regulations concerning the International Carriage of Containers by Rail (RiCo³⁷) that was drafted under Article 8(2) of CIM, while Annex IV provides Regulations concerning the International Carriage of Express Parcels by Rail (RIEx³⁸) that was drafted under Article 8(3) of CIM. COTIF, CIM and CIV were amended by Protocols concluded in 1990³⁹ and 1999⁴⁰.

30 COTIF= Convention Relative aux Transports Internationaux Ferroviaires.

31 Official Gazette 1 June 1985 No. 18771.

32 OTIF= l'Organisation Intergouvernementale pour les Transports Internationaux Ferroviaires.

33 CIV= Concernant le Contract de Transport International Ferroviaire des Voyageurs.

34 CIM= Concernant le Contract de Transport International Ferroviaire des Marchandises.

35 RID= Règlement Concernant le Transport International Ferroviaire des Marchandises Dangereuses.

36 RIP=Règlement Concernant le Transport International Ferroviaire des Wagons de Particuliers.

37 RiCo=Règlement Concernant le Transport International Ferroviaire des Conteneurs.

38 RIEx=Règlement Concernant le Transport Internationaux Ferroviaire des Colis Express.

CIM generally applies to any kind of cargo carried over the territories of at least two states (Article 1 of CIM). Article 4 of CIM lists the types of goods that are not acceptable for carriage by rail. For example, carriage of articles within the monopoly of postal authorities is not subject to CIM Rules. Certain cargoes listed in Article 5 are acceptable for carriage provided the stipulated conditions are met. Funeral consignments or live animals are examples of the conditional carriage by rail.

The 1929 *Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, to which Turkey has acceded,⁴¹ applies to the international carriage of passengers, cargo and luggage by air for reward [Article 1(1) of Warsaw Convention]. However, gratuitous carriage by air is not excluded altogether from the scope of the Warsaw Convention. An exception has been made for gratuitous carriage by aircraft performed by an air transport company. Accordingly, Article 1(1) says that the Warsaw Convention applies equally to gratuitous carriage by air performed by an air transport undertaking.

Considering the new requirements of international carriage by air, the Warsaw Convention was amended and renewed by the following protocols and a supplementary convention: 1955 Hague Protocol; 1971 Guatemala Protocol; four Montreal Additional Protocols signed in 1975; and 1961 Guadalajara Convention supplementary to the Warsaw Convention. Turkey has ratified Hague Protocol⁴², Guatemala Protocol⁴³ and Montreal Protocols.⁴⁴ In addition to the Warsaw Con-

39 1990 Protocol has been ratified by Turkey. For the ratification law see Official Gazette 14 December 1993 No. 21788; for the promulgation of Council of Ministers see Official Gazette 22 June 1994 No. 21968.

40 1999 Protocol has been ratified by Turkey. For the ratification law see Official Gazette 12 October 2005 No. 25964; for the promulgation of Council of Ministers see Official Gazette 24 December 2005 No. 26033 Mükerrer

41 Official Gazette 3 December 1977 No. 16128.

42 Official Gazette 3 December 1977 No. 16128.

vention, Turkey has also concluded several bilateral treaties relating to international carriage by air.⁴⁵

Contractual and non-contractual obligations arising from the international carriage of cargoes, passengers and language are subject to the Warsaw Convention.⁴⁶ It must be stressed that the Warsaw Convention is applicable exclusively in the sphere of transportation by air; and it does not, for instance, cover the liability of manufactures and air traffic controllers.⁴⁷ In order to define carriage by air as “international”, the places of departure and destination must be situated in different states. In addition, as a fundamental requirement for application, the countries in which the places of departure or destination are located must be parties to the Warsaw Convention.

The *Convention on the International Carriage of Goods by Road* (hereinafter referred to as the “CMR”⁴⁸) covers contracts for the carriage of goods by road for reward. Turkey is a party to CMR.⁴⁹ According to the CMR, the international element of the carriage of goods

43 Official Gazette 21 April 1993 No. 21559.

44 Official Gazette 21 April 1993 No. 21559; Official Gazette 21 April 1993 No. 21559.

45 For example: Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China Concerning Air Services [Official Gazette 10 April 2001 No. 24369]; Air Transport Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the United States of America [Official Gazette 18 July 2001 No. 24466]; Air Transport Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Slovak Republic [Official Gazette 16 May 2002 No. 24757], and Air Transport Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Albania on Air Services Between and Beyond Their Respective Territories [Official Gazette 5 June 2004 No. 25513].

46 GM SMEELE, Frank. *The Contract of Carriage, International Contracts Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, Edt. Marielle Koppenol-Laforce, London, 1996, p. 215.

47 IH Ph. DIEDERIKS-VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, 8th edition. Kluwer Law International, 2006, p. 116.

48 Convention Relative au Contrat de Transport des Marchandise par Route.

49 Official Gazette 4 January 1995 No. 22161; Official Gazette 28 July 1995 No. 22357.

by road depends upon the location in two different countries of the places of origin and destination specified in the contract. However, for the application of the CMR, it is not necessary that both such countries are party to the Convention. If one of those countries has acceded to the Convention, the CMR will apply. The place of domicile or the nationality of the parties is not important for the application of the CMR;⁵⁰ and the CMR will still be applicable even if one of the parties to the road carriage contract is a state or state entity (Article 1 of the CMR). Carriage of mail and postal packages in accordance with international conventions, as well as funeral consignments and furniture transportation, fall outside the scope of the CMR [Article 1(4)(a)(b)(c) of the CMR]. Although the CMR basically applies to the international carriage of goods by road, it is also applicable in situations where carriage by air or rail or sea is not subject to its own mandatory provisions and is a combined part of the through transport, and the goods are not unloaded from the vehicle during the course of transition.⁵¹ The court of the Netherlands reached the same conclusion in its decision relating to the Ro-Ro carriage of goods in a truck on the ship from the port of Goteborg, Sweden to Rotterdam, Netherlands and held that if the carriage of goods contract was not subject to the Hague or Hague-Visby Rules and no bill of lading was issued, then the CMR should be applied.⁵²

In addition to the CMR, Turkey is a party to several bilateral treaties on international carriage by road.⁵³

50 SMEELE, p. 226.

51 CARR, Indira. *International Trade Law*, 3rd edition. Oxon, 2005, pp. 378-79; SMEELE, p. 226; SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade, The Law & Practice of International Trade*, 3rd edition. London, 1990, p. 636; CLARKE, Malcolm e YATES, David. *Contracts of Carriage by Land and Air*. London, 2004, p. 6 §1.18-1.19.

52 Decision of the Hoge Raad of June 29, 1990, (1990) European Transport Law, p. 589 *et seq.*

53 For instance, "<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>"] and Pakistan [Official Gazette 20 May 2006 No. 26173].

b. International Conventions on the Carriage of Goods Not Ratified or Acceded to by Turkey

An international convention, which has not been brought into force in Turkey pursuant to required procedures, cannot be deemed to have a binding effect in Turkey. Therefore, there is no obligation on Turkish courts to apply an international convention that has not been ratified by Turkey to any disputes relating to a carriage of goods contract, even though the convention might otherwise regulate such a contract.

However, the possibility exists that parties might have made reference in their carriage of goods contract to an international convention that is not yet binding on Turkey. Nonetheless, even though a Turkish court cannot apply such an international convention as chosen law, all the provisions of the international convention are effective as if they have been set out in the contract, and they accordingly become the clauses of the carriage of goods contract. The court shall apply those provisions as if they are contained in the carriage of goods contract.⁵⁴ Indeed, many parties, prior to Turkey's ratification⁵⁵ of the CMR, used to incorporate the provisions of the CMR into their contracts. The Court of Cassation, in one of its decisions⁵⁶, reached the conclusion that even though Turkey was not then a party to the CMR, if the parties make a reference in their contract to the applica-

54 EKŞİ, Nuray. *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporasyon" Yoluyla Yapılan Tabkim Anlamaları* [Arbitration Agreements made through Incorporation by Reference in International Maritime Law]. Istanbul 2004, pp. 26-7; Kanunlar Yhtilâfy Alanında "Incorporation" ["Incorporation" in Conflict of Laws] (1999-2000)1-2 MHB, Festschrift for Aysel ÇELYKEL, Istanbul 2001, s. 286.

55 For the law approving the ratification see Official Gazette 14 December 1993 No. 21788; For the promulgation of the Council of Ministers see Official Gazette 4 January 1995 No. 22161.

56 Court of Cassation, 11th Civil Chamber, E. 1340, K. 3332, T. 2.6.1987 (*in*) ERY, Gönen. *Açıklamalı Yçitibatly Uygulamaly Kara Tayma Hukuku* [Carriage by Road Law with Comments and Cases]. Ankara, 1996, p. 36; ERY, Gönen. *Açıklamaly Yçitibatly Kyymetli Evrak ve Tayma* [Negotiable Instruments and Transportation Law with Comments and Cases]. Ankara, 1988, p. 963.

tion of the CMR, the CMR will be binding on the parties and applied by the courts to the disputes as if the rules of the CMR are clauses of the parties' contract.

The 1924 *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading* that was ratified by Turkey⁵⁷ (the "Hague Rules") regulates the international carriage of goods by sea under a bill of lading. Although Turkey acceded to the Hague Rules, no progress has been made in Turkey relating to the ratification of protocols amending the Hague Rules. The Hague Rules have been in force since 1931 and in order to supplement such Convention a 1968 Protocol was prepared.⁵⁸ The Hague Rules, as amended by the 1968 Protocol is commonly referred to as the "Hague-Visby Rules". Not all the states parties to the Hague Rules are party to the Hague-Visby Rules. The Hague-Visby Rules were amended by a 1979 protocol⁵⁹ Pursuant to which the reference to gold francs is replaced by reference to special drawing rights ("SDR").

The *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*⁶⁰ (the "Hamburg Rules") had been drafted with the expectation that it would be ratified by most of the major maritime countries, but the major, traditional maritime countries have not yet ratified it.⁶¹ Turkey has not ratified the Hamburg Rules as well. Thus, the Hamburg Rules have not acquired any binding character for the Turkish courts. In case the parties make reference to the Hamburg Rules in their con-

57 Official Gazette 22 February 1955 No. 8936.

58 Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on August 25, 1924.

59 Protocol Amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading as Amended by the Protocol of February 25, 1968.

60 For more information on the Convention see YAZICIODLU, Emine. *Hamburg Kurallaryna Göre Tayyanyn Sorumluludu Labey/Visby Kurallary ile Karylatyrmaly Olarak [The Liability of the Carrier under Hamburg Rules with Comparison Hague/Visby Rules]*. Istanbul, 2000.

61 SMEELE, 228-229.

tract for the carriage of goods, such rules will be taken into consideration as the equivalent of contract clauses.⁶² Indeed, foreign courts reach the same conclusion. For example, England has not ratified the Hamburg Rules but English courts will apply the Hamburg Rules if the parties in their contract make reference to them. Such rules, of course, are treated by English courts not as the provisions of an international convention but simply as the provisions incorporated by reference to govern the carriage of goods by sea.⁶³

International conventions gain enforceability and effectiveness as to matters falling within their scope of application. However, the parties in a commercial relationship can agree to the application of an international convention to legal disputes between them even if strictly speaking their matters in dispute are not within the normal scope of the convention. Such agreements are unlikely to be regarded as null and void. Moreover, it is stated expressly in several international conventions that application of the convention even as to matters that do not fall within the scope thereof are possible, if so stipulated by the parties.⁶⁴ CMR, for instance, provides that regardless of the domicile and nationality of the parties, CMR's provisions shall be applied to contracts for the carriage for reward of goods by a vehicle by road if the location of the place of taking over and the place of destination specified in the contract are in two different countries. According to Article 6(1)(k) of the CMR, if the parties want CMR's provisions to be applied to a transportation contract not normally covered

62 The method of incorporation is widely used in international maritime commerce law. For more information see Milletlerarası Deniz Ticareti Alanynda. *"Incorporation" Yoluyla Yapılan Tabkim Anlamaları ve Bu Anlamaların Üçüncü Kiilere Etkisi [Arbitration Agreements made through Incorporation by Reference and Effects of those Agreements to Third Parties in International Maritime Law]*. (2003)1-4 DenizHD, pp. 1-23; EKŞİ, [Arbitration Agreements made through Incorporation by Reference in International Maritime Law], 21 *et seq.*

63 CHUAN, Jason. *International Trade Law, 2nd edition*. London, 1999, s. 74; CARR, p. 294; EKŞİ, Incorporation, p. 287.

64 EKŞİ, Incorporation, p. 289.

by the CMR, they may agree to that effect even though the contract for carriage does not fall within the scope of Article 1 of the CMR so long as they stipulate that the carriage will be made in accordance with the CMR. The CMR shall be applied to the dispute just as though the CMR's provisions are provisions of the contract itself or an annex thereto.⁶⁵

2. Contracts for Carriage of Passengers

PILA's Article 29 only contains a conflict of laws rule concerning the law applicable to contracts for the carriage of goods. It is not possible even by way of analogy to extend this rule to the international carriage of passengers. Contracts for carriage of passengers are usually subject to international conventions, and, in default, to the law of the country determined in accordance with PILA's Article 24.

III. Problems in Connection with Application of Article 29 of PILA

1. Absence of Provision Concerning the Form of Choice of Law

PILA's Article 29 poses several problems. First, it provides for the application of the law chosen by the parties without clarifying whether that choice must be expressed or can be implied. For the first time in the Turkish Private International Law history an implied choice of law provision is inserted into Article 24 of PILA, which contains a general conflict of laws rule for any type of contract. In contrast, Article 29 of PILA has no provision as to the required form of a selection of law clause in a transportation contract.

⁶⁵ EKŞİ, Incorporation.

2. Whether Article 29 of PILA Applies Whatever the Type of Contract

Article 29 makes no distinction among various possible types of the transportation contracts. In other words, whether the contract is for carriage by air or by rail or by sea or is multimodal bears no important role in the application of this Article.

PILA's Article 29 has the same content of Article 4(4) of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,⁶⁶⁻⁶⁷ (hereinafter referred as to "the Rome Convention"). Article 4(4) of the Rome Convention⁶⁸ applies only to the carriage of goods and does not cover carriage of passengers. Contracts for the carriage of passengers are, however, subject to Article 4(2) of the Rome Convention.⁶⁹

The Rome Convention was converted into a regulation. The *Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations*⁷⁰ is commonly known as

66 OJ 26.1.1998 C 27, pp. 34-46.

67 For the Turkish Translation of the Rome Convention see EKŞİ, Nuray. *Sözleşmeden Dodan Borç Yüklülerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Roma Konvansiyonu (Çeviri) [The EC Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Translation)]*, *Festschrift for Yılmaz ALTUD*. Istanbul 2000, pp. 163-81; EKŞİ, Nuray. *Roma Konvansiyonu [Rome Convention]*, p. 237-259.

68 For more information see EKŞİ, Nuray. *Roma Konvansiyonu [Rome Convention]*, 34 *et seq.*; Nuray EKŞİ, *Yabancılyk Unsuru Tayyan Akit, Milletlerarası Akit Kavramları ve Bunların AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı [Contracts Contains a Foreign Element, Contracts Having International Character and the Meaning of Those under the EC Rome Convention]* (1992)1-2 MHB, pp. 1-10; EKŞİ, Nuray. *Avrupa Birliği Roma Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk [The Law Applicable to Consumer Contracts under the EC Rome Convention]*, III(2004)1-2 *YKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, pp. 135-53.

69 PLENDER, Richard e WILDERSPIN, Michael. *The European Contracts Convention The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*. London, 2001, p. 157; CHESHIRE and NORTH's *Private International Law*, Edt. PM North/JJ Fawcett, 13th edition, London 2004, p. 572.

70 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ 4.7.2008 L 177, pp. 6-16.

“Rome I” or “the Rome I Regulation”. In the Rome I Regulation, Article 4(4) of the Rome Convention was amended fundamentally, its scope was extended, and it was renumbered as Article 5. As mentioned before, carriage of passenger contracts fall outside the scope of Article 4(4) of the Rome Convention. Differently, a new conflict of laws rule concerning the governing law applicable to the carriage of passengers is added to Article 5 as paragraph (2).⁷¹ Under the Rome I Regulation, Article 5(1), freedom of choice of law is accepted. Article 5(1) of the Rome I Regulation provides that the law chosen by the parties shall govern a contract of carriage of goods. Article 5 of the Rome I Regulation provides that, if the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery, as agreed by the parties, is situated shall apply. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract, in the absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in preceding sentences the law of that other country shall apply.

71 Rome I Regulation Article 5: *Contracts of carriage*

(1) [...]

(2) To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply. The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

- (a) the passenger has his habitual residence; or
- (b) the carrier has his habitual residence; or
- (c) the carrier has his place of central administration; or
- (d) the place of departure is situated; or
- (e) the place of destination is situated.

(3) Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract, in the absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

The Commission regarded the Rome Convention as a cornerstone when drafting Article 29 of the new Turkish PILA. Reference was not made to the draft of the Rome I Regulation, which was in the preparatory stage at that time. For that reason one cannot focus on the Rome I Regulation but must look at the Rome Convention.

Article 4(4) of the Rome Convention provides that, as to a contract for the carriage of goods, if, at the time the contract is concluded, the country in which the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country.

Charter parties can be divided into three basic types of charter parties: voyage⁷², time, and demise or bareboat. Under a voyage charter party, the ship-owner agrees to charter its vessel to the charterer for one or more specified voyages. The vessel remains under the control of the ship-owner and the ship-owner is responsible for the payment of the wages of the seamen and for equipping and manning the vessel. The ship-owner is under the obligation to carry the goods between the ports specified in the voyage charter party. The charterer undertakes to provide the cargo and pay for the freight.⁷³ The charterer in time charter hires the vessel for a specified period of time. Similar to a voyage charter, in time charter, the ship-owner holds the control of the vessel and employs the master and crew. However in contrast to the situation in a voyage charter, the charterer under a time charter does not undertake the responsibility towards the ship-owner for carrying the cargo to a specified port.⁷⁴ The ship-owner passes

72 For a comprehensive work on voyage charter party see ÜLGNER, M. Fehmi. *Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi [Charter Parties I General Provisions Voyage Charter Party]*. Istanbul, 2000.

73 CARR, 164.

74 ÇADA, Tahir e KENDER, Rayegan. *Deniz Ticareti Hukuku II Navlun Sözleşmesi [Maritime Commerce Law II Freight Contracts]*, 8th edition. Istanbul, 2006, p. 8; CARR, p. 165.

possession and control of the vessel to the charterer under a demise charter and master and crews become the responsibility of the charterer and are under its control and direction. In short, under a demise charter, the charterer undertakes to man and equip the vessel for the duration of the demise charter.⁷⁵

It has been stated that because time and demise charters have none of the characteristics of a transportation contract, Article 4(4) of the Rome Convention should not be applied.⁷⁶ Germany implemented the provisions of the Rome Convention into its national law by the EGBGB. Article 4(4) of the Rome Convention has become §28/IV of the EGBGB. Whether §28/IV of the EGBGB is applicable to time and demise charter is a highly controversial issue in German doctrine. *Mankowski*⁷⁷ believes that because the charterer under time charter undertakes no responsibility for the carriage of goods from one port to another, which is the core element of a contract for the carriage of goods, one cannot reach the conclusion that a time charter is a kind of transportation contract. Providing an opportunity to the charterer to use the vessel in maritime commerce is the basic characteristic of a time charter. According to *Mankowski*, because the time charter is not a transportation contract, it is not possible to ascertain the applicable law in accordance with §28/IV of the EGBGB. In this respect, regard should be given to §28/II of the EGBGB that has a provision parallel to Article 4(2) of the Rome Convention. In other words, in the absence of a choice made by the parties, the law applicable to the time charter is law of the country in which the principal place of business of the ship-owner is situated.⁷⁸ *Mankowski* also emphasizes that a demise charter cannot be classified as a type of transportation contract. Under the demise charter the ship-owner passes the possession of a

75 CARR, p. 165; John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 5th edition. London, 2004, pp. 7-8.

76 PLENDER/WILDERSPIN, p. 157.

77 MANKOWSKI, Peter. *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*. Tübingen, 1995, p. 95.

78 MANKOWSKI, p. 95.

vessel to a charterer and for that reason such a charter should be characterised as a contract of hire. He says that demise charter does not fall within the scope of §28/IV of the EGBGB. Therefore, the law applicable to those kinds of contracts should be ascertained under §28/II of the EGBGB, namely the law of the country in which the ship-owner, at the time of conclusion of the contract, has its principal place of business.⁷⁹

Whether time and demise charters fall within the scope of Article 4(4) of the Rome Convention is a not only a problem before national courts of EU Members but also before the European Court of Justice. Reference for a preliminary ruling from the Hoge Raad (i.e., Supreme Court) of the Netherlands was lodged on 2 April 2008 concerning the interpretation of Article 4(4) of the Rome Convention. One of the questions referred to the ECJ is whether Article 4(4) of the Rome Convention must be construed as applying only to voyage charter parties and whether other forms of charter parties fall outside the scope of that provision.⁸⁰ The Hoge Raad referred another question to the ECJ: If the question just posed is answered in the affirmative, must Article 4(4) of the Rome Convention then be construed as meaning that, in so far as other forms of charter party also relate to the carriage of goods, the contract in question comes, so far as that carriage is concerned, within the scope of that provision and the applicable law is for the rest determined by Article 4(2) of the Rome Convention? A decision on questions referred for a preliminary ruling has not been given by the ECJ.

The French Court of Cassation applied the Rome Convention to disputes arising from a time charter⁸¹ taking the view that in situa-

79 MANKOWSKI, p. 119.

80 Reference for a preliminary ruling from the Hoge Raad der Nederlanden, lodged on 2 April 2008-*Intercontainer Interfrigo (ICF) SC v Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV* (Case C-133/08): OJ 21.6.2008 C 158, s. 10.

81 Cour de cassation Chambre Commerciale Audience publique du 20 mai 1997 N° de pourvoi 95-1619295-20943, "<http://www.rome-convention.org>" (25.9.2008).

tions where the law ascertained under the Rome Convention recognizes the right of hypothec or chattel on the cargo on board then the cargo on board can be detained and sold upon request by the ship-owner for collection of payment of hire arising out of a time charter. The “Van Dyck shipping company” (Van Dyck) and the “Compagnie sénégalaise de navigation maritime” (Cosenam) concluded a “time charter-party”, under which the ship-owner Van Dyck agreed to charter the ship *Nobility* to the charterer, Cosenam. The charter contained a choice of law clause that provided for the charter to be governed by English law.

During a stopover of the *Nobility* in a French harbour, Van Dyck, asserting the charterer owed it money, obtained from a French judge an order providing for the consignment of the goods in hands of a third party, and for the transfer of the proceeds of the sale of the goods to Van Dyck. The order was issued under French law, because the court regarded applicable law as that of the place where the goods were located. Before the French Court of Cassation, the cargo interests, invoking their bills of lading, asked that the order be quashed, alleging that under English law, which should apply to the contract under Article 3 of the Rome Convention, the ship-owner cannot claim any rights against cargo owners who are in possession of bills of lading. The French Court of Cassation quashed the order, on the ground that the English law, chosen in the charter-party as the law governing the contract, should have been taken into account to determine the rights a ship-owner could claim on the cargo against cargo owners in possession of bills of lading.

The French Court of Cassation did not directly make a reference to Article 4(4) of the Rome Convention. Article 3(1) of the Rome Convention was applied by the Court of Cassation. However, the important issue here is whether the demise charter or time charter is subject to the Rome Convention. According to the Rome Convention, a contract of carriage of goods shall be governed by the law chosen by the parties (Article 3(1) of the Rome Convention). To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accord-

ance with Article 3, the law applicable to the carriage of goods contract shall be ascertained under Article 4(4) of the Rome Convention. The French Court of Cassation stated that in order to collect the payment of hire arising out of the time charter, detention of the cargo on board and transfer of the proceeds of the sale of the goods to the ship-owner are matters governed by the Rome Convention. Therefore, the French Court of Cassation accepted that the law is to be ascertained in accordance with Article 3(1) or, in default of a choice, Article 4(4) of the Rome Convention. This judgment is of a crucial value in that it concludes that a time charter falls within the scope of the Rome Convention.

The French Court of Cassation went even further in 1999⁸² and construed the scope of Article 4(4) of the Rome Convention broadly. The background of the case is follows: goods bought by a Swiss company were damaged during carriage by sea, a French insurer compensated the Swiss company and as a subrogated party brought an action before the French Tribunal de Commerce against the carrier of the goods, a Singapore shipping company. The Tribunal decided it had no jurisdiction. Because the bill of lading contained a clause giving jurisdiction to the high court of Singapore, the issue to be decided was whether this clause was binding on the French insurer. The court held that the answer was to be found in the law governing the contract of carriage. In order to determine this law, the court applied Article 4(4) of the Rome Convention and concluded to the applicability of Singapore law, this law applying as the law of the country in which were both located the carrier's principal place of business and the place of discharging of the goods. The law applicable to the contract of carriage, under Article 4(4) of the Rome Convention, shall govern the issue of the binding effect of a jurisdiction clause contained in a bill of lading, with regard to the subrogated insurer of the consignee. Under Singapore law, the jurisdiction clause inserted in the bill of

82 *Compagnie Mutuelles du Mans et autres c Société Unison Shipping Private Ltd et autres*, Cour d'appel de Paris, 5ème chambre, section, A, 1999, September 9: "<http://www.rome-convention.org>" (25.9.2008).

lading was binding on the subrogated insurer; consequently, the court held that it did not have jurisdiction over the claim.

This judgment is open to criticism. The Rome Convention does not apply to agreements on the choice of a court. The Rome Convention contains a special provision that holds that agreements on jurisdiction are outside the scope of the Convention (Article 2(2)(d) of the Rome Convention). Despite this fact, the French court applied the Rome Convention to determine the binding effect of a jurisdiction clause contained in a bill of lading.

After a long debate during the drafting of the Rome Convention, the Committee of Experts agreed to include contracts for the carriage of goods within the scope of the Convention. Considering the peculiarities of the contracts for carriage of goods, a specific provision which deals with the applicable law in the absence of a choice by the parties was inserted in the Rome Convention.⁸³ The Committee considered that the connecting factors in Article 4(2)⁸⁴ of the Rome Convention, which deals with the applicable law to the extent that the applicable law has not been chosen, were not appropriate for the carriage of goods contract, therefore a paragraph having appropriate connecting factors, namely paragraph 4 of Article 4, was added to the Convention.⁸⁵ However, there could be some situations where the carriage of goods contract is subject to Article 4(2) because Article 4(4) requires certain conditions. In fact the Italian court applied Article 4(2), instead of 4(4), of the Rome Convention to a carriage of goods contract.⁸⁶ *Sadav Line* and *Italgrani Iberia* concluded an af-

83 Report on the Convention on the Law applicable to Contractual Obligations by Mario GIULIANO, Professor, University of Milan, and Paul LAGARDE, Professor, University of Paris I, OJ 31.10.1980 C 282, p. 21.

84 The applicable law in the absence of choice of law by the parties to the contracts that are outside the scope of the special conflict of laws rules concerning consumer and individual employment contracts are to be determined according to Article 4(2) of the Rome Convention.

85 GIULIANO/ LAGARDE, 21.

86 *Italgrani Iberi SA v Sadav Line srl in liq.*, Corte d'Appello di Genova 1997, June 2: "<http://www.rome-convention.org>" (5.9.2008).

freightment contract. Because of damage, the buyer refused to accept the cargo and the dispute was submitted to arbitration in which the arbitrator applied Italian law in accordance with Article 4(4) of the Rome Convention. *Italgrani* asked the Corte d'Appello di Genova to set aside the award claiming that Article 4(4) of the Rome Convention is not applicable because it requires additional conditions for the application of the law of the country where the carrier has his principal place of business, i.e., the law of the country in which the carrier has his principal place of business is applicable provided that that country is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated. In a contract of affreightment, the characteristic performance of the contract is not the payment of the freight, but the transportation. This presumption cannot be rebutted by Article 4(4), unless the requirements of Article 4(4) are realised. For the application of Article 4(4), certain requirements must be met. However these requirements are not met in the present case. The Italian court held that because the requirements of Article 4(4) are not met, the presumption of Article 4(2) should have been applied. In respect of Article 4(2), the characteristic performance of the contract of affreightment must be determined. The characteristic performance of the contract of affreightment is transportation. Consequently, in situations where the Article 4(2) of the Rome Convention is applied, it is presumed that the contract is most closely connected with the country where the carrier, who is to affect the characteristic performance of the contract, has its habitual residence.

3. Applicability of Article 29 of PILA to Contracts for Multimodal Transport of Goods

PILA's Article 29 does not contain a separate provision relating to multimodal or combined transport. Whether problems might occur from the application of Article 29 to combined or multimodal transportation will be seen with the passage of time. However it must be stressed that contracts for multimodal transport of goods are carefully

drafted by parties with a broad approach in practice and they insert detailed clauses to solve all types of disputes arising from such contracts. Moreover, most contracts for multimodal transportation of goods incorporate the *1980 United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods* by reference. This Convention has not been ratified by Turkey yet. However, by use of an incorporation by reference clause, the Convention becomes an integral part of or an annex to the contract. The courts will apply the provisions of the 1980 Convention as if they are clauses contained in the contract. Because the 1980 Convention has solutions for all disputes arising out of multimodal transportation of goods, the conflict of laws rules are, in fact, of little practical importance.

4. Lack of Precise Definition of Principal Place of Business of Carrier

No attempt has been made to define the principal place of business of the carrier in PILA's Article 29. "The principal place of business of the carrier" is not the place where the company was incorporated but the place where the activities of the company are carried out.⁸⁷ Subsequent changes in the principal place of business of the carrier or the place of loading or unloading following the conclusion of the contract bears no importance. Subsequent changes with malicious intent in the principal place of business of the carrier might happen. As a preventive factor for this kind of dishonest behaviour the principal place of business at the time of the conclusion of the contract is determinative. In practice, the transportation of goods is frequently performed by a sub-carrier. "Carrier" under Article 4(4) of the Rome Convention, means the party who undertakes to carry the goods, and the question of whether carriage *de facto* performs on its own is irrelevant.⁸⁸ Regardless of who is the *de facto* performer of the

⁸⁷ PLENDER/WILDERSPIN, p. 132-3.

⁸⁸ GIULIANO/LAGARDE, 22.

carriage, the principal place of business of the party who has control of the goods is controlling.

5. Problems that Arise out of Application of Article 29 to Contracts for the Carriage of Goods by Sea

a. Difficulties in Ascertaining the Principal Place of Business of Companies Registered in Offshore Countries

It is an undeniable reality of international maritime commerce that ships are owned by offshore companies or branches and are registered in countries that offer flags of convenience. In other words, flagging out from the traditional maritime registries into offshore registries is inevitable in international maritime commerce.⁸⁹ The advantages to ship-owners resulting from placing their vessels under flags of convenience (such as those offered by the Bahamas, Bermuda, Cayman Islands, Costa Rica, South Cyprus, Honduras, Hong Kong, Lebanon, Liberia, Maldives, Malta, the Netherlands' Antilles, Panama, Seychelles, Singapore, Somali, Antigua and Barbuda, Belize, Cook Islands, Gibraltar, Marshall Islands, Mauritius, St. Vincent, Grenadines, Sri Lanka, Tuvalu, Vanuatu)⁹⁰ may be summarised as follows: there are no taxes or only minimal taxes payable; the registration fees are relatively low; there are no laws preventing employment of seamen from the international workforce at low wages; the ultimate owner of a vessel can usually not be determined by examining the public records of the jurisdiction of incorporation.⁹¹ The vessel registered in an offshore registry providing a flag of convenience will perform transportation only in unrelated countries to avoid taxation by the country providing the locus for incorporation and the place of registry. Therefore, even though on paper the principal place of busi-

89 EKŞİ, Nuray. *Yabancı Gemilerin Yhtiyati Haczi [Arresting Foreign Ships]*, 2nd edition. Istanbul, 2004, p. 16.

90 EKŞİ, Nuray. *Yabancı Gemilerin Yhtiyati Haczi [Arresting Foreign Ships]*, p. 14.

91 EKŞİ, Nuray. *Yabancı Gemilerin Yhtiyati Haczi [Arresting Foreign Ships]*, p. 16-17.

ness of the vessel-owning company is located in an offshore tax haven country, its *de facto* place of business will be situated in another country. Except for providing the place of registration, the country of incorporation or vessel registry has no other relation whatsoever with the vessel-owner. In this case, the principal place of business of the carrier is not deemed to be situated in the country of incorporation or vessel registry. The country in which the company has actually and habitually performed its activities should be considered as the location of the carrier's principal place of business.⁹²

b. Problems Arising from the Various Meanings of “Carrier”, “Consignee” and “Shipper” Involved in Contracts for the Carriage of Goods

Due to the complex nature of contracts for the carriage of goods by sea, the question arises how PILA's Article 29 will be applied to disputes relating to such contracts. In particular, in maritime commerce, as a consequence of differing meanings given to the terms carrier, consignee and shipper, the classification of these terms frequently needs to be analysed in the course of application of Article 29. This issue has been dealt with in foreign doctrine as well, and it is suggested that classification of those concepts, namely, carrier, consignee and shipper, must be made according to the *lex fori*.⁹³

c. Non-Applicability of Article 29 of PILA to Disputes Relating to Bills of Lading

Disputes relating to bills of lading are not subject to PILA's Article 29 because Article 1(2) of the Rome Convention on which Article

92 R. ASARIOTIS. *Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Conflict of Laws: Some Questions Regarding the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, 26(1995) JMLC, p. 311.

93 ASARIOTIS, 311.

29 is based excludes bills of lading from the scope of the Convention. Turkey has ratified the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading 1924.⁹⁴ Because Article 1(2) of PILA gives priority to international conventions ratified by Turkey, disputes arising out of bills of lading will be resolved in accordance with the 1924 Convention.

d. Applicability of Article 29 to a Bill of Lading Containing Provisions as to Carriage

For the application of PILA's Article 29, an essential problem occurs in situations where the bill of lading also includes clauses as to carriage.⁹⁵ The same discussions have also been made with respect to Article 4(4) on which PILA's Article 29 is based. In reality, the Rome I Regulation has replaced the Rome Convention. But here, the Rome Convention is considered because in the course of drafting Article 29 of the new Turkish PILA, regard was given not to the Rome I Regulation but to Article 4(4) of the Rome Convention.

Under Article 1(2)(c) of the Rome Convention, obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character are excluded from the scope of the Convention. However, sometimes the bill of lading or contract for carriage of goods by sea

⁹⁴ Official Gazette 22 February 1955 No. 8937.

⁹⁵ For detailed information on the determination of applicable law in case of concurrence of charter party and bill of lading before the abolished PILA numbered 2675 which does not provide for a special conflict of laws rule concerning international carriage contracts, see GÖDER, Erdodan. *Deniz Hukukundaki. Eya Tayma (Navlun) Mukavelelerinden Dodan Kanunlar Ybtilafy [Conflict of Laws in Carriage of Goods (Freight) Contracts in the Maritime Commerce Law]*. Ankara 1965, p. 97. Additionally, for a monograph on the conflict of laws problems arising out of international maritime commerce in that period, see GÖDER, Erdodan. *Deniz Ticareti Hukukundan Dodan Kanunlar Ybtilafy [Maritime Commerce Conflict of Laws]*. Ankara, 1969.

integrates the other.⁹⁶ The question, therefore, is whether Article 4(4) of the Rome Convention applies at all where a carriage of goods contract is contained in or incorporated by a reference in a bill of lading. German doctrine has opposite views for the application of Article 4(4) of the Rome Convention to the bill of lading issued in connection with a carriage of goods contract.⁹⁷ One of those opinions, by stressing the negotiable character (*wertpapier*) of the bill of lading, states that Article 4(4) of the Rome Convention is not applicable.⁹⁸ It has also been argued that the carriage of goods contract itself must be separated from not only the covering documents but also the bill of lading.⁹⁹

*Asariotis*¹⁰⁰ claims that in UK law, Article 4(4) of the Rome Convention should apply to all contracts for the carriage of goods, including those covered by a negotiable bill of lading. To put it another way, in a cargo claim, when obligations under a contract for carriage of goods, which is contained in bill of lading, are at issue, Article 4(4) of the Rome Convention is applied. Apart from this question, however, obligations arising out of the negotiable character of a bill of lading should not be governed by Article 4(4) of the Rome Convention.

In order to prevent the problems that may arise out of the various views among academics in this regard and hesitation in course of application of Article 29, a provision similar to Article 5 of the Netherlands Conflict of Maritime Laws Act, which has been in force since

96 For the relation between bill of lading and contracts for carriage by sea in the Turkish Commercial Code *see* ÇADA/KENDER, p. 83-5.

97 ASARIOTIS, p. 297.

98 For more information on the discussions in German law *see* RABE, Dieter. *Seehandelsrecht, fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenworschriften und Internationalen Übereinkommen*, 4 Auflage. München. 2000, pp. 343-5; MANKOWSKI, §6.

99 ASARIOTIS, p. 297.

100 ASARIOTIS, p. 297.

May 1993¹⁰¹, should have been inserted in Article 29 of the Turkish PILA. Article 5(1) of the Netherlands Conflict of Maritime Laws Act provides that in the case of the carriage of goods under a bill of lading, the question whether, and, if so, under what conditions, a third party (apart from the person who signed the bill of lading or on whose behalf it was signed) is subject to the rights and obligations of a carrier under the bill of lading, and also the question of who is subject to the rights and obligations arising out of the bill of lading *vis-à-vis* the carrier, shall be determined, irrespective of the law chosen by the parties in the contract of carriage, by the law of the state of the port, where under the contract, discharge should be effected. The second paragraph of Article 5 provides that the question indicated in the preceding paragraph however, shall be determined by the law of the state in which the port of loading is located in so far as the obligations relating to the furnishing of the goods contracted for and the place, manner and duration of loading are concerned.

6. Whether Article 29 of PILA is Applicable to Contracts for Carriage Concluded with Cargo Companies

It must also be clarified whether PILA's Article 29 is applicable to contracts for carriage concluded with international cargo transport companies, for example, with *UPS*, *DHL*, *FedEx* et al. We are of the view that such contracts are subject to Article 29. At present there is no judgment regarding this matter granted by the Turkish Court of Cassation. An examination of the decision reached in 2007 by the United States Court of Appeals for the Second Circuit¹⁰² may help to

101 For the English version of the Netherlands Conflict of Maritime Laws Act see TETLEY, William. *International Conflict of Laws Common, Civil and Maritime*. Montreal, 1994, pp. 1069-72; for the Turkish translation and a brief overview of the Act see EKŞİ, Nuray e BUDAK, Ali Cem. *Hollanda Deniz Kanunlar Yhtilâfy Kanunu [The Netherlands' Maritime Conflict of Laws Act]*. I(2004)2 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, pp. 161-7.

102 *Eli Lilly Do Brasil, Ltda. v. Federal Express Corporation*, United States Court of Appeals for

illustrate how problems occur in practice, how the governing law is ascertained, and how to analyze which country has the more significant relationship.

In October 2002, *Eli Lilly* contracted with *Nippon Express*, which, in turn, subcontracted with *FedEx* to transport fourteen drums of Cephalexin from *Lilly's* factory in Brazil to Japan, through *FedEx's* hub in Memphis. *FedEx* received the cargo and consigned it to *Jumbo Jet Transportes Internacionais* for transportation by truck to the airport in Brazil. The truck was hijacked en route and the cargo, worth approximately US Dollars 800,000, was stolen. As explained in the Court's opinion:

The waybill for the shipment limited *FedEx's* liability for stolen goods to \$20 per kilogram. If a customer, such as *Lilly*, was dissatisfied with the limitation, it was given the option of securing additional coverage by declaring a higher value and paying additional charges. The limitation of liability on the face of the waybill was conspicuous. *Lilly* did not elect to declare a higher value or to pay for additional coverage. The record is silent as to the circumstances of the theft. It is not disputed that, if the limitation applied, *FedEx's* exposure for the loss was approximately \$28,000.

Lilly, a Brazilian firm, chose not to sue *FedEx* in Brazil but instead sued in the Southern District of New York. The parties cross-moved for partial summary judgment. *FedEx* sought to limit its liability in accordance with the waybill and *Lilly* sought to have Brazilian law applied, believing that the limitation might not be enforceable if it could prove that the trucking company acted with gross negligence. Both parties assumed that federal common law choice-of-law analysis applied but they disagreed as to the results of that analysis.

In determining whether Brazilian law or the American law was applicable, the Court reached the conclusion that a federal common

the Second Circuit, August Term, 2006 567 (Argued: September 22, 2006 Decided: September 11, 2007) Docket No. 06-0530-cv.

law choice-of-law analysis was appropriate. The Court made its evaluation under Restatement Second §197, which is a conflict of laws rule applicable to the transportation of goods that refers to the principles of Section 6, noting that:

Section 6 identifies a number of factors relevant to determining which state has the more significant relationship with the parties and the contract: a) the needs of the interstate and international systems, b) the relevant policies of the forum, c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, d) the protection of justified expectations, e) the basic policies underlying the particular field of law, f) certainty, predictability and uniformity of result, and g) ease in the determination and application of the law to be applied.

The Court stated its reasoning as follows:

Brazil's interests in the contract and the parties are by no means insignificant. The contract was negotiated and executed in Brazil, between a Brazilian company and a United States company that regularly transacts business in Brazil. The purpose of the contract was to ship goods located in Brazil, out of Brazil to Japan. Because the cargo was stolen on the way to the airport the goods did not enter the United States and would have done so only because Memphis is the *FedEx* tranships centre. However, Brazil's interest, based only on § 188 contacts, is greater than the United States' cannot be the end of our inquiry or determinative of its conclusion. The United States also has some interest in this transaction and the parties, being *FedEx's* domicile. Which state is most interested under § 188 is a different question from which state has the more significant relationship with the parties and the contract for purposes of § 197.

The Court of Appeal emphasised that

[...] even taking account of Brazil's superior §188 contacts, two of the §6 factors emerge as determinative of United States venue: the relevant policies of other interested states and the relative interest of those

states in the determination of the particular issue in dispute and protection of the parties' justified expectations. The paramount importance of enforcing freely undertaken contractual obligations, especially in commercial litigation involving sophisticated parties[is] obvious. The Restatement expressly provides that the justified expectation of enforceability generally predominates over other factors tending to point to the application of a foreign law inconsistent with such expectation. [T]he contract contained not only a loss limitation clause, but offered *Lilly* the option of securing more insurance if it paid a higher premium—an option *Lilly* did not avail itself of. *Lilly* has offered no satisfactory justification for expecting that it would be permitted to finesse this commitment.

The Court held that invalidating the limitation clause stipulated by the parties in the contract would be contrary to their expectations that, citing the Restatement:

“at the very least, the provisions of the contract will be binding upon them. Their expectations should not be disappointed by application” of the Brazilian law which strikes down the contract or a provision thereof.

The dissent filed with the majority's opinion agreed that the Court should apply the federal common law's choice of law rules to determine whether this contract is governed by Brazilian law or federal common law and that the Court may look to the Restatement Second of Conflict of Laws. However, the dissent disagreed with the majority's conclusion that under federal common law and the Restatement the United States has a greater interest in this litigation than does Brazil, reasoning as follows:

The *FedEx* Air Waybill called for the transportation of *Lilly's* goods from Brazil to Japan. The Waybill contained no choice of law provision. Under Restatement §197 contracts for the transportation of goods are governed by the local law of the state from which the goods are dispatched.

The dissent continued its analysis:

To determine which state has the most significant relationship to the transaction and the parties under §188 [] the court evaluates the following five contacts: the place of contracting; the place of negotiation of the contract; the place of performance; the location of the subject matter of the contract; and the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties [...]. The §6 principles are those general considerations that underlie all rules of choice of law [...]. Thus, to determine whether the United States has a significant or close relationship to the contract and to the parties, the Court must first evaluate each state's §188(2) contacts with the *FedEx* Air Waybill. The *FedEx* Air Waybill was negotiated between *FedEx* and *Lilly's* Brazilian freight forwarder *Nippon Express* in Brazil. The contract between *FedEx* and *Jumbo Jet Transportes Internacionais*, and the contract between *Lilly* and *Nippon Express*, also were negotiated in Brazil [...]. *FedEx* picked up and accepted the pharmaceutical cargo at the *Nippon Express* freight forwarding facility in Guarulhos, Brazil.

Because the truck was hijacked and the cargo was stolen, the dissent reasoned that

the only performance that ever took place under the contract occurred in Brazil [...]. The parties involved are either Brazilian companies or companies that regularly conduct business in Brazil [...]. When the §188(2) and §197 factors¹⁰³ are taken into account and applied to the §6 principles Brazil emerges as the state with the most significant relationship to the transaction and to the parties.

The dissent continued its reasoning:

103 For a comprehensive work on Restatement Second §6, §188 and §197 in Turkish doctrine see Gülin GÜNGÖR, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Dodan Borç Yüklüklerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklayımı* ["The Closest Connection Approach" in the Basics Instruments of Private International Law Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations], Ankara 2004, p. 21 *et seq.*

Furthermore, while the federal common law's presumption in favour of applying the law that tends to validate contracts might mean that the United States has a general interest in validating contracts, the United States still does not have a "significant" or "close" relationship with this contract. Therefore, Brazil remains as the default jurisdiction whose laws govern this contract of transportation regardless of whether the liability limitation is valid under Brazilian law.

[...] Of course, where two states have significant interests in the contract the common law presumption in favour of applying the law of the state that tends to validate the contract might prove dispositive. However, this is not such a case. Brazil's interest in regulating commerce within its own borders heavily outweighs any interest the United States has in enforcing this contract. For the foregoing reasons, Brazilian law should have been applied.¹⁰⁴

6. Applicability of Article 29 of PILA to Carriage of Mail and Postal Packages

Under Article 1(a) of *the Postal Code* numbered 5584¹⁰⁵, acceptance, transportation and delivery of letters, post cards, both single and with reply paid, newspapers, periodicals, books, printed papers of every kind, small parcels, commercial papers and patterns or samples of merchandise, and service of summons are among the functions of Turkey's Post Telephone and Telegraph ("PTT"). Transportation of small parcel and articles are also subjected to the services of the PTT.

Although the services provided by the PTT are considered public services, the transportation of parcels and articles should be evaluated as commercial activity, and therefore such activities should be kept outside the jurisdiction of administrative courts. If it is accepted

104 For the comments on the judgment see SYMEONIDES, Symeon C.. *Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey*. 56(2008) AJCL, pp. 49-51.

105 Official Gazette 8 March 1950 No. 7451.

that the functions of the PTT with respect to transportation of parcels and articles fall within the scope of private law, then disputes relating to the contracts for carriage of such items should be dealt with the commercial courts. *The Postal Code* sets out rules as to claims for damages against the PTT, but is silent as to which kinds of courts, administrative or commercial courts, have the competence and jurisdiction for such claims. In our view, legal actions against the PTT concerning the post of articles and parcels should be not brought before administrative courts but commercial courts.

When evaluating the carriage of parcels and articles by post in respect of private law, one is confronted with the question whether PILA's Article 29 is applicable to PTT's performance of the international carriage of parcels and articles. If any legal action is taken against to the PTT because of loss or damage during the course of such transportation, the question of which country's law is to be applied must be resolved in accordance with PILA's Article 29. In practice, there is no choice of law clause in the bill of receipt relating to transportation of packets and parcels. For that reason, under the paragraph (2) of Article 29 of PILA the law of the country in which the principal place of post administration is located shall apply provided that, at the time the contract is concluded, that country is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated. Since the principal place of the PTT is located in Turkey, if the sender lodged his parcels or packets in Turkey the requirements of Article 29(2) are met, and therefore Turkish law is applicable.

In Turkish law, disputes arising out of carriage of parcels lodged at the PTT for transportation to a place outside Turkey are subject to the Postal Code numbered 5548 since the scope of Postal Code is also expressly extended to international post services. The requirements for the application of the Postal Code to parcels and packages lodged in Turkey for carriage to a place outside Turkey are laid down in Article 67 thereof. Article 67 of the Postal Code provides that, unless otherwise expressed in bilateral or multilateral international trea-

ties,¹⁰⁶ the provisions of this Code shall be applicable to international post services. In short, the Postal Code governs international post services performed by the PTT.

As discussed above, international post services are primarily subject to bilateral or multilateral international treaties. In the absence of a treaty, the Postal Code will be applied if it is so provided by PILA's Article 29. For example, carriage of mail and postal packages in accordance with international conventions falls outside the scope of the CMR [Article 1(4)(a) of the CMR]. In the same way, Article 4 of the CIM, among others, lists carriage of articles within the monopoly of postal authorities as a type of cargo that is not acceptable for carriage. Carriage of mail and postal packages in accordance with international conventions is excluded from the scope of the Warsaw Convention by Article 2(2) thereof. Slight modifications were made to this provision by subsequent amendatory Protocols. The Hague Protocol to the Warsaw Convention introduced a provision for the carriage of mail

106 Promulgation of Council of Ministers No. 86/10241 on the Approval of the Agreements Signed at XVIIIth World Congress of Universal Postal Union: Official Gazette 20 January 1986 No. 18994; Promulgation of Council of Ministers No. 86/10418 on Second Additional Protocol to the Constitution of the Universal Postal Union: Official Gazette 13 April 1986 No. 19077; Promulgation of Council of Ministers No. 88/13301 on Constitutional Law and Regulation of the West Asian Postal Union Signed at the Meeting of the Planning Council of the Economic Cooperation Organisation (ECO): Official Gazette 17 October 1988/19962; Law Number 3896 Ratifying the Third Additional Protocol to the Constitution of the Postal Union: Official Gazette 21 March 1993 No. 21531; Law Number 3897 Ratifying the Fourth Additional Protocol to the Constitution of the Postal Union: Official Gazette 21 March 1993 No. 21531; Promulgation of Council of Ministers No. 95/6537 on Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the State of Israel Concerning Cooperation in the Field of Telecommunications and Posts: Official Gazette 13 March 1995 No. 2222; Law Number 4473 Ratifying the Fifth Additional Protocol to the Constitution of the Postal Union: Official Gazette 11 November 1999 No. 23873; Promulgation of Council of Ministers No. 2000/486 on the Fifth Additional Protocol to the Constitution of the Postal Union: Official Gazette 24 May 2000 No. 24058; Protocol on the procedure to be followed in case of deportation of passengers, luggage, cargo and mail specified by the "Agreement Between the Government of Republic of Turkey and the Government of Georgia on the Joint Usage of the Batumi International Airport" by the competent authorities of the both contracting parties or of the third countries: Official Gazette 3 July 2007 No. 26571.

and postal packages slightly different from the one in the Warsaw Convention and states that the Warsaw Convention does not apply to postal carriage. Article 2(2) of the Warsaw Convention as amended by Article II of the 1975 Montreal Protocol No 4 provides that the carrier's responsibility toward the post authorities for postal carriage comes within the ambit of the rules of the Warsaw Convention applicable between the relations to carrier and post authorities. Except for this provision, the Warsaw Convention as amended Montreal Protocol No 4 does not apply to the carriage of mail and postal packages.

While the CIM and the CMR do not apply to international carriage of mail and postal packages, in the event of damage or loss to the cargo, the Turkish court will ascertain the governing law by referring to conflict of laws principles, that is, PILA's Article 29. There is no postal carriage contract concluded between the sender and postal administration containing a choice of law clause in traditional sense. Lacking a choice of law, the international carriage of postal items is subject to the law of the country in which the sender and the administration of postal services are situated and the postal item has lodged.

7. Whether Article 29 of PILA is Applicable to International Transportation of Corpses

As a matter of tradition, particularly in Asian countries, significant efforts are made for the conveyance of corpses from foreign countries to the home state of the deceased for burial. Countries cannot avoid taking necessary steps for the international transportation of corpses of their nationals.¹⁰⁷ The international transfer of corpses,

107 GÜLER, Çadatay e ÇOBANODLU, Zakir. *Mezarlıklar Tesisi, Ölü Defin ve Nakil Yeri [Cemetery Allocations, Burial and Transportation of Funerals]*, General Coordinator for Health Projects, General Directorate of Fundamental Health Services, Ministry of Health, *Series of Basic Documents for Environmental Health Publication No: 20, 2nd edition*. Ankara, 1996, p.11.

as an important issue, involves not only transportation law but also environmental and health considerations. Burials are regulated by national laws considering, in addition to the interests of relatives, protection of the environment and the health of human beings. Problems that may arise in connection with the international transportation of corpses¹⁰⁸ are dealt with by national laws and international conventions.

The formalities relating to deceased aliens in Turkey have been comprehensively and extensively established by the national legislation and regulations and several multilateral and bilateral conventions that Turkey has ratified. Article 37(1) of *the Vienna Convention on Consular Relations*¹⁰⁹ provides that if the relevant information is available to the competent authorities of the receiving State, such authorities shall have the duty in the case of the death of a national of the sending State, to inform without delay the consular post in whose district the death occurred. Bilateral consulate treaties to which Turkey is a party have similar provisions. For example, Article 45 of the treaty with Macedonia¹¹⁰; Article 37(1) of the treaty with Libya¹¹¹; Article 15 of the treaty with Bosnia and Herzegovina¹¹²; Article 45 of the treaty with Lebanon¹¹³; Article 45 of the treaty with Moldova¹¹⁴ provide that in case of death of a citizen of the sending state in the receiving state, the competent authorities of the receiving state shall without delay inform the consular post thereof. They issue a consular post, the certificate of death or other documents of death.

108 For more information as to the problems relating to international conveyance of corpses see GÜLER/ÇOBANODLU, 15-16.

109 Official Gazette 27 September 1975 No. 1539.

110 Official Gazette 18 March 2004 No. 25406.

111 Official Gazette 9 September 2003 No. 25224.

112 Official Gazette 12 August 2003 No. 25197.

113 Official Gazette 1 September 2004 No. 25570.

114 Official Gazette 11 August 2003 No. 25196.

Austria, Belgium, South Cyprus, Estonia, Finland, France, Greece, Iceland, Leetonia, Luxembourg, Moldova, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Slovakia, Slovenia, Switzerland and Turkey¹¹⁵ are parties to the *Agreement on the Transfer of Corpses* that was drafted by the Council of Europe in 1973. The purpose of the 1973 Convention is to assure simplification of the formalities relating to the international transfer of corpses and to make the passage or admission easier by issuing special documents accompanying corpses. The 1973 Convention covers international transport of corpses from the state of departure to the state of destination. The Convention, however, does not apply to the international transport of ashes [Article 1(3) of the 1973 Convention]. Any corpse shall, during the transfer, be accompanied by a special document issued by the competent authority of the state of departure. The information that is contained by the document and form thereof are set out in the model annex to the Convention. The standards for coffins are ascertained in Articles 6 and 7 of the 1973 Convention. These Articles determines the size and the shape of the coffin and they also provide that the coffin must be impervious and contain absorbent material.

Turkey is also a party¹¹⁶ to *the International Arrangement Concerning the Conveyance of Corpses* signed at Berlin in 1937 by and among Germany, Belgium, Czechoslovakia, Denmark, France, Switzerland, Chile and Turkey. The 1937 Arrangement lays down provisions on conveyance or transit passage of the corpses of deceased in one of the contracting state to another contracting state. The transportation of corpses covered by the Arrangement can either be made by road, air or sea (Article 6 of the 1937 Arrangement). The 1937 Arrangement only applies to the international transportation of corpses immediately after death or exhumation. Moreover, the 1937 Arrangement does not apply to the transport of ashes (Article 11 of the of

115 Official Gazette 6 August 1975 No. 15318.

116 Official Gazette 7 February 1939 No. 41261.

1937 Arrangement). Other provisions of the 1937 Arrangement are similar to those in the 1973 Convention.

Many funeral service and transportation companies in contracting states transport corpses in accordance with the aforementioned two international conventions.¹¹⁷ However, those conventions regulate only the administrative and procedural formalities relating to conveyance of corpses, i.e., these conventions govern activities of official authorities of the contracting.

Neither the 1937 Arrangement nor the 1973 Convention contain provisions regarding claims against funeral transportation companies.¹¹⁸ Both instruments deal with the formalities performed by officials. Consequently, it is not possible to apply these two international conventions to legal actions against funeral transportation companies.

PILA's Article 29 covers carriage of goods and because a corpse is a movable good, the question of whether Turkish courts should apply Article 29 must be resolved. There should be no problem with the application of PILA's Article 29 to the international conveyance of corpses. Although Article 29 is applicable to international transportation of corpses, it should be noted that international conventions containing rules as to the conveyance of corpses have priority over PILA's Article 29. A corpse can be transported by air or road or sea. Although such carriage is under the sovereignty of international conventions, funeral consignments mostly fall outside the scope thereof. For example, funeral consignments are excluded from the scope of the CMR [Article 1(4) of the CMR]. In contrast, in the CIM, funeral consignments

117 GÜLER/ÇOBANODLU, p. 16.

118 The Ministry of Justice General Directorate of International Law and Foreign Affairs prepared a circular regarding "Declaration of Death of Foreign Persons" on 1 January 2006. The declaration of death of foreign persons by authorities and the transportation of corpses within the framework of agreements to which Turkey is a party and Turkey's laws have been explained in detail in this circular (For detailed information see, EKŞİ, Nuray. *Yabancılar Hukukuna Ylikin Temel Konular [Basic Issues on Law of Foreigners]*, 2nd edition. Istanbul, 2007, pp. 26-9).

are listed as one of the cargoes that are acceptable for carriage provided the stipulated conditions are met [Article 5(1) of the CIM]. In default of international conventions containing provisions on funeral consignment or when the international conventions clearly exclude funeral consignments from their scope, the governing law applicable to claims arising out of the international conveyance of corpses should be ascertained under Article 29 of PILA.

IV. Absence of Transitional Provisions in the New PILA Numbered 5718 Leads to the question of when Article 29 is Applicable

PILA has no specific provision governing transition. For that reason, the problem arises as to what date, the date when the *contract was concluded* or the date when the *claim arises* should determine applicability of PILA's Article 29. In other words, can the governing law to the disputes arising out of contracts for the carriage of goods concluded prior to the entry into force of the new PILA numbered 5718 on 12 December 2007 be ascertained under Article 29? If the date when the contract was concluded controls then the applicable law is determined under Article 24 of the ex PILA numbered 2675 if the contract was concluded prior to the new PILA. On the other hand, if regard is given to the date when the case has arisen and that date is after the date of the new PILA, then the governing law is ascertained under Article 29 of the new PILA.

The Rome Convention, on which Article 29 of PILA is based, has a provision governing transition. Article 17 of the Rome Convention, under the title of "no retrospective effect", says that this Convention shall apply in a Contracting State to contracts made after the date on which the Convention has entered into force with respect to that State.¹¹⁹ In fact, the French Court of Cassation in its decision in

119 The Rome I Regulation has also a transitional provision. Under the title of "application in time" Article 28 of the Rome I Regulation says that this Regulation shall apply to contracts

1999¹²⁰, considered the date on which the contract was concluded and reached the conclusion that because the Rome Convention was not in force at that time, the governing law is not ascertained thereunder. Under the contract reviewed in that case, the Japanese transportation company, *NYK Line*, undertook to carry a cargo of perfume from France to Saudi Arabia by sea. During the transportation some of the cargo was lost. The French insurer compensated the consignee and as subrogee brought an action before a French court against the carrier to recover the compensation it had paid. The problem arose whether the Rome Convention or French conflict of laws principles should be applied. The French Court of Cassation held that, under Article 17 of the Rome Convention, because the carriage of goods contract was concluded prior to the entry into force of the Rome Convention, the case was to be controlled by the former French conflict of laws rules.

The Swiss PILA¹²¹ has detailed provisions (Articles 196 to 199) on transition and provides not only for non-retroactivity of the new PILA (Article 196 of the Swiss PILA), but also, without having a lacunae that leads to ambiguity, it contains a transitory provision governing the international jurisdiction of the Swiss courts (Article 197 of the Swiss PILA); a transitory provision on conflict of laws (Article 198 of the Swiss PILA); and a transitory provision on recognition and enforcement of foreign judgments (Article 199 of the Swiss PILA). All the provisions of the Swiss PILA will not be reviewed here, but since they are directly relevant to this article, the non-retroactivity provision in Article 196 and the transitory provision in Article 198 will be evaluated.

concluded after 17 December 2009. For the Rome I Regulation *see* Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ 4.7.2008 L 177 pp. 6-16.

120 *Nippon Yusen Kaisha Line c. compagnie GANet a.* Cour de cassation chambre commerciale, 1999, February 2, *Revue critique de droit international privé* 1999, s. 303-305.

121 For the English version of the Swiss PILA *see* KARRER, Pierre A. e ARNOLD, Karl W., *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987 The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation*, 2nd edition, Deventer 1989.

Under title of “*non-retroactive*”, Article 196(2) of the Swiss PILA provides that *the legal effects of factual situations or legal transactions initiated and completed before the entry into force of this Statute on 1 January 1989 are governed by the previous law.* Article 196(2) says that *the legal effects of factual situations or legal transactions initiated before the entry into force of this Statute, but designed to continue, are subject to the previous law, prior to that date. From the entry into this Statute onwards these effects are governed by the new law.*

Article 198 of the Swiss PILA, which regulates the transitional application of conflict of laws rules, focuses on the date on which the legal action has been taken. The date on which the factual situation or legal transaction was initiated plays no role. According to Article 198 of the Swiss PILA *for lawsuits and petitions that are pending at the trial level at the time of entry into force of this Statute, the applicable law is determined according to the Swiss PILA.*

With respect to Turkey’s PILA, it seems appropriate to accept the solution offered by Article 198 of the Swiss PILA, that is, the applicable law should be determined in accordance with the conflict of laws rules in force at the time when the legal action has taken no matter when the factual situation occurred or the legal transaction was initiated.

V. Conclusion

International treaties, to a significant extent, cover contracts for the carriage of goods. Furthermore, standard contracts and general terms are extensively used in this field to provide detailed solutions for all potential problems that may arise from contracts for the carriage of goods. Hence, there will, in principle, be no need to resort to conflict of laws principles in situations where the provisions of international treaties, or standard contracts or general terms, are applied to disputes arising from contracts for the carriage of goods.

Where there is need to resort to the rules on the conflict of laws, the law applicable to the contract for the carriage of goods will be determined in accordance with Article 29 of PILA. Article 29 of PILA is the first piece of legislation that contains a specific rule on the conflict of laws in connection with the contracts for the carriage of goods in Turkish private international law. Although the new PILA contains a new provision, however, the mentioned article falls short of shedding light on certain issues that arise in practice. Furthermore, Article 29 itself has caused certain problems. In this article, attempt has been made to identify the problems that may arise from Article 29 of PILA and to propose solutions thereto. Our work will accomplish its objective to the extent practitioners and researchers find it helpful in resolving the legal questions they encounter with regard to conflicts of laws pertaining to the contracts for the carriage of goods.

**DIREITO
ECONÔMICO**

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIDADE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

**THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY DOCTRINE AS A REMEDY
FOR THE ENFORCEMENT OF THE PROTECTION OF
COMPETITION**

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior

Resumo: A desconsideração da personalidade jurídica foi criada para impedir o uso abusivo da autonomia patrimonial pelos sócios. A previsão do instituto na lei antitruste reforça sua aplicação aos casos de infração contra a ordem econômica. Este trabalho visa discutir a aplicação da teoria da desconsideração com fundamento específico no Art. 18 da Lei nº 8.884/94. Os objetivos centrais são esclarecer quais as hipóteses de aplicação do instituto, demonstrar sua utilidade diante da previsão de responsabilidade solidária inserida no Art. 16 da Lei nº 8.884/94 e analisar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica diretamente no bojo do processo de execução das sanções aplicadas pelo CADE. Esses pontos serão estudados a partir de um caso concreto: o “Cartel do Gás de Paranaíba”. O aumento, nos últimos anos, de casos julgados de condutas e de execuções judiciais propostas pelo CADE significa um incremento nas possibilidades de utilização da teoria, até então adormecida no âmbito do direito antitruste brasileiro. A desconsideração será, em breve, um importante instrumento de efetividade da política antitruste, sobretudo no que se refere à atuação repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Direito da concorrência. Efetividade.

Abstract: The disregard of legal entity was created to prevent misuse of autonomy by the shareholders. The specific prevision of the institute in the antitrust law helps in its application to cases of violation against the economic order. This paper aims to study the application of the theory of disregard with specific basis in Article 18 of Law 8884/94. The central objectives are enlighten the situations in which the theory is used, demonstrate its usefulness in the face of the Article 16 of Law 8884/94 and consider the possibility to disregard of legal entity in the judiciary process of the implementation of sanctions imposed by CADE. These points will be studied from the standpoint of a case, the “Cartel of Gas Paranaíba”. New cases and executions proposed by CADE in Judiciary mean an increase in the possibilities of using the theory, which was uncommon until recently. The disregard will soon be an important tool for effectiveness policy of the antitrust, particularly with regard to the repressive actions of the Brazilian System of Protection of Competition.

Keywords: Disregard of legal entity. Antitrust. Enforcement.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CASO DO CARTEL DO GÁS DE PARANAÍBA. 3. A PERSONALIDADE JURÍDICA E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO. 4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI DO CADE. 4.1. Análise das hipóteses para a desconsideração. 4.2 A utilidade da teoria da desconsideração diante da responsabilidade solidária prevista no Art. 16 da Lei nº 8.884/94. 4.3. Situações para aplicar a teoria. 4.4. As execuções judiciais das decisões do CADE. 5. CONCLUSÃO.

1. Introdução

O legislador, ao elaborar a Constituição de 1988, optou por uma política econômica fundamentada na livre iniciativa e na justiça

social, observando, dentre vários outros princípios, o da livre concorrência. Com vistas a aprimorar a repressão ao abuso do poder econômico tendente à dominação de mercados, ao aumento arbitrário dos lucros e à eliminação da concorrência, a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dotando-o de maior autonomia administrativa e funcional.

Contudo, embora a lei atribua ao CADE o caráter de entidade judicante e estabeleça que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo¹, o desenvolvimento da política da concorrência no Brasil perpassa, na maioria dos casos, pela apreciação do Poder Judiciário. Seja porque os administrados, inconformados, buscam anular a decisão administrativa na Justiça², seja porque, para dar cumprimento aos seus julgados, o CADE precisa utilizar os mecanismos processuais de execução forçada. Isso tanto é verdade que, nos últimos anos, houve um aumento no número de ações judiciais envolvendo a autarquia³. Tal fato apenas ressalta a importância do diálogo entre o sistema governamental antitruste e o Judiciário⁴. Des-

1 Lei nº 8.884/94, Art. 3, *in verbis*: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”. Art. 50: “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

2 Isso porque a Constituição também prevê, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, em seu Art. 5º, inciso XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

3 “[...] assistimos a um processo de progressiva judicialização da política de defesa da concorrência, que nos últimos anos deixa seu *locus* original, o CADE, e passa cada vez mais a se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário”, vide BADIN, Arthur. Balanço das Atividades da Procuradoria do CADE no Biênio 2006/2007. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, ano 3, n. 15, p. 72 — 73, 2007.

4 FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; NUNES, Rubens. Building competition policy reputation: the relationship between competition authorities and the Judiciary. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, ano 2, n. 10, p. 73-88, 2006.

sa forma, todos os institutos da Lei nº 8.884/94 que tenham por finalidade dar efetividade à tutela da concorrência no Judiciário ganham extrema importância e merecem ser muito bem estudados⁵.

A desconsideração da personalidade jurídica é um desses institutos e está prevista no Art. 18 da Lei nº 8.884/94, *in verbis*:

A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração⁶.

A sua aplicação, como será analisado adiante, pode ocorrer tanto no bojo do processo administrativo do CADE, quanto judicialmente. Trata-se de instituto que, apesar de muito estudado pela doutrina, não tem uma abordagem focada na legislação antitruste. Pesquisa na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais do país e do Superior Tribunal de Justiça demonstra que não existe acórdão que tenha versado sobre a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento específico na Lei do CADE⁷.

5 Apenas para citar, dentre os instrumentos estão: a necessidade de depósito e garantia para suspender a exigibilidade da decisão do CADE (Arts. 65 e 66 da Lei nº 8.884/94), a possibilidade do processo de execução ser sempre promovido no Distrito Federal (Art. 64 da Lei nº 8.884/94), a previsão de intervenção na empresa, quando necessário, para dar cumprimento às obrigações impostas pelo CADE (Art. 63 da Lei nº 8.884/94).

6 BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 08 de ago. 2009.

7 Utilizando os termos “desconsideração” e “personalidade jurídica” no site de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal (<http://www.jf.jus.br/juris/>) foram encontradas 307 decisões. Entretanto, com os termos “desconsideração”, “personalidade jurídica” e “CADE”, ou “desconsideração”, “personalidade jurídica” e “8.884”, nenhum julgado foi localizado. Pesquisa realizada em 25 de outubro de 2008. Também foram pesquisados os arquivos físicos de processos que envolvem o CADE, localizados na sua Procuradoria.

A ausência de uso do dispositivo legal pode ser atribuída a três fatores diretamente correlacionados.

O primeiro fator é que tanto a desconsideração da personalidade por ilícito antitruste como a política de defesa da livre concorrência são temas relativamente recentes no Brasil. Apenas em 1994, quando foi promulgada a lei do CADE, é que a comunidade jurídica se deparou com o regulamento legislativo desses assuntos⁸.

O segundo é que muitos dos casos julgados pelo CADE na década de 90 apenas agora estão tendo as execuções efetivadas. Isso ocorre porque, antes da execução, além do tempo de trâmite do processo administrativo (cuja duração média, para o ano de 2008, foi de 2.918 dias)⁹, há também um período de discussão judicial. No “Cartel do Aço”¹⁰, primeiro caso de cartel condenado pelo CADE, por exemplo, já se passaram quase 10 anos da data da aplicação da multa e o Judiciário ainda não decidiu definitivamente as ações anulatórias propostas pelas empresas. Ou seja, acredita-se que a proximidade do momento da efetivação das primeiras multas aplicadas pelo CADE também demonstrará que o instituto da desconsideração, ainda pouco utilizado, em breve surgirá como um dos principais mecanismos de *enforcement* da política antitruste.

8 Paula Forgioni faz interessante histórico da legislação antitruste no Brasil. O CADE, em verdade, já havia sido criado desde 1962, pela Lei 4.137. Contudo, apenas na década de 90, com a primazia do livre mercado e com a estrutura autônoma atribuída ao CADE pela Lei nº 8.884/94 é que foi possível falar propriamente em uma política estruturada de defesa da livre concorrência. Videm em FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 125-145.

9 Vide em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?35f536fa011fe178c88a>, acessado em 20 de junho de 2009, na seção “O CADE em números”.

10 COSIPA, a CSN e a USIMINAS foram condenadas por cartel no mercado de aços planos em 1999 no bojo do processo administrativo 08000.015337/1997-48. Até hoje se espera o julgamento de recursos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. As empresas estão amparadas por liminares, fato que impede a execução, pelo CADE, das multas aplicadas. Vide em BASILE, Juliano. O CADE multa cartéis, mas TRF impede julgamento. *Valor Econômico*, São Paulo, ano 9, 09 jun. 2009. Empresas & Tecnologia, p. C1.

O terceiro fator: quanto mais difundida a política da concorrência for, maior será a quantidade de condutas identificadas cujos autores são empresas de menor porte. Dificilmente a desconsideração seria utilizada para sociedades solventes como CSN, USIMINAS e COSIPA, partes no processo do “Cartel do Aço” já referido. Entretanto, nos casos que envolvem empresas de menor porte, é mais fácil que haja fraude na utilização da personalidade, porquanto os custos para organizar uma nova sociedade são menores.

Vive-se hoje um período de consolidação da defesa da concorrência. Isso tanto é verdade que, de 1994 até 2000, por exemplo, o CADE apenas condenou um caso de cartel, prática tida por muitos como a mais ofensiva à ordem econômica¹¹. De 2001 até hoje é possível citar, como exemplos, vários outros casos de cartel condenados pelo CADE: “Florianópolis”¹², “Vergalhões”¹³, “Britas”¹⁴, “Frigoríficos”¹⁵, “Vigilantes”¹⁶, “Minaspetro”¹⁷, “Sinpetro/DF”¹⁸, “Hospitais de

11 Segundo Neide Teresinha Malard, “trata-se de organização informal e clandestina, sancionada pelo ordenamento jurídico positivo como conduta criminoso e danosa ao interesse público, repugnada pela sociedade, a maior vítima de suas condutas. Sua função é inteiramente econômica. Seu mecanismo de poder é a exploração da classe consumidora e seu modo de racionalidade é a maximização do lucro.” Vide em MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. 21, p. 39, Out.-Dez., 1995.

12 Processo Administrativo 08012.002299/2000-18, no qual postos de combustíveis de Florianópolis acertavam o preço que cobravam dos consumidores. Houve escutas telefônicas lícitamente deferidas no bojo de investigação criminal promovida pelo Ministério Público.

13 Processo Administrativo 08012.004086/2000-21, no qual a Gerdau, a Belgo Mineira e a Siderúrgica Barra Mansa foram condenadas por cartel no mercado de aços longos.

14 Processo Administrativo 08012.002127/2002-14, no qual diversas empresas mineradoras foram condenadas pela prática de cartel no mercado de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo, entre elas estão a Iudice Mineração Ltda. e a Lafarge Brasil S.A./Brita Brás, sendo que a esta última foi imputada multa de R\$ 40 milhões, valor correspondente a 10% de seu faturamento.

15 Processo Administrativo 08012.002493/2005-16, no qual foram condenados diversos frigoríficos pela prática de cartel que consistia na criação de tabelas uniformes para a compra de gado bovino.

16 Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, no qual foram condenadas pela prática de cartel as empresas prestadoras de serviços de vigilância de Rio Grande do Sul. O cartel consistia na ocorrência de conluio entre as representadas para atuar em licitações públicas e privadas.

Uberlândia”¹⁹, “Taxistas”²⁰, “Goiânia”²¹, “Transporte Rodoviário”²², “Genéricos”²³. Dentre essas infrações, muitas foram praticadas por empresas consideradas de pequeno porte, como o caso do cartel de “Lages”²⁴, das “Auto-escolas”²⁵ e do “Gás de Paranavaí”. À medida que aumenta a quantidade de infrações identificadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)²⁶, maiores serão as possibilidades de aplicação da desconsideração.

17 Processo Administrativo 08012.007515/2000-31, no qual foi condenado o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais, MINASPETRO, e seu Presidente pela prática de cartel no sentido de adotar prática comercial uniforme entre os seus filiados.

18 Processo Administrativo 08000.024581/1994-77, no qual duas grandes redes de postos de gasolina do Distrito Federal e o Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal, SINDIPETRO/DF, foram condenados pela prática de cartel que consistia em limitar a concorrência impedindo a entrada de novos *players* no mercado relevante em questão.

19 Processo Administrativo 08012.009557/1998-66, no qual foram condenados diversos hospitais e clínicas com ligação a Associação de Hospitais de Uberlândia pela prática de cartel que consistia na adoção de conduta concertada entre concorrentes (ameaça de boicote) para impedir a constituição de novo agente econômico no mercado e para impor cláusulas contratuais desarrazoadas e abusivas.

20 Processo Administrativo 08012.007602/2003-11, no qual foram condenadas empresas que aferiam taxímetros no mercado de Porto Alegre/RS. O cartel consistia na prática de acerto entre as empresas para definição de valor a ser cobrado na troca de tarifa de taxímetros.

21 Processo Administrativo 08012.004712/2000-89, no qual foram condenados postos de combustíveis da cidade de Goiânia, Goiás.

22 Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, no qual foram condenadas empresas de transporte rodoviário pela prática de cartel que consistia em compromisso firmado entre as representadas para concorrerem a licitações de três linhas de ônibus no Município do Rio de Janeiro.

23 Processo Administrativo 08012.009088/1999-48, no qual foram condenados laboratórios farmacêuticos internacionais por tentar impedir a comercialização de medicamentos genéricos.

24 Processo Administrativo 08012.004036/2001-24, no qual foram condenados postos de combustíveis da cidade de Lages, Santa Catarina.

25 Processo Administrativo 08012.000099/2003-73, no qual diversas auto-escolas no mercado do Município de Santos/SP pela prática de cartel que consistia na fixação conjunta de preços e condições de venda de produtos e impedimento de acesso de novos *players* no mercado.

Tal realidade não será alterada com a aprovação do projeto de Lei nº 3.937/2004 em trâmite no Congresso Nacional. É que nele está mantida, no art. 34²⁷, de maneira semelhante ao atual texto legal, a previsão da desconsideração da personalidade em casos de infração à ordem econômica.

Assim, um estudo específico do art. 18 da Lei do CADE, o qual também pode ser aplicado ao art. 34 do projeto de Lei nº 3.937/2004, estimulará a discussão acadêmica e propiciará a sistematização dos requisitos legais para a aplicação da desconsideração por infração antitruste. Os objetivos centrais são esclarecer quais as hipóteses de aplicação do instituto, demonstrar sua utilidade diante da previsão de responsabilidade solidária inserida no art. 16 da Lei nº 8.884/94 e analisar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica diretamente no bojo do processo de execução da multa aplicada pelo CADE. Tais tópicos serão estudados a partir de um caso concreto, qual seja o processo administrativo do “Cartel do Gás de Paranavaí”.

2. O caso do cartel do gás de Paranavaí

Em 2002, a partir de representação do coordenador do Procon da cidade de Paranavaí, Paraná, o SBDC recebeu denúncia de prática de cartel caracterizada por fixação conjunta de preços e de condições de venda, além de vedação ao acesso de novas empresas ao merca-

26 O SBDC é composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, que atua, sobretudo, elaborando pareceres para a análise de atos de concentração; a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, que atua precipuamente na instrução de processos administrativos que apuram condutas ilícitas; e, finalmente, o CADE, que é a entidade judicante.

27 Projeto de lei 3.937/2004, Art. 34, *in verbis*: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

do, fato que acarretou a instauração do processo administrativo 08012.009160/2002-67. Os representados eram revendedores, para consumidores residenciais, de gás liquefeito de petróleo, produto popularmente conhecido como “gás de cozinha”.

Nos autos do processo administrativo, há relatos de que os membros do cartel, além de fixarem preços, impediam o ingresso de novos concorrentes através de ameaças. Segundo uma das testemunhas:

Fora abordado pelos representantes da Ultragás e da Butano, quando dirigia caminhão de botijões da L & S, dentro de Paranavaí. Nesta ocasião, foi-lhe dito que não mais poderia continuar em seu percurso, já que esses comerciantes não admitiriam que fosse vendido gás da empresa na qual trabalhava em Paranavaí. Declarou, ainda, que os distribuidores locais de GLP-P13 ter-lhe-iam feito ameaças, sugerindo, inclusive, que poderiam colocar fogo em seu caminhão se não fosse embora de Paranavaí. Determinaram ainda que o motorista da L & S não deveria tentar passar os botijões para outro caminhão sem o logotipo da Copagaz²⁸.

Após três anos de instrução processual, o Plenário do CADE, a partir do voto condutor do relator, o então Conselheiro Luis Alberto Esteves Scaloppe²⁹, condenou, por unanimidade, todos os representados, seis pessoas jurídicas e seus respectivos sócios administradores, por cartel, com fundamento nos arts. 20, incisos I e IV, e 21, incisos I, IV e V, da Lei nº 8.884/94³⁰.

28 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Nota Técnica nº 239. 05 jan. 2004. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000274881743.pdf. Acesso em: 11 ago. 2009.

29 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Acórdão. Processo Administrativo 08012.009160/2002-67. Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe. J em 06/04/2005. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000026481304.pdf. Acesso em: 09 ago. 2009.

30 Lei nº 8.884/94. Art. 20, *in verbis*: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou

Assim, as pessoas jurídicas (i) Peças Gás Comércio de Peças e Acessórios e Gás LTDA., (ii) Lanziani & Janeiro LTDA., (iii) Rigobelo & Rigobelo LTDA., (iv) N. Simões & Gonçalves LTDA., (v) RG Comércio de Gás LTDA. e (vi) Comércio de Gás Zeponi foram condenadas a multas de 1% dos faturamentos de 2002, enquanto seus sócios administradores, respectivamente, (i) A. C. A. S., (ii) C. L. J., (iii) A. A. R., (iv) N. S., (v) R. G. e (vi) G. V. R. deveriam pagar 10% das multas aplicadas as suas empresas, dentre outras sanções.

O caso chama atenção pelos baixos valores das multas, quando comparadas a outras impostas pelo CADE³¹. As sanções variam de R\$ 838,24 (oitocentos e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos), montante aplicado à pessoa física R. G., a R\$ 161.308,33 (cento e sessenta e um mil, trezentos e oito reais e trinta e três centavos), total infligido à sociedade Rigobelo & Rigobelo LTDA.³². No “Cartel do Aço”, por exemplo, as multas aplicadas a COSIPA, CSN e USIMINAS foram, respectivamente, de 29, 36 e 49 milhões de reais³³, aproximadamente. No caso “Cartel de Vergalhões”, a Gerdau foi multada em

de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; IV — exercer de forma abusiva posição dominante”; Art. 21. “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I — fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; IV — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

31 As sanções aplicadas pelo CADE têm tanto uma função reparatória (o montante arrecadado é destinado ao Fundo de Direitos Difusos) e preventiva. Esta última pode ser dividida em preventiva específica e geral. A efetivação da penalidade desestimula o infrator a cometer novos ilícitos (efeito preventivo específico), bem como sinaliza para o mercado que práticas semelhantes serão punidas (efeito preventivo geral), evitando que outros agentes cometam o ilícito. Por isso toda sanção aplicada deve ser exigida, independentemente dos valores a serem arrecadados, ou do aporte dos agentes penalizados.

32 Montantes referentes ao momento de inscrição dos débitos na dívida ativa do CADE, no ano de 2007.

33 Montantes referentes ao momento de inscrição dos débitos na dívida ativa do CADE, no ano de 2007. Todas as dívidas estão suspensas por força de decisão judicial.

cerca de 311 milhões de reais³⁴. Isso ocorre porque as sociedades condenadas são de pequeno porte e detêm faturamentos modestos.

Alguns dos condenados pelo Cartel de Paranavaí ingressaram com uma ação ordinária³⁵ para anular as penas aplicadas pelo CADE. Entretanto, não foram concedidas medidas liminares para suspender a exigibilidade da decisão da autarquia, cuja natureza é de título executivo extrajudicial³⁶. Tal fato possibilitou ao CADE propor logo as execuções contra as pessoas jurídicas e físicas. Dentre esses processos de execução, um merece destaque maior, tendo em vista a riqueza de detalhes contida na certidão lavrada pelo oficial de justiça que realizou a citação.

A execução fiscal³⁷ que merece ser destacada foi proposta na Seção Judiciária do Distrito Federal para cobrar multa no valor de R\$ 8.382,47 contra RG Comércio de Gás LTDA. Citada para pagar mediante carta precatória expedida à Seção Judiciária do Paraná, a sociedade executada informou, através de petição acostada aos autos, que não poderia arcar com a dívida em razão de suposta crise financeira do país.

A partir de certidão do oficial de justiça, foi possível constatar a insolvência da empresa, porquanto, segundo o auxiliar do juízo, não foram encontrados quaisquer bens em nome da RG Comércio de

34 Montante referente ao momento de inscrição do débito na dívida ativa do CADE, no ano de 2007. A dívida está suspensa por força de decisão judicial. Até o julgamento do processo administrativo da AMBEV (08012.003805/2004-1), que ocorreu em julho de 2009, a multa aplicada à Gerdau era a maior já imposta pelo CADE por prática antitruste.

35 Ação nº. 2005.70.11.001986-6, na Seção Judiciária de Paranavaí. Essa ação foi redistribuída para a Seção Judiciária do Distrito Federal, sob o nº. 2007.34.00.010219-1.

36 Lei nº 8.884/94, Art. 60, *in verbis*: “A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

37 Execução Fiscal nº 2007.34.00.007472-3 distribuída à 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Petição da executada protocolizada em 18 de Setembro de 2007, às fls. 11 e 12 dos autos. Certidão do oficial de justiça datada de 20 de setembro de 2007, acostada à fl. 20 dos autos. A alteração no contrato social foi acostada às fls. 14 a 16.

Gás LTDA., seja no registro de imóveis de Paranavaí, seja no Departamento de Trânsito do Paraná. Além disso, diligência de penhora realizada mediante o sistema BACENJUD, devidamente deferida pela Justiça Federal, foi mal sucedida, pois não havia dinheiro nas contas correntes da sociedade.

Além da insolvência, outra situação registrada pelo oficial de justiça em certidão merece ser considerada. Após a instauração do processo administrativo, o senhor R. G., sócio administrador da RG Comércio de Gás LTDA, transferiu todas as suas quotas ao seu filho, conforme informa cópia de alteração do contrato social juntada aos autos. Em virtude da transferência de quotas, todos os sócios da sociedade executada passaram a ser os filhos de R. G.. Após a condenação do CADE, eles criaram nova pessoa jurídica, a R. A. G. — Paranavaí, inscrita sob outro número no cadastro nacional de pessoa jurídica, através da qual passaram a realizar a mesma atividade. Os sócios simplesmente abandonaram a primeira pessoa jurídica para continuar a realizar suas atividades.

Tais fatos merecem ser analisados à luz da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, observando-se algumas peculiaridades próprias das sanções por prática de infração contra a ordem econômica.

3. A personalidade jurídica e a teoria da desconsideração

A principal consequência da personificação da sociedade empresarial é o seu reconhecimento como ente autônomo dotado de personalidade distinta da dos sócios e, conseqüentemente, com patrimônio também distinto. Daí decorre o princípio da autonomia patrimonial, um dos pilares do direito societário, importante para o desenvolvimento das atividades econômicas. A partir do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, investidores e empreendedores se motivam a aplicar dinheiro em atividades econômicas. Se não fosse assim, o insucesso na atividade

empresarial poderia significar a perda de todos os bens patrimoniais dos sócios, fato que afastaria muitos do comércio. Por conseguinte, o potencial econômico do País não seria eficientemente explorado e as pessoas teriam menos acesso aos bens de consumo³⁸.

Assim, quando o art. 1024 do Código Civil e o art. 596 do Código de Processo Civil prescrevem, por exemplo, que o patrimônio dos sócios não pode ser executado por dívidas da sociedade, salvo nos casos previstos em lei, bem como que o sócio tem direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade³⁹, quis o legislador proteger a própria atividade econômica. A atividade empresarial não interessa apenas aos particulares, sócios envolvidos no empreendimento, mas também ao Estado. Por isso a limitação de responsabilidade decorrente da personalidade jurídica da sociedade é um mecanismo idôneo para estímulo da economia, porquanto possibilita, aos empreendedores, prever seus prejuízos em caso de insucesso da atividade empresarial.

Entretanto, a história demonstra que a personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial podem gerar abusos. Empresários, não raras vezes, utilizam-se do escudo da personalidade para fraudar credores e o Estado, evitando que o seu patrimônio pessoal seja afetado. Daí advém, ainda no final do século XIX⁴⁰, a criação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 15-16.

39 Código Civil, artigo 1.024, *in verbis*: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Código de Processo Civil, artigo 596, *in verbis*: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. § 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício de ordem deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livre e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

40 Maior parte da doutrina do direito comercial aponta que o caso pioneiro acerca da teoria da desconsideração ocorreu na Inglaterra, em 1897, no julgamento de *Salomon versus Salomon & Co*. Apesar da Casa dos Lordes não ter adotado a teoria, “a tese das decisões reformadas das

A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*, na Inglaterra; *disregard of legal entity*, nos Estados Unidos; *teoría de la penetración*, na Espanha; *Durchgriff*, na Alemanha, *superamento della personalità giuridica*, na Itália; e *mise à l'écart de la personnalité morale*, na França), segundo conceito elaborado pelo professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, consiste numa técnica jurídica de afastamento episódico da personalidade quando esta tiver sido utilizada para função diversa da qual foi instituída⁴¹. Episódica porque a desconsideração não se confunde com a despersonalização. Na desconsideração não se deve declarar nula a personalidade (despersonalizar), mas sim torná-la ineficaz para determinado ato específico⁴². Segundo Requião, “pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade dos sócios”⁴³. Por isso, o instituto também é chamado de “teoria da penetração”.

Fábio Ulhoa traz exemplo bastante elucidativo de aplicação da desconsideração, ao comentar a situação de dois comerciantes

instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina da *disregard of legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus.” Vide em REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. REQUIÃO, 2003, p. 378. Outros, como Fábio Ulhoa Coelho, mencionam um caso mais antigo o *State versus Standard Oil Co.*, em 1892, nos Estados Unidos. Vide em COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

41 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 231, abr.-jun., 2004.

42 “Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa dos sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só, para o caso concreto”. Vide em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 353.

43 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 378.

que detêm uma sociedade anônima dedicada ao ramo de mudanças, saudável financeiramente. Certo dia, um motorista empregado provoca um acidente com diversas vítimas. Presentindo que iriam perder demanda judicial de indenização vultosa, os sócios simplesmente abrem nova sociedade e começam a dedicar seus esforços apenas ao novo empreendimento. Não desviaram bens, nem funcionários. Tais fatos (abrir nova sociedade, contratar novos empregados) configuram atos lícitos. Contudo, têm o nítido objetivo de fraudar credores, a partir do uso abusivo do direito à personalidade jurídica⁴⁴.

Ao contrário do que se pode imaginar, a desconsideração não enfraquece a autonomia patrimonial, antes a robustece, porquanto evita que a mesma seja utilizada de maneira desvirtuada. Com razão, André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que “com a clara finalidade de salvaguardar o princípio da autonomia patrimonial, evitando o seu uso abusivo e deturpado, formulou-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica”⁴⁵. Para tanto, é preciso que o instituto seja corretamente aplicado.

Inicialmente, a teoria foi construída a partir do conceito de abuso de direito, permitindo-se a desconsideração apenas naqueles casos em que fosse caracterizado o uso abusivo da pessoa jurídica. Essa concepção clássica está refletida na chamada “teoria maior da desconsideração”⁴⁶, adotada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 50⁴⁷. Divide-se em “teoria maior objetiva” e “subjativa”. Durante certo

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 34-35.

45 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 324.

46 As expressões “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração foram difundidas por Fábio Ulhoa Coelho.

47 Código Civil, Art. 50, *in verbis*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos, aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

tempo, para se demonstrar o uso abusivo da personalidade, dever-se-ia perquirir o intento fraudulento do sócio, ou seja, sua intenção de prejudicar os credores (“teoria maior subjetiva”). Exigia-se a prova de fraude. Contudo, percebeu-se que tal prova era, em certas circunstâncias, impossível. Daí a doutrina ter buscado parâmetros objetivos, como a confusão patrimonial⁴⁸, conforme prescreve o Código Civil, para permitir a aplicação da desconsideração (“teoria maior objetiva”).

Hoje, além da teoria maior, há também a chamada “teoria menor da desconsideração”, segundo a qual basta que exista o prejuízo do credor para que o patrimônio dos sócios seja afetado. Esta teoria, se aplicada indistintamente, pode enfraquecer sobremaneira os pilares da autonomia patrimonial, desestimulando a atividade econômica.

Contudo, tem razão Tomazette, quando afirma que:

A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionados pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço⁴⁹.

48 “A grande vantagem da aplicação dessa técnica reside na facilitação da prova. Provar a fraude é das tarefas mais difíceis da atuação profissional, o que leva não apenas a demoras, mas a incertezas quanto ao resultado. Por outro lado, constatar que os patrimônios de A e B se confundem é procedimento menos complexo e mais seguro, na medida em que se baseia em dados objetivos”. Vide em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 224, abr.-jun., 2004.

49 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 228.

Foi pensando nessa ponderação de valores que o legislador prescreveu, por exemplo, com a finalidade de facilitar a proteção ao consumidor e ao meio ambiente, a teoria menor da desconsideração da personalidade no Art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor⁵⁰, e no Art. 4º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Infrações Ambientais⁵¹. Entendeu-se que esses valores — a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente — deveriam ter ampla prevalência face à autonomia patrimonial, razão pela qual não foram exigidos maiores requisitos para que, em caso de dívidas, o patrimônio dos sócios fosse alcançado. Apenas com a finalidade de proteger outros valores semelhantes é que a teoria menor pode ser adotada, sob pena de serem ofendidos os ditames da autonomia patrimonial.

Por fim, convém diferenciar a imputação direta de responsabilidade da teoria da desconsideração. Segundo a doutrina,

Em casos de prática de atos ilícitos ou com infração dos estatutos ou contrato social, por exemplo, não é necessária a desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização dos sócios, uma vez que, nessas hipóteses, o próprio ordenamento jurídico já estabelece a sua responsabilização pessoal e direta pelas obrigações decorrentes do ato⁵².

50 Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Art. 28, § 5º, *in verbis*: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

51 Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Art. 4º, *in verbis*: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

52 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 333.

O exemplo mais utilizado para explicitar a imputação direta de responsabilidade aos sócios é o da legislação tributária. Estabelece o Código Tributário Nacional, em seu art. 135, inciso III⁵³, que os gerentes, diretores ou representantes são pessoalmente responsáveis quando praticam atos contrários à lei, ao contrato social ou ao estatuto. Nessas hipóteses, não há porque se cogitar a aplicação da desconsideração, já que o patrimônio dos administradores, tendo em vista o ato ilícito praticado, pode ser alcançado diretamente.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, é possível dizer que esses são os apontamentos preliminares necessários para analisar especificamente a desconsideração da personalidade jurídica no direito antitruste. Além da previsão do instituto no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei das Infrações Ambientais⁵⁴, a Lei do CADE traz preceito próprio sobre a teoria da penetração, com características peculiares que merecem ser estudadas à parte.

4. A desconsideração da personalidade jurídica na lei do CADE

A pertinência da previsão da teoria na Lei do CADE foi observada por Fábio Ulhoa Coelho, que lembrou o fato de uma das primeiras manifestações da *disregard doctrine* no direito norte-americano ter ocorrido em um caso de antitruste⁵⁵.

53 Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, art. 135 *in verbis*. “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I — as pessoas referidas no artigo anterior; II — os mandatários, prepostos e empregados; III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

54 Interessante artigo escrito por Leandro Sarai aborda os reflexos da teoria da desconsideração nesses diversos textos normativos. Vide em SARAI, Leandro. *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.605/98 e Lei nº 10.406/02*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>. Acesso em: 27 out. 2008.

55 Julgamento *State VS. Standard Oil Co.*, julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio, em 1892, no qual o poder de controle gerencial de nove empresas petrolíferas concentrou-se nas

A desconsideração da lei do CADE não pode propriamente ser enquadrada nem na teoria maior, nem na teoria menor descritas. Assim como o Código Civil, a lei antitruste também prevê que o patrimônio dos sócios será alcançado nos casos de abuso da personalidade, prescrevendo expressamente que, quando houver “abuso de direito”, aplicar-se-á a desconsideração. Contudo, além dessa hipótese, também prevê o art. 18 da Lei do CADE que será alcançado o patrimônio dos sócios sempre que houver “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, ou ainda “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

O legislador, diferentemente do que fez para o direito ambiental e para o do consumidor, não chegou a afirmar que basta o mero prejuízo da coletividade para que a personalidade jurídica seja desconsiderada. Portanto, a rigor, no caso da lei do CADE, o legislador ficou no meio do caminho entre a teoria maior e a teoria menor. É possível, pois, falar que a lei antitruste estabeleceu uma teoria eclética.

Acredita-se que seria constitucionalmente legítima, com fundamento no valor jurídico “defesa da concorrência”, uma previsão legislativa da teoria menor para os casos de infrações contra a ordem econômica. Contudo, não haverá mudanças na redação do atual dispositivo, pois o projeto de Lei nº 3.937/04 em trâmite no Congresso Nacional a mantém *ipsis litteris*.

Nos casos de “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, o legislador parece ter confundido a desconsideração com a imputação direta de responsabilidade. Essa, aliás, é uma das maiores críticas feitas ao texto do *caput* do art. 28 do Código do Consumidor, cuja redação é idêntica

mãos de acionistas da *Standard Oil Co.*, sem qualquer alteração estrutural ou de autonomia das sociedades concorrentes. Vide em COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

à da Lei do CADE⁵⁶. De toda forma, seja por imputação direta, seja pela desconsideração, o efeito prático será o mesmo: alcançar o patrimônio dos sócios para ressarcir a sociedade pelos danos oriundos da infração econômica cometida.

4.1. Análise das hipóteses para a desconsideração

Cabe aqui analisar cada uma das hipóteses listadas pelo art. 18 para a aplicação da desconsideração.

O “abuso de direito” é o fundamento da teoria da desconsideração em sua origem, devendo a expressão ser entendida aqui como abuso da personalidade jurídica ou da autonomia patrimonial. Aplicam-se os requisitos de desconsideração postos no Código Civil.

Ainda que a lei antitruste não trouxesse expressamente a previsão de desconsideração por abuso de direito, seria possível utilizar, nos casos de infração contra a ordem econômica, o art. 50 do Código Civil, norma geral aplicável em favor de todo e qualquer credor. Não é preciso ficar caracterizada a situação de insolvência para incidir a desconsideração do Código Civil⁵⁷, porque a lei não a trouxe como requisito, conforme explicita enunciado nº 281 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizado em 2006: “a aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

Sobre o assunto, aduz Calixto Salomão Filho:

O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e

56 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

57 O Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que é necessária a insolvência para que haja a desconsideração com base no Art. 50 do Código Civil. Vide, por exemplo, Recurso Especial 699137/SP.

falência são conceitos antinômicos. A desconsideração é um método para permitir exatamente a continuação da atividade social. A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência seria a imposição dos credores a uma difícil escolha: a tentativa de receber seu crédito excluiria necessariamente a continuidade da sociedade e das relações comerciais⁵⁸.

A menção expressa das situações de “excesso de poder”, de “infração de lei”, de “fato ou ato ilícito”, ou “de violação dos estatutos ou contrato social” afasta eventuais dúvidas que possam existir sobre a penetração do patrimônio dos sócios nessas hipóteses. Seriam atos ilícitos acessórios à infração contra a ordem econômica que legitimariam a aplicação da desconsideração. Assim, se um sócio, antes ou depois da conduta antitruste, comete atos com quaisquer dessas características, com a finalidade de evitar que a conduta seja descoberta ou para dificultar o pagamento de sanção, por exemplo, a personalidade jurídica pode ser desprezada para que ele seja pessoalmente responsabilizado.

Entretanto, não se aplica esse dispositivo para os atos de “excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social” que eventualmente possam configurar o próprio ilícito antitruste, porque a prática de conduta contra a ordem econômica acarreta duas responsabilidades distintas e, por conseguinte, a aplicação de duas sanções distintas: uma para a pessoa jurídica, com fundamento no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94, e outra para o administrador diretamente ou indiretamente responsável, que não precisa ser necessariamente sócio, com fundamento no inciso II do mesmo dispositivo legal⁵⁹. E, acredita-se, conforme será exposto

58 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126.

59 Lei nº 8.884/94, Art. 23, *in verbis*: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I — no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; II — no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao admi-

no próximo tópico, que essas responsabilidades são solidárias entre si. Ora, se há solidariedade entre a responsabilidade da sociedade e a do sócio administrador que praticou a infração, é desnecessário falar em desconsideração.

Finalmente, existem as hipóteses de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Conforme se depreende da redação transcrita, para que ocorra a desconsideração deve existir uma relação de causalidade entre a má administração e o insucesso da empresa. O mais difícil aqui é definir a expressão de conteúdo aberto “má administração”. Não devendo ser confundidos com as práticas abusivas (ato ilícito, ato contrário ao estatuto ou ao contrato social etc.) descritas anteriormente⁶⁰, os atos de má administração podem ser conceituados como “atos que não condizem com os preceitos da ciência da administração, nem com a diligência necessária para um empresário que preza pela continuidade de sua empresa⁶¹”.

nistrador. III — No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

60 Tenta-se aqui distinguir má administração dos atos ilícitos, tarefa difícil e até impossível para outros juristas, como Márcio Souza Guimarães, que explica: “assim, necessária se faz a análise do caso específico com fulcro na existência de má administração, ressaltando que a inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não a caracterizam. É necessário o intuito deliberado de mal administrar, acabando por recair no abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, consoante disposto na primeira parte do dispositivo.” (GUIMARÃES, Márcio Souza. *Desconsideração da personalidade jurídica não deve virar regra*. 2006. Disponível em: http://www.ibri.org.br/home/novidades/123273747_marcio_guimaraes.pdf. Acesso em 25 de out. 2008.). Se seguido o entendimento desse autor, a expressão será inútil.

61 ABAL, Rafael Peixoto. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Má-Administração*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/678/DESCONSIDERA-CAO_DA_PERSONALIDADE_JURIDICA_E_MA_ADMINISTRACAO Acesso em: 08 de ago. 2009.

Elementos objetivos podem ser buscados no caso concreto para que se possa deduzir a administração leniente. Por exemplo, se os sócios, paralelamente à inatividade da pessoa jurídica, criam nova sociedade com objeto idêntico, tal fato denota, independentemente de outros fatores, o intuito de abandonar a atividade da primeira sociedade, caracterizando, assim, a má administração. De toda forma, a diferenciação com a situação de abuso de direito seria extremamente complicada.

Em suma, considerando que a hipótese de abuso de direito já está prevista, hoje, no Código Civil⁶², bem como que as situações de excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social já poderiam implicar responsabilidade do patrimônio dos sócios, por imputação direta, restaria maior utilidade às situações previstas no parágrafo único do dispositivo, que seriam as de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. Contudo, a expressão “má administração”, pelo grau de abstração, gera mais dúvidas do que certezas, dificultando, de certa maneira, a aplicação do instituto.

4.2. A utilidade da teoria da desconsideração diante da responsabilidade solidária prevista no Art. 16 da Lei nº 8.884/94

A Lei do CADE, em seu art. 16, prescreve que: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”. Duas são as interpretações possíveis para o dispositivo.

A primeira é a adotada por Marcos da Costa, que, ao comentar o preceito legal, explica:

62 É bem verdade que, na época da promulgação da Lei 8.884, o atual Código Civil ainda não havia sido promulgado.

A responsabilidade solidária deve ser entendida entre os dirigentes ou administradores da empresa, e não entre eles e a própria empresa. Esse entendimento decorre não apenas da própria redação do dispositivo, mas da interpretação sistemática com o disposto nos incisos I e II do art. 23 da mesma Lei, que apena de forma diversa a empresa e o administrador⁶³.

A segunda interpretação possível é a de que o legislador quis, ao mencionar, de início, duas responsabilidades no dispositivo, a da empresa e a do dirigente ou administrador, e, ao final, inserir a expressão “solidariamente”, afirmar a solidariedade entre essas responsabilidades, ou seja, entre todos, empresa e seus administradores. Essa, por ser a interpretação que mais favorece a coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei do CADE, será a adotada neste trabalho⁶⁴.

O art. 23 da Lei do CADE, ao prever, nos seus incisos I e II, sanções para a pessoa jurídica e para o administrador responsável pelo ilícito, apenas confirma a dupla responsabilidade decorrente da prática antitruste, pois estabelece, distintamente, uma multa para a sociedade empresária e outras para o administrador responsável pela prática. Não é possível inferir, a partir de sua leitura, que a solidariedade do art. 16 estaria restrita apenas aos administradores.

Concorda-se com o autor citado, entretanto, quando ele afirma que:

63 COSTA, Marcos da (Coord.); MENEZES, Paulo Lucena de (Coord.); MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos / comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 199.

64 Para as sociedades limitadas, a previsão de responsabilidade solidária entre os administradores independe da previsão normativa da lei do CADE, pois o Código Civil, em seu Art. 1016, prevê que “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”. Segundo Maria Helena Diniz, esse preceito deve ser aplicado a toda e qualquer sociedade limitada, ainda que seu contrato social preveja a aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas (DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 690).

Em cumprimento aos preceitos constitucionais de direito da defesa e ao devido processo legal, cada dirigente ou administrador, para ver declarada sua responsabilidade solidária deve responder ao procedimento que irá apurar sua conduta; a responsabilidade solidária não pode ser considerada com extensão automática de eventual punição havida contra um dirigente, ou mesmo contra a empresa⁶⁵.

Assim, apenas será possível aplicar a solidariedade quando a responsabilidade do administrador for objeto de processo administrativo (apuração de condutas pelo CADE) ou judicial (ação civil pública, por exemplo), nos quais sejam possibilitados todos os mecanismos de defesa atinentes ao devido processo legal. Ou seja, a responsabilidade será solidária entre administrador e pessoa jurídica que, ao final de um processo administrativo ou judicial, forem declarados responsáveis pela prática do ilícito antitruste. Isso significa dizer que a sanção imposta a um administrador pode ser cobrada diretamente da sociedade empresária, e vice-versa.

Surge, então, a seguinte indagação: se já existe, diante de um ilícito da concorrência, a responsabilidade solidária entre a empresa e seus dirigentes ou administradores, porque socorrer-se ao art. 18? Primeiro porque enquanto a solidariedade está restrita apenas ao administrador da empresa, que não necessariamente será um sócio, a desconsideração se aplica para os sócios de uma maneira geral⁶⁶ e, eventualmente, até para outras sociedades pertencentes a um mesmo

65 COSTA, Marcos da (Coord.); MENEZES, Paulo Lucena de (Coord.); MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos / comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 199.

66 Importante aqui ressaltar entendimento de doutrina deveras respeitável, para quem: “a desconsideração destina-se, como não poderia deixar de ser, a alcançar os bens do controlador da sociedade, e não o dos sócios, indistintamente. A não ser que tenham eles atuado em *consilium fraudis*, mas aí a conduta fraudulenta ensejará a anulação do negócio jurídico, e não a desconsideração da personalidade jurídica”. Vide em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, p. 227, abr.-jun., 2004.

grupo econômico⁶⁷. Segundo, como visto, é preciso que haja a declaração de responsabilidade pelo ilícito no bojo do processo administrativo ou judicial para a incidência da solidariedade. Na desconsideração, ainda que os sócios não estejam diretamente envolvidos com o ilícito antitruste, seus patrimônios poderão ser alcançados, desde que configurada uma das hipóteses do art. 18 da Lei do CADE.

4.3. Situações para aplicar a teoria

A teoria da desconsideração no direito antitruste pode ser aplicada em três situações distintas: no bojo do processo administrativo de apuração de condutas anticompetitivas; nas execuções das sanções aplicadas pelo CADE, para garantir a efetividade na atuação repressiva do SBDC; e, finalmente, nas ações judiciais que, de uma maneira em geral, discutam infrações contra a ordem econômica.

Neste último grupo estão, por exemplo, as ações civis públicas que podem ser propostas tanto por entidades públicas, quanto por associações ou pelo Ministério Público para reparar civilmente os danos decorrentes de práticas antitrustes⁶⁸. Semelhantemente ao que ocorre com as multas aplicadas pelo CADE, os valores arrecadados no bojo dessas ações são destinados ao Fundo de Direito Difusos.

No decorrer do processo administrativo do CADE que apura condutas ilícitas, situações podem existir em que seja necessária a uti-

67 Conforme jurisprudência analisada no tópico seguinte, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

68 Lei 7.347/1985, Art. 5º, *in verbis*: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I — o Ministério Público; II — a Defensoria Pública; III — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV — a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V — a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”.

lização da teoria de desconsideração, caso contrário a punição do infrator se tornará impossível. Por exemplo, para o cálculo do valor da multa, deve ser considerado o faturamento da empresa do ano anterior ao da instauração do processo administrativo⁶⁹. Suponha que um poderoso grupo econômico crie uma sociedade com a finalidade de praticar um ilícito antitruste, deixando sua empresa holding como sócia majoritária. Provavelmente, caso a conduta seja percebida logo e o processo seja instaurado sem atrasos, o que é o desejado, o faturamento do ano anterior dessa sociedade infratora será zero, ou muito próximo disso. Diante de tal desvio de finalidade, pode o CADE, para o fim de calcular a multa, considerar o faturamento da empresa *holding*, detentora da maioria do capital da sociedade infratora, utilizando-se a teoria da desconsideração.

Finalmente, é pertinente a aplicação da teoria no bojo das execuções promovidas pelo CADE para cumprimento dos seus julgados, conforme adiante analisado.

4.4. As execuções judiciais das decisões do CADE

Porque as decisões do CADE são títulos executivos extrajudiciais, é possível executá-las diretamente, independentemente de processo de conhecimento prévio. As sanções aplicadas ou têm natureza pecuniária, ou são obrigações de fazer ou de não fazer, como, por exemplo, a alteração de alguma cláusula contratual, a venda de ativo ou a determinação de abster-se da prática de certo ato.

Para as obrigações de fazer ou de não fazer, utiliza-se o procedimento previsto nos Arts. 632 a 645 do Código de Processo Civil. Nas execuções de multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.884/94⁷⁰, o

69 Lei 9.021, de 30 de março de 1995, Art. 11, *in verbis*: “Para os fins previstos no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa”.

70 Lei nº 8.884/94, Art. 61, *in verbis*: “A execução que tenha por objeto exclusivamente a co-

CADE pode, por ser uma autarquia federal, inscrever seus créditos em dívida ativa e promover a respectiva execução sob o procedimento da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da execução de natureza fiscal. Nesse caso, a certidão de dívida ativa é que configura o título executivo, não mais a decisão da autarquia⁷¹.

Nas duas situações, tanto na execução da multa, quanto na de obrigações de fazer ou de não fazer, é possível aplicar a teoria da desconsideração no próprio procedimento de execução, independentemente de processo ordinário autônomo. Sobre esse entendimento, é interessante analisar três precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tratam do assunto. Em todos os casos relacionados, os processos na primeira instância eram execuções.

A primeira decisão foi proferida em 19 de agosto de 2003, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS) nº 16.274/ SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Foi um dos primeiros casos em que o STJ se manifestou acerca da possibilidade da desconsideração no bojo da execução, independentemente de ação autônoma. A ministra faz uma analogia com a jurisprudência do tribunal sobre a possibilidade de desconsideração nos próprios autos da falência, para aduzir que

[...] a desconsideração da pessoa jurídica torna cada um de seus sócios parte no processo de execução, porquanto a desconsideração da personalidade suprime o sujeito de direito representado pela pessoa jurídica, fazendo-o substituir-se, por ampliação subjetiva, pelas pes-

brança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980”.

71 João Bosco Leopoldino da Fonseca traz importantes anotações sobre a execução judicial das decisões do CADE em capítulo do seu livro intitulado “Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste”. Ele também afirma que as execuções das decisões do CADE ou tem natureza pecuniária, ou de obrigação de fazer ou não fazer. Para cada tipo de execução haverá um procedimento distinto. Vide em FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência (comentários à legislação antitruste)*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 311-329.

soas de seus sócios, sejam essas naturais ou jurídicas. E isto se dá porque a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Tal entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da *Doctrine of Disregard of legal Entity*⁷².

A “lógica conceitual” da teoria, mencionada pela julgadora, é a de que a desconsideração visa facilitar a satisfação rápida do crédito. Exigir novo procedimento ordinário para aplicá-la significa retardar o pagamento, contrariando sua teleologia. É importante também esse julgado pelo fato do STJ ter confirmado que o sócio passa a integrar a execução como parte no pólo passivo.

No Recurso Especial (REsp) nº 331.478/RJ, de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, o STJ, fazendo menção à decisão supra da Ministra Nancy Andrighi, reconhece: “Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma”⁷³. Trata-se da consolidação da tese, ainda prevalente no tribunal, conforme se observa no trecho abaixo transcrito da decisão do REsp 1.071.643/DF, proferida em abril de 2009:

Esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC⁷⁴.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 16.274/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. J. em 19/08/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300609270&dt_publicacao=02/08/2004. Acesso em: 01 ago. 2009.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 331.478/RJ. Relator: Jorge Scartezzini. J. em 24/10/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100808290&dt_publicacao=20/11/2006. Acesso em: 01 ago. 2009.

Preocupa-se Fábio Ulhoa Coelho com esse entendimento do STJ, expondo que não é certo “o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório”⁷⁵. Defende o autor a necessidade de processo autônomo para que seja aplicada a teoria. Concorde-se com os fundamentos expostos, mas discorda-se da conclusão (necessidade de processo autônomo).

O procedimento correto, ao que parece, não é deferir, de imediato, a penhora dos bens dos sócios, mas sim, uma vez constatada a possibilidade da desconsideração no bojo do processo de execução, intimá-los para se manifestarem.

Assim lhes será oferecida oportunidade de defesa, sem que exista qualquer mácula ao contraditório, porquanto lhes é facultada a possibilidade de discussão dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. O ato de simplesmente penhorar bem do sócio, sem dar oportunidade prévia para que o mesmo se manifeste nos autos, efetivamente, inverte o ônus probatório. Ora, e se o sócio simplesmente quiser pagar a dívida, ou garanti-la por outra maneira, no lugar de ver suas contas bancárias indisponíveis? Essa oportunidade deve lhe ser concedida.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1071643/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. J. em 02/04/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801443649&dt_publicacao=13/04/2009. Acesso em: 01 ago. 2009.

75 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56. No mesmo sentido de Fábio Ulhoa Coelho, posiciona-se Manoelle Brasil Soldati: “Destarte, em nome da conservação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e da efetivação do direito ao devido processo legal e ampla defesa, a constrição judicial de bens só poderá derivar de título executivo proveniente de cognição no qual o ‘possível devedor’ tenha figurado em pólo passivo.” Vide em SOLDATI, Manoelle Brasil. *O momento processual adequado para desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Disponível em: “http://www.marcusbittencourt.com.br/doc/personalidade_juridica.doc”. Acesso em: 25 out. 2008. Em sentido oposto expõe Gladston Mamede, que, assim como o STJ, entende ser possível o uso do processo de conhecimento para a desconsideração, mas não o considera essencial. Vide em MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. v 2. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 271-273.

Dessa forma, acredita-se que as preocupações expostas pelo Professor Campos Sales de Tolledo acerca do contraditório e da ampla defesa para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica estariam resguardadas. Sobre o assunto, o professor comentou, ao analisar a desconsideração em processo falimentar, que, sem os sócios serem ouvidos previamente acerca do pedido de desconsideração, não é possível submeter o seu patrimônio aos efeitos da falência⁷⁶. Semelhantemente, aqui, nas execuções, não parece razoável penhorar o seu patrimônio sem convocá-los ao feito para se defender.

Assim, conclui-se que o procedimento correto não é penhorar diretamente os bens dos sócios, mas, primeiro, incluí-los na demanda, possibilitando-lhes o exercício da ampla defesa acerca dos pressupostos da desconsideração. Uma vez observado esse procedimento, concorda-se com o Superior Tribunal de Justiça em aplicar a desconsideração diretamente à execução.

Casos haverá, é verdade, em que, para solucionar a questão da legitimidade da desconsideração, surgiria a necessidade de certa instrução probatória testemunhal ou pericial. Nessas hipóteses, tendo em vista a impossibilidade de instauração de audiência de instrução e julgamento no bojo do processo de execução, a discussão, para um completo exercício do contraditório, deveria ser encaminhada para as vias ordinárias. Entretanto, quando a mera prova documental for suficiente, a questão parece ser satisfatoriamente resolvida, sem ofensas ao contraditório e à ampla defesa, no bojo da execução, como são solucionadas, sem maiores percalços ao procedimento, as exceções de pré-executividade.

76 Especificamente sobre a necessidade de ação autônoma para a desconsideração, o professor Campos Sales de Toledo tem entendimento de que, nos casos de confusão patrimonial, a desconsideração pode ser incidental. Entretanto, quando se estiver discutindo possível fraude, deveria ser em ação autônoma. Para maiores detalhes vide TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIII, n. 134, pp. 222-239, abr.-jun., 2004.

O entendimento aqui defendido se assemelha ao de Marlon Tomazette, para quem é possível a aplicação da desconsideração, independentemente de ação de conhecimento com esse propósito específico, sem se olvidar das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal⁷⁷. Da mesma maneira compreende o professor Calixto Salomão Filho, que, ao considerar a desconsideração como um “instrumento para a efetividade do processo executivo”⁷⁸, admite que a sua declaração não precisa ser obtida em ação autônoma.

5. Conclusão

No caso estudado, a teoria da desconsideração poderia ser aplicada para alcançar o patrimônio dos sócios da RGComércio de Gás LTDA. R. G. era sócio administrador à época da prática da infração e a transferência de sua participação social para o seu filho, após o ilícito, não afasta sua responsabilidade, tendo em vista a confusão patrimonial existente. Pai e filhos exercem uma mesma atividade, através de uma mesma pessoa jurídica.

Representa um desvio de finalidade do uso da autonomia patrimonial e, por conseguinte, um abuso de direito à personalidade jurídica, o fato dos sócios deixarem propositadamente a sociedade chegar ao estado de insolvência com o intuito de fraudar credores. Tal desiderato pode ser comprovado com a informação constante nos autos da execução de que os sócios constituíram sociedade diversa para exercer a mesma atividade. Assim, seria possível aplicar a teoria pela hipótese de “abuso de direito”.

Os fatos configuram também a situação prevista no parágrafo único do art. 18 da Lei do CADE, pois, aliada à situação de insolvên-

77 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 260.

78 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

cia constatada (não existem bens em nome da empresa, nem valores nas suas contas correntes), há outra sociedade com os mesmos sócios exercendo a mesma atividade. Essa informação denuncia que houve má administração na RGComércio de Gás LTDA.

Para se alcançar o patrimônio de R. G. especificamente, no caso concreto, seria desnecessária a aplicação da teoria da desconsideração, pois a prática da infração lhe foi imputada no bojo de um processo administrativo, sendo-lhe oferecidas todas as garantias do devido processo legal. Assim, ele tem responsabilidade solidária com a sociedade, nos termos do art. 16 da Lei do CADE.

A teoria da desconsideração pode ser aplicada diretamente no bojo do processo de execução, sem que seja necessária a propositura de ação autônoma. Tal procedimento não ofende aos princípios do contraditório ou da ampla defesa, desde que os sócios sejam intimados previamente a desconsideração para se manifestarem. Apenas em hipóteses específicas, a discussão da desconsideração deverá ser remetida para as vias ordinárias.

Como o caso de Cartel de Gás de Paranaíba, diversos outros processos podem apresentar os requisitos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O presente estudo não pretende encerrar quaisquer discussões sobre o assunto. Ao contrário, o intuito é o de apenas instigar a discussão no campo jurídico, sobretudo para aqueles operadores do direito que trabalham diretamente com o antitruste, a fim de que atentem para as possibilidades de utilização da teoria em casos de práticas de infrações contra a ordem econômica.

Para o sucesso da política de defesa da concorrência, a efetividade das sanções impostas aos agentes infratores deve ser uma das principais metas do SBDC, e a teoria da desconsideração constitui uma importante ferramenta para alcançar esse objetivo.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

Nota do Conselho Editorial: Transcreve-se abaixo o resultado do julgamento e o inteiro teor dos votos proferidos pelos membros do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários - CVM no âmbito do processo RJ2009/13179. Trata-se de julgamento no qual foram colocados novos pontos de vista em matéria de conflito de interesses, especialmente no que diz respeito a negociação com partes relacionadas. Apesar da extensão dos votos, optou-se por transcrevê-los integralmente, dada a complexidade do tema e profundidade com que o assunto foi tratado.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS — CVM

ATA DA REUNIÃO DO COLEGIADO Nº 35 DE 09.09.2010

PARTICIPANTES:

**MARIA HELENA DOS SANTOS FERNANDES DE SANTANA
— PRESIDENTE**

ALEXSANDRO BROEDEL LOPES — DIRETOR

ELI LORIA — DIRETOR

MARCOS BARBOSA PINTO — DIRETOR

OTAVIO YAZBEK — DIRETOR

CONSULTA SOBRE O IMPEDIMENTO DE VOTO DO ACIONISTA CONTROLADOR NA ASSEMBLEIA QUE DELIBERAR SOBRE TRANSAÇÃO COM PARTE RELACIONADA À COMPANHIA — TRACTEBEL ENERGIA S.A. — PROC. RJ2009/13179

Reg. nº 7190/10

Relator: DAB

Trata-se de consulta formulada por Tractebel Energia S.A. (“Companhia”) para confirmar o entendimento de que a acionista controladora da Companhia não estaria impedida, nos termos do § 1º

do art. 115 da Lei nº 6.404/76, de exercer o direito de voto na assembleia que deliberar sobre a celebração de transação com a Companhia, cujos termos tenham sido negociados, no âmbito desta, por comitê especial independente criado nos mesmos moldes daqueles sugeridos pelo Parecer de Orientação nº 35, de 2008. Nos termos da Consulta, o comitê seria criado pelo Conselho de Administração, sendo composto exclusivamente por administradores da Companhia, em sua maioria independentes, incluindo membros do Conselho e da Diretoria, assegurada a participação de pessoas com especialização e conhecimento operacional do setor elétrico. Teria amplos poderes para analisar e negociar a transação, inclusive a sua estrutura jurídica, competindo-lhe, ao final, submeter as suas recomendações ao Conselho de Administração. Em vista disso, a Companhia solicita que se reconheça que, nessas condições, o acionista controlador não estaria incurso em situação de conflito de interesses, que o impedisse de votar, na medida em que a negociação da operação pelo comitê independente já asseguraria que suas condições teriam sido estabelecidas nas melhores condições para a Companhia.

Os Diretores Marcos Pinto e Otavio Yazbek, além da Presidente Maria Helena Santana, apresentaram voto acompanhando as conclusões do Diretor Relator Alessandro Broedel. Dessa forma, o Colegiado deliberou, por maioria, responder à consulta formulada nos seguintes termos:

i. Por força do disposto no § 1º do art. 115 da Lei nº 6.404/76, a acionista controladora da Tractebel Energia S.A. estaria impedida de exercer o direito de voto na assembleia que deliberar sobre a celebração de contrato bilateral em que ela, ou sociedade por ele controlada, figure como contraparte;

ii. Nessa hipótese, mesmo com a criação de comitê especial independente, constituído nos termos descritos na Consulta, o acionista controlador da Tractebel Energia S.A. estaria impedida de exercer o direito de voto, em virtude do disposto no § 1º do art. 115 da Lei nº 6.404/76.

Restou vencido o Diretor Eli Loria, que, em seu voto, sustentou que, nos termos do § 1º do art. 115 da Lei nº 6.404/76, a acionista

controladora da Tractebel Energia S.A. não estaria impedida de votar na assembleia que deliberar sobre a celebração de contrato bilateral em que ela, ou sociedade por ela controlada, figure como contraparte, uma vez que o conflito de interesses só pode ser verificado posteriormente à realização da assembleia, ante a prova do prejuízo ocasionado à companhia. O Diretor destacou, ainda, a responsabilidade dos administradores na operação e ressaltou que o acionista controlador pode votar desde que se atenha aos deveres do art. 115, caput, e do art. 116, parágrafo único, cabendo ser verificado se o preço está fixado em condições idênticas àsquelas que a sociedade contrataria com parte não relacionada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº RJ 2009-13179

(Reg. nº 7190/2010)

Interessado: Tractebel Energia S.A.

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP, a respeito da possibilidade do acionista controlador, GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda., votar na assembléia sobre a aquisição de ações da Suez Energia Renovável S.A.

Diretor-relator: Aleksandro Broedel Lopes

Relatório

1. Em 21/12/09, a Tractebel Energia S.A. (“Tractebel”) divulgou fato relevante, informando sobre a aprovação, pelo seu Conselho de Administração, da proposta de aquisição da totalidade das ações ordinárias de emissão da Suez Energia Renovável S.A. (“SER”), detidas pela GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda. (“GDF”) — esta última controladora da Tractebel. Conforme o fato relevante, a proposta seria submetida à ratificação, por meio de assembléia geral de acionistas, em atenção ao artigo 256 da Lei nº 6.404/76.

2. Em 23/12/09, a Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) solicitou à Tractebel esclarecimentos sobre a operação descrita no fato relevante, fazendo-se referência à “reclamação encaminhada a esta Autarquia por e-mail”.

3. A Tractebel, em 04/01/10, respondeu ao ofício da SEP, afirmando que a aquisição das ações da SER — representativas de 99,99% do seu capital social — foi aprovada pelos conselheiros inde-

pendentes da companhia, eleitos pelos minoritários, de forma que, ainda que desconsiderados os votos dos conselheiros eleitos pela controladora, a operação receberia a aprovação necessária. Por outro lado, o Parecer de Orientação CVM nº 35/2008, suscitado pelo acionista que apresentou reclamação à CVM, não se aplicaria ao caso, por específico para operações de fusão, incorporação e incorporação de ações.

4. Em 06/12/10, a SEP solicitou à Tractebel manifestação do seu acionista controlador, a fim de que informe sobre a sua intenção de votar na assembléia que deliberará sobre a aquisição das ações da SER.

5. Em resposta, de 13/01/10, a Tractebel informou que o acionista controlador votou sem qualquer restrição nas oportunidades anteriores que envolveram aquisições.

6. A esse respeito, a SEP, em 21/01/10, encaminhou ofício à Tractebel informando que, nos termos do artigo 115, parágrafo 1º, da Lei 6.404/76, o acionista não poderá votar na assembléia geral que possa beneficiá-lo de modo particular ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. A proibição de voto vigoraria mesmo que a deliberação trate de benefícios perfeitamente lícitos, que possam coincidir com o interesse da companhia.

7. Por essa razão, a SEP conclui adotaria medidas administrativas cabíveis, caso o controlador da Tractebel votasse na assembléia convocada para deliberar sobre a aquisição da SER.

8. Em 12/08/10, a Tractebel apresentou nova manifestação, para tecer detalhes sobre a sua estratégia de desenvolvimento, a qual estaria atrelada à aquisição, a terceiros ou ao acionista controlador, de novos empreendimentos em operação ou em implementação. Informou, ainda, sobre a contratação de consultores especializados para diagnosticar a real causa do desconforto manifestado por alguns acionistas, com relação à aquisição da SER. Tudo para informar que esta-

ria disposta a criar um Comitê Especial Independente para Transações com Partes Relacionadas (“Comitê”), nos moldes preconizados pelo Parecer de Orientação CVM nº 35, com o objetivo de resolver a questão do potencial conflito de interesses. Sobre esse Comitê, a Tractebel informou que:

i. o Comitê seria criado pelo Conselho de Administração e seria composto exclusivamente por administradores da Tractebel, em sua maioria independentes, incluindo membros do Conselho de Administração e da Diretoria da Companhia, “assegurando a participação de pessoas com a especialização e o conhecimento operacional do setor elétrico”;

ii. o Comitê “teria por atribuição analisar e negociar, dentre outras matérias, qualquer projeto ou proposta de aquisição, pela Companhia a uma parte relacionada, incluindo o acionista controlador, de novo empreendimento ou empresa, seja mediante fusão, cisão, incorporação, incorporação de ações, compra e venda de ativos ou de ações”;

iii. o Comitê asseguraria “a definição independente das condições da transação, eliminando qualquer conflito de interesse material nas deliberações finais de sua aprovação”;

iv. por outro lado, tendo havido a negociação e a recomendação pelo Comitê, seria imprescindível que todos os seus acionistas pudessem votar, sem qualquer exclusão;

v. com a constituição do Comitê referido, não haveria razão para limitar os seus efeitos às hipóteses de fusão, incorporação ou incorporação de ações, regidas pelo artigo 264 da Lei 6.404/76, pois, conforme o Parecer de Orientação CVM nº 35, a independência na condução das negociações é o ponto fundamental para a conclusão de operações equitativas.

9. A Tractebel solicita, assim, a revisão do entendimento manifestado pela SEP, em 21/01/10, sobre a proibição de voto do acionista

controlador. Do contrário, requer o encaminhamento do processo ao Colegiado, nos termos do inciso III da Deliberação CVM nº 463/03.

10. Por fim, a Tractebel informou que, de todo modo, especificamente com relação à aquisição da SER, o acionista controlador pretende se abster de votar na deliberação assemblear sobre a matéria.

11. Em 16/08/10, por meio do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/nº252/10, a SEP manifestou-se pela manutenção do seu entendimento inicial, no sentido de que o acionista controlador deve abster-se de votar nas deliberações que potencialmente possam beneficiá-lo de modo particular ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. Destacou, não obstante, que a constituição de um Comitê Independente é elogiável e tende a assegurar que as operações sejam realizadas no interesse da companhia. Além disso, diante desses cuidados, as operações, uma vez levadas à deliberação assemblear, tendem a ser aprovadas, mesmo que sem a participação do controlador.

12. Com a manifestação final da SEP, o pleito da Tractebel foi submetido à apreciação do Colegiado da CVM.

13. É o relatório.

Voto

1. O tema do “conflito de interesses”, na forma em que se encontra descrito no parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76, é, mais uma vez, posto à discussão do Colegiado desta autarquia. Faço desde logo a transcrição do artigo referido, a fim de facilitar a compreensão do assunto:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

2. Como visto, a Tractebel propõe a criação de um Comitê Especial Independente para Transações com Partes Relacionadas (“Comitê”), composto exclusivamente por administradores, em sua maioria independentes, incluindo membros do Conselho de Administração e da Diretoria da Companhia. Com a criação desse Comitê, a Tractebel entende que não estará proibida de votar, nos termos do artigo acima referido.

3. Para avaliar o caso, farei a seguir um brevíssimo resumo dos antecedentes verificados para o assunto. Após, tratarei das discussões doutrinárias e dos aspectos econômicos inerentes à questão.

I. PRECEDENTES

a. Caso TIM

4. No Processo Administrativo Sancionador CVM nº TA/RJ2001/4977, julgado em 19 de dezembro de 2001, analisou-se a possibilidade de voto, pela Tele Celular Sul Participações S.A. (“TCS”), controladora da CTMR Celular S.A. (“CTMR”), em assembléia para deliberar sobre contrato firmado entre a CTMR e a Telecom Italia Mobile (“TIM”), controlada indiretamente pela “TCS”.

5. Na ocasião, a Diretora Norma Parente entendeu que o fato de a TCS figurar, simultaneamente, em posições contratuais opostas, ainda que indiretamente, configuraria, necessariamente, o conflito de interesses.

6. De acordo com o voto vencedor, da Diretora Norma, não se mostrava necessária, sequer, a apuração do voto da TCS, em contra-

posição à análise dos interesses da companhia. Não era necessário, da mesma forma, verificar se o contrato era negociado a preços equitativos, ou seja, sem que houvesse favorecimento indevido para qualquer uma das partes¹.

7. O Diretor Marcelo Trindade também proferiu voto, concordando com a Diretora Norma, no sentido de que “a regra do impedimento de voto deve ser posta em prática previamente à deliberação da companhia”. Acrescentou, no entanto, que “tratando-se de contrato entre o acionista e a companhia, a hipótese é de benefício particular, e não conflito de interesses genericamente considerado — dado também entender que tal conflito deva ser apreciado *ex post*”.

8. Com isso, firmou-se na CVM o entendimento de que o conflito de interesses, previsto no parágrafo 1º do artigo 115, seria verificável *a priori*, objetivamente, quando, por exemplo, o acionista estivesse contratando com a companhia (o conflito de interesses seria, então, “formal”, conforme conceituação doutrinária, que se verá adiante).

9. Todavia, naquele mesmo julgamento, o Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos manifestou-se em sentido oposto, para defender que o conflito de interesses só poderia ser verificado no caso concreto, *a posteriori* (“conflito material”, conforme a doutrina).

10. Para o Diretor Luiz Antonio, “o acionista é quem deve julgar, a princípio, se está em conflito de interesse, no sentido de que somente o acionista pode, de antemão, saber se irá privilegiar algum interesse (i.e. o interesse que não é da sociedade)”. Nessa linha de pensamento, concluiu que:

A presunção *a priori* é algo, a meu ver, muito violento e assistemático dentro do regime do anonimato, pois afasta a presunção de boa-fé,

1 Para a Diretora Norma, “o benefício do controlador decorre do próprio contrato por figurar ele nos dois lados, razão pela qual deveria abster-se de votar independentemente de o contrato ser ou não equitativo. Trata-se de negociação consigo próprio.”

que me parece ser a presunção geral e mais tolhe um direito fundamental do acionista ordinário que é o direito de voto, no pressuposto de que ele não teria como resistir à tentação. Dito de outra forma, estar-se-ia a expropriar o direito de voto do acionista no pressuposto de que ele poderia vir a prejudicar a companhia mediante o seu exercício, em virtude de um aparente conflito de interesse. Haveria a presunção de que o acionista perpetraria uma ilegalidade acaso fosse lícito que proferisse o seu voto, numa espécie de consagração da fraqueza humana. Prefiro, em situações genéricas, entender que as pessoas cumprem a lei, que não se deixam trair por seus sentimentos egoísticos, porque, como disse, a boa-fé é a regra igualmente o cumprimento da lei e a inocência. Ora, se isto não fosse verdade, talvez fosse melhor não haver sociedade, pois a confiança é algo fundamental nas relações societárias, até mesmo nas companhias abertas, pois ninguém, em sã consciência, gostaria de ser sócio de alguém em que não confia, principalmente se este alguém for o acionista controlador. Parece-me, assim, evidente a distorção, pois a presunção de hoje e sempre é que as pessoas cumprem a lei.

11. Em razão de recurso voluntário, interposto pelos acusados, o caso foi levado à apreciação do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (“CRSFN”)² que, por maioria, deliberou ne-

2 Na análise do Recurso Voluntário nº 4236, oriundo do Processo CVM nº 04/99 (Caso “Bombril”), o relator analisou a questão do conflito de interesses de maneira incidental (pois o processo não tratava diretamente do assunto), fixando o seu entendimento de que tal conflito seria de ordem “material”. Abaixo, a passagem a que me refiro: “Este Conselho de Recursos já examinou a matéria, em janeiro de 2004, tendo prevalecido, por unanimidade, uma terceira vertente que propugna pela necessidade de reflexão, a priori, pelo acionista controlador, acerca da possibilidade de haver conflito e a verificação, a posteriori, da legalidade e das consequências do voto. Estando eu ausente daquela sessão, não pude, na ocasião, debater o tema e não considero apropriado fazê-lo agora. Não obstante, julgo prudente tangenciar a questão, à luz da situação de fato ora sob exame. A este respeito, deve ser considerado que compete ao acionista controlador determinar os destinos da sociedade, cabendo a este a responsabilidade no caso de omissão. Abster-se de votar é assumir o risco de permitir que os acionistas minoritários — cujo comprometimento com a sociedade é necessariamente menor — assumam a responsabilidade que é sua, de controlar a sociedade. Votar, por outro lado, é um direito que tem que ser exercido com responsabilidade, no interesse da companhia e dentro dos limites da legalidade. E a lei não foi omissa e previu os casos em que o acionista estará privado deste

gar provimento ao recurso interposto. Na fundamentação do voto vencedor, o Conselheiro Edson Garcia entendeu que seria possível conciliar as duas teorias existentes (formal e material), para concluir que a avaliação do conflito pode ser feita *a priori*, pelo próprio acionista, ou *a posteriori*, quando, após o voto, outro acionista suscite a situação de conflito. Abaixo, trecho da ementa em que se menciona o voto citado:

A interpretação mais adequada para a parte final do dispositivo em tela — que trata de benefício particular ou interesse conflitante — deve ser a que conclui que o voto do acionista que se considerar em conflito é vedado *a priori*, mas apenas no caso de esse acionista votante, em seu juízo de valor, se verificar na situação de conflito. Vale frisar: o acionista é quem deve julgar se está ou não na condição de conflito de interesse. Entretanto, adotou-se entendimento segundo o qual verificação da existência do conflito possa também se dar *a posteriori*. Na hipótese de não ter o acionista se visto na situação de conflito, até o momento do exercício de seu direito de voto, a seu talante

direito, como exemplifica o parágrafo primeiro do artigo 115 da Lei 6404, que proíbe o voto do acionista nas deliberações da Assembléia Geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social. Esta norma é complementada pelo parágrafo quarto, do mesmo artigo (o parágrafo segundo do artigo 156 é no mesmo sentido), que diz que a deliberação em que haja conflito é anulável (e não nula, destaque), devendo o acionista responder por perdas e danos e transferir para a Companhia as vantagens que tiver obtido. O fato da decisão ser anulável confirma que o voto do acionista que seja proferido no interesse da sociedade deve prevalecer, ainda que o acionista tenha outros interesses e mesmo que tais interesses sejam conflitantes com os da Companhia. Mais que um direito, o acionista controlador tem o dever de votar. Sempre, contudo, no interesse da companhia; mesmo que em detrimento do seu próprio interesse, naquelas situações em que haja conflito. Uma vez exercido o voto, cabe controle posterior para verificar se houve vantagem particular para o acionista controlador. Em não havendo, válido o voto; havendo, o voto é anulável e, nesta condição, caberá à sociedade, representada pelos demais sócios, julgar o interesse, a oportunidade e a conveniência de exercer o direito derivado do ato jurídico anulável. Aqui, também, há que se preservar o interesse da Companhia, sem prejuízo das eventuais medidas que possam ser tomadas individualmente, pelos acionistas minoritários, para reparação das perdas e danos a que o ato do acionista controlador possa ter dado causa. Exigir que o acionista se abstenha de votar é ir além do razoável em um estado democrático de direito, em uma sociedade organizada onde há mecanismos próprios para que cada um responda por seu atos e exija os seus direitos. É, acima de tudo, ir além da própria Lei”.

deve votar na assembléia para que, em fase ulterior, seja apurada ocorrência ou não do conflito. Suscitada situação de conflito por outro acionista, deve o acionista questionado votar se, argüida sua situação de conflito, não vier a mudar sua posição anterior. Na hipótese de o acionista decidir por votar na assembléia em que foi argüida sua situação de conflito, ficará sujeito, além do posterior controle da situação de conflito, às cominações legais (imputação de responsabilidade e penalidades, inclusive pela Comissão de Valores Mobiliários).

b. Caso Previ

12. No Processo Administrativo Sancionador CVM nº TA/RJ2002/1153, julgado em 6 de novembro de 2002, verificou-se a possibilidade de a Previ e a Sistel, na qualidade de acionistas da Tele Norte Leste Participações S.A. (“TNLP”), votarem na assembléia geral da TNLP, que aprovou a celebração de um contrato entre a Telemar, controladora da TNLP, e as concessionárias controladas pela TNLP.

13. Em resumo, a Previ e a Sistel possuíam tanto participação direta na controlada TNLP, quanto indireta na controladora, Telemar, o que configuraria o interesse conflitante para votar sobre o contrato entre aquelas empresas (TNLP e Telemar).

14. A Diretora-Relatora Norma Parente firmou, novamente, o entendimento de que o conflito de interesse é de ordem formal. Na oportunidade, a relatora diferenciou, inicialmente, o voto abusivo e o conflituoso. Explanou a Diretora que, na primeira hipótese, prevista no *caput* do artigo 115 da Lei nº 6.404/76, há, necessariamente, uma avaliação substancial do voto, *a posteriori* a fim de se verificar o eventual abuso do acionista, na sua manifestação de voto. Na outra situação, de conflito, prevista no parágrafo 1º do citado artigo 115, a lei teria proibido o acionista de votar, sendo essa uma “proibição cautelar do exercício do poder de voto”.

15. A Diretora Norma acrescentou, ainda, que:

O acionista não é o juiz soberano para decidir sobre a existência ou não do conflito, sabido que o mesmo é puramente formal. Do con-

trário, fosse um comando moral, efeito inerente da corrente que defende as considerações substanciais e *ex post* do conflito, a decisão do acionista seria soberana e incontestável frente até ao Judiciário, já que a análise do *animus* daquele seria praticamente impossível.

(...)

Permitir o voto, para depois questionar-se sobre a existência de dano ou mesmo se havia ou não conflito de interesses só tumultuaria a vida da sociedade, com as incertezas que podem advir de discussões judiciais, que dependem de provas complexas e que terminam gerando incertezas quanto aos seus rumos. Portanto, a preservação da harmonia e segurança da atividade empresarial, também, impunham a medida preventiva.

16. O voto da Diretora Norma, no entanto, restou vencido, pois o Colegiado acompanhou o voto do Diretor Wladimir Castelo Branco, no qual se afirmou que “o acionista, controlador ou não, deve exercer seu direito de voto no interesse da companhia. Se houver, por conseguinte, uma desobediência a esse princípio, estará caracterizado o abuso do direito de voto e, no caso específico, o conflito de interesses”.

17. O Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos também apresentou sua declaração de voto, para reafirmar a posição de que o conflito de interesses, na sua acepção técnica, deve ser substancial, efetivo e inconciliável. Levou-se em consideração, no caso, o princípio da presunção de boa-fé, no sentido de que não seria possível, antecipadamente, concluir-se pela intenção de um acionista votar, em situação de aparente conflito, contra os interesses da companhia.

18. Por fim, o Diretor Luiz Leonardo Cantidiano, em seu voto, concluiu que a norma em análise deve ser interpretada da seguinte forma: “Olhando a parte final do parágrafo final 1º pelo outro lado, verifica-se que se a deliberação não puder beneficiar o acionista de modo particular e/ou se o seu interesse estiver sintonizado com o interesse da companhia ele estará admitido a votar. Ele poderá votar.”

c. Caso Ambev

19. Em 16 de dezembro de 2004, no julgamento do processo nº RJ2004/5494, relativo a recurso contra a decisão da Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”), o Colegiado da CVM apreciou a alienação do controle da Companhia de Bebidas da América (“Ambev”) via permuta de ações com a Interbrew S.A. (“Interbrew”).

20. No caso, alguns acionistas argumentaram que os controladores da Ambev não poderiam ter participado da deliberação para aprovar a incorporação da Labatt Brewing Canada Holding Ltd. (“Labatt”), pois persistiria obrigação da Ambev, perante a Interbrew, de votar favoravelmente na referida deliberação.

21. O relator do processo, Diretor Wladimir Castelo Branco Castro, consignou que o conflito de interesses, previsto no parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76, seria substancial e, portanto, comportaria um controle *ex post* do exercício do direito de voto pelo acionista.

22. No entanto, na fundamentação do voto, prevaleceu o entendimento de que o conflito de interesses, na forma prevista no artigo 115, parágrafo 1º, não seria aplicável, por tratar-se de incorporação de empresa sob controle comum, aplicando-se o disposto no artigo 264, *caput* e parágrafo 4º, da Lei nº 6.404/76.

23. Já a Diretora Norma Parente, em seu voto, registrou, novamente, que o conflito de interesses seria formal e, portanto, os acionistas controladores da Ambev não poderiam votar na assembléia que aprovou a incorporação da Labatt. Em seu voto, a Diretora ponderou que o caso não poderia ser analisado considerando-se, apenas, a operação de incorporação de sociedade sob controle comum, já que a incorporação da Labatt estaria atrelada à permuta de ações entre os controladores da Ambev e a Interbrew, de forma que a incorporação deveria ser apreciada com foco nesta operação de permuta de ações. Sob essa ótica, persistiria o conflito de interesses dos controladores da Ambev, que teriam incorrido no “ilícito tipificado no artigo 115, parágrafo 1º, da LSA”.

24. Ao final, quanto ao conflito de interesses dos controladores, prevaleceu o voto do Diretor Wladimir Castelo Branco, vencida a Diretora Norma neste ponto.

II. CONFLITO DE INTERESSES FORMAL X MATERIAL

25. Conforme indicam os precedentes acima mencionados, discutiu-se, no tempo, qual seria a correta interpretação do “conflito de interesses” previsto no parágrafo 1º do artigo 115 da Lei nº 6.404/76. O debate, na maioria dos casos, voltou-se ao enquadramento de tal conflito como sendo de ordem substancial/material ou formal.

26. Na doutrina jurídica, o debate se desenvolveu no mesmo sentido. A diferença é que, nas discussões acadêmicas, é feita também uma avaliação do que seria o próprio “interesse social” da companhia, como premissa lógica para a avaliação das situações de conflito.

27. Com efeito, é interessante notar que, na fundamentação de suas opiniões, os doutrinadores, em grande medida, concordam com alguns conceitos atinentes ao que seria o “interesse” a que alude a Lei. Refiro-me aqui à análise do “interesse social” da companhia. Vejamos:

O interesse social não é, pois, a somatória dos interesses de cada acionista, mas a transcendência desses mesmos interesses por interesse comum a todos, definido no objeto empresarial específico da companhia nos fins sociais que são comuns a todas elas, qual seja, a realização do lucro³.

O que, porém, singulariza a sociedade é que, como contrato plurilateral, conquanto motivadas por interesses conflitantes, as partes ten-

3 Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 457.

dem juntas a um escopo comum. (...) A esse interesse comum dos sócios, dá-se o nome de interesse social⁴.

Ao falar em ‘interesse da companhia’, a lei se refere ao interesse comum dos acionistas, igual para todos, pois que corresponde ao modelo jurídico sobre o qual se elaborou o instituto⁵.

28. Bem verdade que o interesse da companhia, como decorrente do estudo da própria teoria da sociedade, é tema largamente estudado pelos comercialistas do mundo todo, há décadas. Nesse aspecto, após diversas transformações dos pensamentos, oriundas dos amplos debates e, especialmente, de constatações empíricas, é natural que a doutrina tenha se aperfeiçoado, para atingir um mínimo consenso com relação ao que se entende por “interesse social”⁶.

29. Mas o curioso é que, como se verá a seguir, ao colocar em prática esses conceitos sobre o “interesse social”, para, então, definir quando se dão as situações de conflito de interesses, os doutrinadores acabam por divergir, formando, como mencionado, duas grandes correntes de pensamento.

30. A seguir, serão avaliadas pontualmente as principais vertentes para o assunto, tanto sob o ponto de vista jurídico, quanto econômico (notadamente com uma visão a respeito da formação contratual da firma). Não há, nesse sentido, pretensão de se exaurirem os argumentos existentes no âmbito acadêmico. O objetivo será, apenas, colher embasamento para a conclusão deste voto.

4 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 245.

5 Fábio Konder Comparato, em *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, São Paulo: Saraiva, 1990.

6 Modesto Carvalhosa, na obra citada, analisa a evolução no tempo das teorias atinentes ao interesse da sociedade, com foco, principalmente, nas teorias institucionalistas e contratualistas da empresa. Sobre esse assunto, não se pode deixar de citar, aqui, a clássica obra *Dalla Struttura alla funzione*, de Norberto Bobbio.

a. Conflito material — aspectos jurídicos

31. De um lado, estão aqueles que entendem que o “conflito de interesses” seria de ordem material, ou seja, deve ser avaliado conforme as circunstâncias, *a posteriori*.

32. Erasmo Valladão⁷, por seu trabalho seminal sobre o tema, é bastante citado nas discussões existentes. Em linhas muito resumidas, seus principais argumentos consistem no seguinte:

i. Todo o arcabouço que compõe a legislação societária coíbe o “abuso de poder” e, também, o “ato emulativo”. Nesse sentido, o “conflito de interesses”, da maneira como o legislador dispôs na Lei das S.A., interliga-se com aqueles conceitos, especialmente com o de “abuso de poder” — que, no caso, está incluído no próprio *caput* do artigo 115 da Lei das S.A.. Por essa razão, a interpretação do conceito de “conflito de interesses” deve-se dar de uma maneira ampla, substancial (e não formal);

ii. A própria Lei das S.A. prevê, expressamente, a relação entre as sociedades coligadas, controladoras e controladas, bem como de grupos societários. Nesse contexto, não é crível que o legislador tenha estabelecido um sistema formal de proibição de voto, “o que praticamente eliminaria a possibilidade da sociedade controladora votar nas assembleias da controlada”.

33. Em pensamento semelhante, Luiz Gastão Paes de Barros Leães defende o seguinte:

Aliás, como adverte Luigi Mengoni em magistral estudo sobre a matéria, a ‘proibição de voto’ como sistema de tutela do interesse social vem sendo restringida gradativamente a hipóteses excepcionais, em face das necessidades do mundo econômico moderno, caracterizado pela concentração empresarial. Nas relações entre sociedades contro-

⁷ Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Conflito de Interesses*, São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 92 a 97.

ladoras e controladas, estas perdem grande parte de sua autonomia empresarial. (...) Daí a tendência a adotar um sistema de controle *ex post* do exercício de voto; fulminando-o quando, do conflito de interesse, resulte ele objetivamente idôneo a acarretar dano à sociedade ou a outros acionistas, ou perseguir vantagens indevidas, para si ou para outrem.⁸

34. Indo além, os defensores da corrente materialista afirmam que:

até mesmo por uma questão jurídica a proibição do voto *a priori*, diante da ocorrência de conflito de interesses meramente formal, enseja riscos irremediáveis, diferentemente dos riscos aos quais se submeteriam as companhias com a aplicação dinâmica do critério substancial, através da qual se permitiria que fossem desconstituídos os votos viciados, e anulada a deliberação.⁹

35. Dessa forma, como se vê, no desenvolvimento da corrente doutrinária, os defensores do conflito material afirmam que os acionistas, quando em conflito de interesses, podem votar. Mais do que isso, alguns sugerem que o acionista em conflito deva votar, pois, do contrário, não haveria voto anulável e, portanto, não seria possível emanar conclusão sobre o verdadeiro resultado da deliberação, em eventual litígio para discutir a ocorrência ou não do conflito de interesses.

36. Com o devido respeito aos ilustres defensores da corrente materialista, tenho algumas reservas sobre as suas conclusões.

37. Primeiro, de uma análise do texto da lei em estudo, noto que parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76 diz, expressamente,

8 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Pareceres — Volume I*, Singular: São Paulo, 2004, p. 181.

9 João Pedro Barroso do Nascimento, Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anônimas (2ª parte), *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 7, nº 25, julho/setembro, 2004.

que “o acionista não poderá votar” em quatro situações, sendo uma delas quando “tiver interesse conflitante com o da companhia”¹⁰. Dessa leitura, e com a devida vênia, não entendo que a melhor interpretação do texto referido seja aquela que exclui a negativa da lei, para concluir que o acionista “poderá votar”, em situação de conflito.

38. Além disso, não me parece que a previsão legal das relações entre as sociedades coligadas, controladoras e controladas, bem como de grupos societários, seja contraditória com a proibição do voto. Entendo que a lei dá tratamento distinto para situações também distintas. O fato de a lei permitir que a Companhia contrate com um de seus acionistas não é contraditório com a proibição de voto nos casos de conflitos de interesses, oriundos, por exemplo, do próprio contrato a ser firmado. Ainda que não persista o voto do acionista contratante, o contrato poderá ser proposto e firmado pela Companhia, conquanto haja a aprovação dos demais acionistas.

39. Por outro lado, mostra-se coerente o argumento de que até o advento da Lei 6.404/76 não estava explícito o conflito de interesses como uma das hipóteses de proibição de voto. Assim, entendo que a sua inclusão seria um ótimo indicativo da intenção do legislador de proibir, efetivamente, o voto do acionista, nessa hipótese¹¹.

10 A negativa contida no texto, que se resume a um parágrafo, chega a se repetir, com os termos “não” e “nem”. E a despeito das críticas dessa suposta leitura simplista e literal da lei, entendo que não se pode descartar a análise sintática e semântica do texto legislativo. Em outras palavras, parece-me que nenhum método de interpretação pode subverter o “não” pelo “sim”.

11 No Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, eram previstas hipóteses para proibir o acionista de votar nas deliberações da assembléia geral relativas ao laudo de avaliação dos bens, com que concorresse para a formação do capital social, e nas decisões que viessem a beneficiá-lo de modo particular, ou, ainda, enquanto diretor, na aprovação de suas contas. Não era prevista expressamente a proibição de voto “por conflito de interesses”. No entanto, já se previa que o acionista responderia, por perdas e danos, se a deliberação fosse influenciada por voto substancialmente conflitante, a ponto de com ele formar-se a maioria necessária. Sobre o assunto, Modesto Carvalhosa, em seus “Comentários à Lei de Sociedades Anônimas” (op. cit., p. 462), afirma que: “a melhor doutrina sempre se insurgiu contra o voto em caso de conflito formal de interesses. Já se entendia que, positivada na operação a incompatibilidade entre o interesse

40. Essas conclusões são corroboradas por uma análise econômica do assunto, conforme comentários que tecerei a seguir.

b. Conflito material — aspectos econômicos

41. O conjunto de contratos que caracteriza a companhia moderna se materializa em situações de assimetria informacional. Isto é, as partes possuem conjuntos informacionais diversos acerca da realidade econômica das companhias. Situações de assimetria de informação podem gerar dois problemas clássicos já bem explorados pela literatura econômica: seleção adversa e risco moral. Se mecanismos não forem criados para alinhar interesses e mitigar a assimetria, surgirão problemas de seleção adversa anteriores à formação dos contratos (*ex ante*) ou de risco moral posteriores ao vínculo contratual (*ex post*).

42. O caso que será aqui analisado ilustra bem a situação de conflito de interesses (pelo menos potencial) surgido em uma situação na qual as partes possuem conjuntos informacionais diferentes. Claramente, acionistas controladores e minoritários estão imersos em uma situação de assimetria principalmente em relação à empresa com a qual a companhia está contratando. Obviamente o controlador possui informações mais precisas e mais amplas acerca da transação que está sendo realizada do que o acionista minoritário.

43. Sendo assim, pode-se pensar na solução ótima para o problema em questão. Como alinhar interesses e como garantir que os supracitados problemas informacionais não inviabilizem o contrato? Podemos inicialmente avaliar os incentivos.

do acionista e o da companhia, não poderia a mesa permitir ao acionista interessado tomar parte nas deliberações da assembléia geral”.

Em sentido diametralmente oposto, Erasmo Valladão, na sua obra “Conflito de Interesses”, assevera que: “Por interesses contrários ao da sociedade, o legislador queria significar um conflito meramente formal de interesse? Não. Segundo sustentava mais autorizada doutrina da época, ‘o interesse contrário é uma questão de fato, a ser, pois apreciada em cada caso’, sendo ‘impossível encontrar uma regra geral e rígida’.”

44. O acionista controlador possui interesses conflitantes (pelo menos potencialmente) em relação aos acionistas minoritários, em função de sua participação societária em ambas as companhias: compradora e vendedora. Este acionista controlador poderá então propor uma transação que terá um efeito em sua riqueza pessoal diferente do efeito para o acionista minoritário — isso decorre, obviamente, de suas participações em ambas as contratantes. É claro que o controlador poderá agir de forma proba no caso concreto e não se deixar contaminar pelo conflito de interesse. No entanto, o que o controlador fará no caso concreto não é o mais relevante. O importante é que o conflito potencial existe *ex ante*. Ou seja, não há como o minoritário saber qual será a postura do controlador. Sempre haverá a possibilidade de que o controlador se comporte de forma inadequada. É o que ocorre no contrato de seguros — de veículos, por exemplo. É impossível que a seguradora saiba exatamente *ex ante* qual será o comportamento do segurado. Por isso ela estabelece incentivos para que ele se comporte de forma a minimizar os riscos do sinistro — estabelecendo uma franquia, por exemplo.

45. Ou seja, independentemente do comportamento do controlador *ex post*, existe o risco *ex ante* de que ele não se comporte segundo os interesses dos minoritários. Sendo assim, cabe perguntar: qual o efeito desse risco no comportamento do minoritário se nenhuma medida for tomada para alinhar interesses?

46. No extremo, o minoritário deixará de contratar com a companhia. Ou seja, o mercado, pelos títulos da companhia, não será interessante ao minoritário, que se absterá de negociar, uma vez que sua riqueza poderá ser transferida para outra empresa do controlador. Em casos mais prováveis, do ponto de vista prático, nos quais algum nível de quebra de assimetria ocorra (devido à reputação do controlador ou seu histórico de comportamentos passados, por exemplo), os minoritários levarão ao preço dos títulos esse risco de expropriação. Ou seja, eles estarão dispostos a pagar um preço inferior ao que pagariam caso os interesses estivessem alinhados.

47. Como alinhar esses interesses? Como resolver o problema do conflito? Parece-me que o legislador foi sábio ao afirmar que controladores que possuem interesses conflitantes não devem votar nas assembleias. Qual o efeito prático dessa medida? O controlador é obrigado (uma vez que não terá poder integral de aprovar a transação) a elaborar uma proposta que atenda minimamente os interesses dos minoritários. Caso contrário, ela não será aceita e o negócio não será concretizado. Nessa situação, ele não terá incentivos para elaborar uma proposta que não atenda aos interesses dos minoritários. Existe um alinhamento natural¹².

48. Quem perde com a abstenção do controlador? Somente os interesses particulares deste mesmo controlador. A abstenção do controlador reduz *ex ante* o risco de que se materialize uma transferência de riqueza entre as empresas com prejuízos para o minoritário.

49. Poder-se-ia argumentar que tal restrição de voto teria efeitos deletérios na dinâmica empresarial e na formação de contratos entre as partes interessadas — elemento essencial da autonomia pri-

12 Tome-se, por exemplo, a negociação de um terreno onde haja conflito devido à participação do controlador no lado do comprador e do vendedor. Para simplificar, pode-se assumir que o único fator de discussão seja o preço (P) de um terreno — as suas outras características são de interesse do controlador e do minoritário, como localização, por exemplo. Suponha-se que o preço justo do terreno seja de \$ 100 e que para o controlador seja mais interessante aumentar esse valor (sua participação acionária é maior no vendedor do que no comprador). O que aconteceria se ele propusesse a negociação ao preço de \$ 200 à assembleia? Se o controlador não puder votar o efeito será claro: os minoritários rejeitarão a proposta devido ao efeito assimétrico dela na riqueza pessoal do controlador e dos minoritários. No entanto, o controlador, sabendo disso, proporia uma transação tão absurda? Claro que não. Ele sabe que, se assim o fizer, os minoritários rejeitarão a proposta e o controlador perderá o valor presente líquido (VPL) do investimento que poderia estar em operação na empresa. O que o controlador deve fazer? O controlador deve buscar o preço que maximize suas chances de que a transação seja aceita pelos minoritários (pressupondo, é claro, um preço superior a \$ 100). Se isso não ocorrer, o negócio não será realizado e o controlador perderá mais que o minoritário (sua participação é maior no valor presente líquido do projeto realizado). Ou seja, a não participação do controlador no voto de aprovação do projeto é um importante instrumento de alinhamento de interesses. O controlador buscará um preço ótimo que maximize a chance de a transação ser completada, visando não perder os benefícios do emprego do bem respectivo, neste exemplo, na atividade operacional da empresa.

vada. Não vejo comprovação empírica deste argumento, nem embaçamento teórico. Mecanismos de mitigação de conflitos de interesse existem em todos os ramos da economia que envolvem assimetria informacional. Na realidade, creio que as evidências nos levam a prever o contrário. No contexto do mercado de capitais, a quebra eficiente de assimetria informacional e o alinhamento dos contratos são elementos essenciais para que o mercado possa funcionar. Se a assimetria não for quebrada e os interesses alinhados, os investidores — na melhor das hipóteses — elevarão o desconto dos títulos, o que levará à redução da riqueza de todos os *stakeholders* da companhia. Ora, entendo que é exatamente isso que se quer evitar no mercado de capitais.

50. Outro argumento é que tal mecanismo resultaria em custos maiores. Sem dúvida, a redução de assimetria e o alinhamento de interesses resultam em custos para as empresas. É claro que a auditoria externa independente tem custos, por exemplo. É claro que programas de remuneração variável possuem custos, por exemplo. Entendo que mecanismos de quebra de assimetria e alinhamento de incentivos devem ser valorizados no contexto do mercado de capitais, especialmente quando envolvem a proteção de acionistas minoritários.

51. Esse tipo de mecanismo de restrição do voto dos acionistas controladores é proposto por *Djankov et al.*¹³ associado a mecanismos eficientes de evidenciação. No que tange ao *disclosure*, essa é exatamente a postura adotada por esta Comissão, que aprovou, por intermédio da Deliberação CVM 560/2008, o Pronunciamento Técnico 05 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) — Divulgação sobre Partes Relacionadas. Este pronunciamento estabelece exatamente as informações que devem ser levadas ao mercado no que tange a transações que sejam realizadas entre partes relacionadas e que, naturalmente, possuem interesses potencialmente conflitantes.

13 Djankov, S., La Porta, R., Lopez-De-Silanes, F., Shleifer, A. The Law and Economics of Self-Dealing, 88 *Journal of Financial Economics*, 430, 2008.

c. O conflito formal e a consideração da realidade econômica. Uma terceira corrente?

52. Com as considerações feitas até o momento, é provável que esse voto esteja sendo interpretado como mais uma manifestação firme pelo entendimento de que o conflito de interesses seria de ordem formal. Essa conclusão não é de todo incorreta, mas gostaria de analisar o posicionamento formalista um pouco mais a fundo.

53. Conforme mencionei acima, entendo que a redução de assimetria e o alinhamento de interesses são possíveis, por meio de mecanismos que, num primeiro momento, resultam em custos, mas, num segundo momento, favorecem a visão que o mercado tem perante a Companhia e, conseqüentemente, geram valor para a mesma.

54. Está-se falando aqui sobre governança corporativa, tema que, como se sabe, é cada vez mais explorado e entendido como necessário para o desenvolvimento do mercado de capitais.

55. Considerando-se a evolução do que se entende por governança corporativa no mercado nacional, mostra-se adequada a interpretação das normas vigentes levando-se em consideração essa realidade. Melhor dizendo, é imperiosa a análise da norma dentro do contexto fático a que ela está integrada.

56. Nesse contexto, é inegável que as soluções organizativas de conflitos, surgidas através de mecanismos criados, inclusive, pelos próprios participantes do mercado, devem ser avaliadas e, quando possível, incentivadas. Sobre o assunto, Calixto Salomão conclui que:

A eliminação de custos de transação entre capital e trabalho, custos que são crescentemente mal solucionados pelo mercado, é função relevante da empresa. Demonstração disso é o ganho em eficiência, produtividade e profissionalismo advindo da solução paritária (ou quase paritária) alemã.

O mesmo pode-se dizer sobre outras relações como por exemplo aquelas com os consumidores ou mesmo com os acionistas minoritários.

Particularmente em relação a esses últimos em panoramas econômicos que, como o brasileiro, demonstram uma clara incapacidade do mercado em defender-lhes os interesses, com crises de confiança que fazem lentamente migrar (e migrar para o exterior) nosso mercado bolsístico, uma intervenção organizativa seria mais que bem vinda.¹⁴

57. Assim, receio que uma perspectiva muito rígida, que por vezes vigora para os defensores da doutrina do conflito formal, possa levar-nos a ignorar a capacidade do mercado de, por mecanismos de governança, criar formas de mitigação e até resolver o problema do conflito de interesses. Vale dizer, a defesa exacerbada da posição formalista pode, eventualmente, fechar os olhos para soluções interessantes que o mercado apresente, de acordo com cada caso concreto.

58. A corroborar a idéia de que a análise do conflito de interesses não deve estar vinculada, em todos os casos, a conclusões estanques, meramente objetivas, Fabio Konder Comparato afirma o seguinte:

A lei brasileira, como a italiana, proíbe seja dado em assembléia geral um voto conflitante com o interesse da companhia. Indaga-se, portanto, se a mesa diretora dos trabalhos da assembléia estaria autorizada a não computar esse voto na deliberação. Parece evidente que sim, quando se trata de uma das situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no § 1º do art. 115: deliberações relativas ao laudo de avaliação dos bens com que o votante concorrer para a formação do capital, aprovação de contas do votante como administrador ou concessão de vantagens pessoais. Trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*.

Tirante esses casos expressamente indicados na norma, para que haja impedimento do voto é mister que o conflito de interesses transpareça a priori da própria relação ou negócio sobre que se vai deliberar, por exemplo, um contrato bilateral entre a companhia e o acionista.

14 Calixto Salomão Filho, *Conflito de Interesses: Oportunidade Perdida*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Não transparecendo preliminarmente o conflito de interesses, nem por isso deixa de valer a proibição do voto, a qual continua a se dirigir ao votante e que pode, em qualquer hipótese, ser invocada por outros acionistas presentes na assembléia.¹⁵ (grifou-se).

59. O texto acima transpõe a idéia de que haverá, nos casos de conflitos de interesses, duas situações distintas: (i) uma em que tal conflito transpareça *a priori*, quando, então, o impedimento de voto deve vigorar sumariamente; (ii) outra em que esse conflito não seja tão evidente, sendo possível, obviamente, considerar-se a proibição do voto, a qual, porém, deverá ser justificada, ao ser invocada por outros acionistas.

60. Nesse sentido, conforme avaliação de Calixto Salomão, a opinião de Comparato não se enquadraria, na doutrina vigente, em um posicionamento pelo conflito formal ou material, representando, na verdade, uma terceira corrente de pensamento¹⁶.

61. Mais uma prova de que a posição defendida por Comparato propõe uma solução mais flexível, na apreciação do conflito de interesses, está na conclusão do parecer que integra o texto antes ci-

15 Fábio Konder Comparato, em *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, São Paulo: Saraiva, 1990, pg. 91.

16 Calixto Salomão Filho, op. cit., nota 36. "Parte da doutrina classifica a hipótese do art. 115 parágrafo primeiro como conflito formal, no sentido de que não poderia o acionista concorrer para a formação da vontade expressa em deliberação assemblear relativa 'ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador'. A participação do acionista em duas posições jurídicas contrapostas é razão suficiente para a suspensão do exercício de voto (...). Por outro lado, há indagação se existiria, no dispositivo legal, uma efetiva violação a acarretar a nulidade do voto per se ou se a sanção legal de anulação somente seria aplicada na presença de conflito material de interesses (...). Este questionamento serve à parte da doutrina que considera necessária a avaliação de conflito de interesses in concreto, não bastando sua mera previsão formal (...). Por fim, há terceira posição no sentido de que embora o conflito de interesses deva ser apurado caso a caso, permanece a proibição do voto 'quando se trata de uma das situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no parágrafo 1º do art. 115', pois 'trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*', v. F.K. Comparato".

tado, em que o referido jurista sugere algumas indagações que devem orientar o julgador, na análise do conflito de interesses, a saber:

- O “interesse particular dos controladores conflitava com o interesse comum dos sócios?”

- “podem [os] acionistas controladores demonstrar que agiram sempre visando ao maior benefício, ou ao menor sacrifício, dos demais acionistas?”

62. Compartilho integralmente com a forma de interpretação do artigo 115, parágrafo 1º, proposta por Comparato. Entendo que o conflito de interesses pode ser verificado tanto *a priori*, nos casos em que possa ser facilmente evidenciado, quanto *a posteriori*, nas situações em que não transpareça de maneira reluzente.

63. É verdade que, como mencionado, um contrato entre a companhia e um acionista trará consigo, necessariamente, uma situação de conflito, natural da própria relação entre os contratantes. Mas, em tese, se o acionista, por intermédio de algum mecanismo de governança, fizer prova de que agirá de acordo com o interesse da companhia, o seu voto será possível, ainda que seja parte de contrato com a companhia¹⁷.

64. Com efeito, será sempre difícil verificar se a manifestação do acionista condiz, ou não, com o interesse social da companhia. Nesse aspecto, alguns dirão ser impossível a criação de mecanismos que assegurem, com altíssimo grau de certeza, a solução do problema do conflito, na manifestação do voto. Dirão que conflito nunca poderá ser resolvido, *ex ante*, por medidas acautelatórias tomadas pela própria companhia, em atos de melhor governança.

65. Acredito, no entanto, que o estudo constante do assunto, das evoluções nos arranjos negociais do mercado, poderá, ao menos

17 Importante abrir um parêntese para explicar que o conflito, intrínseco determinadas relações, jamais poderá ser totalmente eliminado do âmago das intenções do acionista. Porém, como dito, esse conflito poderá, por mecanismos, ser suprimido e resolvido como problema, nas manifestações e na postura do acionista perante a sociedade.

em tese, trazer uma solução para o problema ora em debate. Não podemos afirmar que o conflito de interesses não poderá ser resolvido, *ex ante*. Essa possibilidade precisa manter-se aberta.

66. Se essa opinião corresponde a uma terceira corrente sobre o assunto ou se seria apenas um aperfeiçoamento da corrente formal, trata-se de um questionamento interessante. Meu entendimento é que essa visão está alinhada com alguns debates encontrados internacionalmente e encontra embasamento em pensamentos de alguns importantes doutrinadores, aqui citados.

67. Sob essa ótica, parece-me que o presente caso merece especial atenção, pois a Companhia está propondo, justamente, uma solução para o problema do conflito de interesses.

III. O CASO EM ANÁLISE

68. Resumindo tudo que foi dito até o momento, o conflito de interesses, em maior ou menor grau, será inerente a uma situação que envolva contrato bilateral entre a companhia e o acionista. Portanto, nessas situações, presume-se que os acionistas contratantes não podem votar na assembléia geral que vá deliberar sobre o contrato de que são parte.

69. Por outro lado, eventuais soluções que visem à solução do problema do conflito não devem ser rechaçadas de plano. Admito, ao menos em tese, que é possível o desenvolvimento de mecanismos estruturais que mitiguem ou resolvam, na prática, o conflito de interesses. Em outras palavras, não acredito ser impossível a solução do problema do conflito, por meio de mecanismos de controle e alinhamento de incentivos.

70. Sobre esse último ponto, valho-me da clara definição de Calixto Salomão, acerca das soluções organizativas:

Por solução orgânica ou estrutural quer-se significar a tentativa de resolver nos órgãos societários o problema do conflito, seja através

da incorporação no órgão de todos os agentes que têm interesse ou sofrem as conseqüências, ou através da criação de órgãos independentes, não passíveis de ser influenciados pelos interesses conflitantes¹⁸.

71. É exatamente o que ocorre no presente caso. A Tractebel propõe que seja criado, pelo Conselho de Administração da companhia, um Comitê Especial Independente para Transações com Partes Relacionadas (“Comitê”), composto exclusivamente por administradores, em sua maioria independentes, incluindo membros do Conselho de Administração e da Diretoria da Companhia.

72. Porém, como visto, o conflito de interesses que gera maior preocupação é aquele entre o controlador e o minoritário¹⁹. E a proposta da companhia, da maneira como foi feita, não prevê a mitigação direta desse conflito, sendo que só a presença de membros da administração da companhia, ainda que independentes, não assegurará a proteção aos minoritários, com relação à negociação dos termos do contrato a ser firmado com o controlador²⁰.

73. A solução proposta pode, potencialmente, mitigar o conflito de interesses. Deve ser considerada, ainda, um ato de governança válido, até porque em linha com o que dispõe o Parecer CVM nº 35.

74. Deve-se frisar, porém, que o próprio Parecer CVM nº 35 deixa expresso que a sua aplicação é direcionada, especificamente,

18 Calixto Salomão Filho, op. cit.

19 Obviamente, não se quer dizer aqui que o único conflito a que se refere parágrafo 1º do artigo 115 seja aquele entre o controlador e o minoritário. Até porque o texto legal incide para qualquer acionista que se encontre em situação de conflito.

20 Nesse sentido, anoto lição sobre os custos de agência entre controladores e a administração: “The principal costs of a board approval requirement are just the inverse of its virtues. Independent directors may not be disinterested trustees that the law contemplates. For the most part, they are selected with the (interested) consent of top executive officers, controlling shareholders, or both. If they are unlikely to intervene to derail fair transactions, they may also be unlikely or unable to object to unfair ones, especially at the margins”. *The Anatomy of Corporate Law*. Second Edition, New York: Oxford, 2009, p. 162.

para a hipótese do artigo 264 da Lei nº 6.404, de 1976, que “criou um regime especial para as operações de fusão, incorporação e incorporação de ações envolvendo a sociedade controladora e suas controladas ou sociedades sob controle comum”, caso em que o controlador pode, via de regra, exercer seu direito de voto. Portanto, a situação prevista no Parecer não excepciona, em absoluto, a previsão do parágrafo 1º do artigo 115, ora em análise²¹.

75. Assim, não obstante os esforços empreendidos, entendo que o Comitê proposto pela Tractebel não elimina, de maneira efetiva, o problema do conflito de interesses, razão pela qual não vejo a medida como suficiente para superar a proibição de voto prevista no parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76.

76. Nesse sentido, é preciso que as propostas visem, em casos como o presente, à efetiva proteção dos acionistas minoritários, incluindo, por exemplo, a participação ativa destes na negociação das condições dos contratos que gerem as situações de conflito.

77. Essa sugestão, aliás, coaduna-se com algumas experiências obtidas em países com mercado de capitais mais desenvolvido, como os Estados Unidos da América: “(...) the UK shares with the U.S. a judicial tradition of accepting minority shareholder approval as the most reliable method of screening conflicted transactions with controlling shareholders”²².

78. Outras sugestões poderão, evidentemente, surgir. Quando finalmente for possível afirmar que um mecanismo resolva o conflito existente, será possível que o acionista que contrata com a companhia vote, pois terá a prova de que a sua manifestação se deu em consonância com os interesses sociais.

21 No próprio parecer, ressalta-se ser pacífico nesta autarquia o entendimento de que o regime especial previsto no artigo 264 não afasta a aplicação das demais previsões da Lei nº 6.404/76, fazendo-se referência, no caso, aos deveres de diligência e lealdade dos administradores.

22 *The Anatomy of Corporate Law*. Second Edition, cit., p. 168.

IV. CONCLUSÃO

79. No caso em análise, a solução proposta pela Tractebel não soluciona o problema do conflito de interesses. O mecanismo por eles proposto (eleição de um Comitê Especial Independente para Transações com Partes Relacionadas) claramente não elimina o risco de conflito *ex ante*. Entendo, portanto, na análise deste caso concreto, que o tratamento adequado, tendo em vista nossa legislação societária e o alinhamento de interesses entre minoritários e controladores, é a abstenção do voto.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2010.

Alexsandro Broedel Lopes

Diretor-relator

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº RJ 2009-13179

(Reg. nº 7190/2010)

Voto da Presidente Maria Helena Santana

A consulta da Companhia está formulada em termos extremamente amplos, recobrando várias hipóteses que não necessariamente recebem o mesmo tratamento à luz das disposições da Lei nº 6.404/76. De fato, a Companhia solicita “a revisão do entendimento manifestado no Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº101/10, de modo a que sejam excluídas do impedimento à votação do acionista controlador ao menos as transações com partes relacionadas que tenham sido negociadas por meio do comitê especial independente criado nos moldes do Parecer CVM nº 35, qualquer que seja forma escolhida pela transação”. E solicita que se reconheça que, “nessas condições, o acionista controlador não estaria incurso em situação de conflito de interesse material, que o impedisse de votar, na medida em que a negociação da transação pelo Comitê Independente já asseguraria que suas condições teriam sido estabelecidas ‘em benefício de todos os acionistas e não apenas do controlador’”.

Veja-se, pelos termos da consulta, que não haveria uma única resposta para todos os casos ali referidos. A definição contábil de transação entre partes relacionadas — que serve de referência para a consulta — é sabidamente abrangente e alcança qualquer operação (de natureza contratual ou societária) envolvendo sociedades controladoras, controladas, sob controle comum, administradores, familiares etc. Mesmo partindo do pressuposto (subentendido na consulta) de que tal operação seja daquelas que, por disposição legal ou estatutária, devam ser submetidas à assembleia geral de acionistas, não

haveria uma solução única para a questão do impedimento de voto do acionista controlador, pois a Lei nº 6.404/76 traz regramento específico para determinadas operações, como, por exemplo, o disposto no art. 264 para as incorporações, cisões e fusões entre sociedades controladoras e controladas, ou sob controle comum.

Em vista disso, entendo que a consulta também deveria ser respondida em termos gerais, com a simples anotação dos dispositivos legais que podem ser pertinentes, já que qualquer exame mais aprofundado dependeria do conhecimento dos detalhes da transação entre partes relacionadas em que se cogita o impedimento de voto do acionista controlador, os quais, todavia, não foram fornecidos na consulta.

Não obstante, para não frustrar a consulente, pois imagino que seu objetivo seja obter da CVM uma orientação quanto à aplicação do disposto no § 1º do art. 115 em casos análogos àquele que motivou o Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº101/10, passo a fazer algumas considerações sobre o impedimento de voto do acionista controlador na deliberação assemblear destinada a aprovar a celebração de contrato bilateral em que o próprio acionista, ou sociedade por ele controlada, figura como contraparte.

A questão, como se sabe, é das mais controvertidas tanto na doutrina como na jurisprudência desta Autarquia, tendo o Colegiado, em oportunidades diversas, adotado posições divergentes sobre o tema. Em breve síntese, a discussão se dá a respeito de dois aspectos da interpretação do disposto no § 1º do art. 115. Primeiro, embora prepondere na CVM o entendimento de que, no caso de deliberação que possa beneficiar o acionista 'de modo particular', o conflito deve ser examinado antes da deliberação, bastando, para sua configuração, a identificação do benefício particular a ser revertido em favor do acionista, há controvérsia quanto à extensão dessa hipótese. Discute-se, a propósito, se ela se restringe ao benefício particular recebido pelo acionista, na sua qualidade de acionista, que rompe a igualdade entre os sócios, ou se abrange qualquer benefício a ser concedido por conta da deliberação, ao acionista, que não seja extensível aos demais.

Nesse ponto, parece-me mais acertada a segunda posição, pelas mesmas razões que foram manifestadas pelo Ex-Presidente Marcelo Trindade em seu voto no julgamento do Inquérito Administrativo RJ2001/4977. Com efeito, sob pena de se adotar uma interpretação vazia de utilidade prática e em descompasso com a atual realidade das companhias abertas, entendo que o acionista está impedido de votar toda vez que da deliberação possa resultar a seu favor um benefício particular, ou seja, que não seja extensível aos demais acionistas. Daí decorre, como consequência inevitável, que o acionista controlador está (previamente) impedido de votar na deliberação de assembleia destinada a aprovar a celebração de contrato bilateral em que figura como contraparte, pois a contraprestação a ser recebida por força do contrato constitui um benefício particular, que, não há dúvida, não é compartilhado com os demais acionistas.

Mas, ainda que se entenda que a contraprestação resultante de contrato bilateral não traduz, nos termos da lei, um ‘benefício particular’ em favor do acionista — o que só admito porque me parece importante apreciar outros aspectos interessantes da consulta — entendo que, na hipótese discutida, o acionista controlador estaria de todo modo impedido de votar. A razão para tanto refere-se, agora, ao segundo aspecto debatido quanto à interpretação do disposto no § 1º do art. 115: o impedimento de voto em caso de conflito de interesses.

Nesse ponto, a controvérsia diz respeito ao que seja ‘interesse conflitante com o da companhia’ e a discussão está polarizada em torno de duas posições: de um lado, os defensores do chamado conflito formal, e, de outro lado, os que crêem que o conflito é substancial. Em última análise, a questão está em saber se é caso de impedimento de voto que se verifica antes da deliberação, quando o acionista nela tiver um interesse conflitante com o dos demais acionistas, por ser particular a ele, ou de modalidade ilícita de exercício do direito de voto, cujo exame só pode ser feito posteriormente à deliberação, já que só se configura quando o acionista tiver, por força de interesse irreconciliável com o da companhia, ocasionado prejuízos a ela.

Essa última posição parece-me, contudo, pouco convincente, por duas razões, pelo menos. Em primeiro lugar, ao exigir para sua configuração a verificação do prejuízo à companhia, ela faz do conflito de interesses um conceito jurídico ocioso, dispensável frente à proibição geral ao abuso de direito de voto, prevista no *caput* do art. 115. Com efeito, se o voto exercido com o fim de causar dano à companhia já é sancionado pela lei em razão do seu caráter abusivo, seria totalmente supérflua a previsão, no § 1º desse dispositivo, de um conflito de interesses que, do mesmo modo, só se configuraria quando identificado o prejuízo ao interesse social. Se assim fosse, a lei teria consagrado unicamente a proibição do abuso de direito de voto. Por essa razão, uma tal interpretação, que atribui ao legislador palavras inúteis, me parece pouco coerente.

A outra fragilidade da visão vinculada ao chamado conflito substancial diz respeito à incongruência que introduz na interpretação do disposto no § 1º do art. 115. Isto porque, ao se adotar essa posição, seria necessário admitir a heterogeneidade do comando contido nesse preceito legal, que teria, por assim dizer, enunciado sucessivamente três hipóteses de proibição de voto — laudo de avaliação dos bens com que concorrer o acionista para a formação do capital social, aprovação das contas do acionista como administrador, qualquer outra que possa beneficiar o acionista de modo particular — para, ao final, introduzir regra de natureza totalmente diversa, pela qual não mais se impediria o acionista de votar, mas, ao contrário, estaria estabelecida a sanção posterior ao voto exercido em contradição com o interesse da companhia.

Mais do que a incongruência textual, o que me incomoda na tese do conflito substancial é a incoerência que daí resultaria, pois, a se admitir tal orientação, deve-se admitir também que o legislador teria proibido o acionista de votar na deliberação que aprovar o laudo de avaliação dos bens com que concorrer para a formação do capital social e, ao mesmo tempo, autorizado o seu voto, por exemplo, na deliberação que aprovar contrato celebrado entre ele e a companhia, porque, nesse caso, teria entendido que o conflito só poderia ser pas-

sível de verificação posterior. Para mim, é flagrante a analogia entre os casos, pois, tanto em um como no outro, o fato de o acionista ser a contraparte da companhia legítima que se questione a sua isenção para avaliar, à luz do interesse comum dos acionistas, se a transação, ao preço e nos demais termos submetidos à assembleia, deve ser aprovada. Desse modo, se a lei proibiu, de maneira inquestionável, o acionista de votar deliberação que aprovar o laudo de avaliação dos bens, parece-me necessário concluir da mesma maneira que ele não pode votar na deliberação que aprovar contrato celebrado entre ele e a companhia.

É por essa razão, inclusive, que me parece pouco expressivo o argumento de que a lei não teve a intenção de proibir o acionista em conflito de exercer o direito de voto, uma vez que esse acionista poderia votar no interesse de companhia. Afinal, se assim fosse, o legislador não teria proibido o acionista de votar na deliberação que aprovar o laudo de avaliação de seus bens, porque é evidente que nesses casos também é possível que, não obstante os incentivos contrários, o acionista vote no interesse da companhia.

Enfim, por todo o exposto, fica claro que, na minha opinião, o art. 115, § 1º, ao determinar que o acionista fica impedido de votar nas deliberações em que tiver interesse conflitante com o da companhia, estabeleceu verdadeira hipótese de impedimento de voto, que pode ser controlada antes da deliberação, se houver evidência de que está em jogo algum interesse particular do acionista, que não é comum aos demais. O conflito se configura a partir da identificação desse interesse particular, independentemente da comprovação de prejuízo à companhia.

No entanto, parece-me que esse preceito legal deve ser aplicado com prudência, sob pena de se verificar, a pretexto de se coibir os conflitos de interesses, um excessivo cerceamento ao exercício do direito de voto pela mesa diretora dos trabalhos da assembleia. Acredito que só se deva impedir o acionista de exercer o voto com base nesse fundamento, quando, no caso concreto, verificar-se, de maneira evidente, o interesse particular em jogo na deliberação. A propósi-

to, parece-me acertada a opinião do Professor Fábio Konder Comparato: “(...) para que haja impedimento do voto é mister que o conflito de interesses transpareça *a priori* da própria estrutura da relação ou negócio sobre que se vai deliberar, como, por exemplo, um contrato bilateral entre a companhia e o acionista.”¹

Há casos, porém, em que o conflito não é tão facilmente identificável. Nesse caso, ainda que a mesa não deva impedir o acionista de votar, a proibição de voto continua a valer. Afinal, o principal destinatário da norma é o próprio acionista, que deve, portanto, verificar se está impedido ou não de votar. Da mesma forma, caso o conflito só seja detectado após a realização da deliberação, nada impede que o voto do acionista seja impugnado.² Em todo caso, cabe ressaltar que, a meu ver, o conflito de interesses se configura independentemente da comprovação de prejuízo à companhia, pelas razões já expostas.

Entendo, portanto, do mesmo modo que o Diretor Relator, que a deliberação assemblear destinada a aprovar a celebração de contrato bilateral em que o próprio acionista da companhia figura como parte traduz, por excelência, hipótese clara de conflito de interesses, porque o interesse conflitante resulta da própria estrutura bilateral da transação a ser aprovada. Sendo assim, em minha opinião, o acionista deve abster-se de votar.

Nesse ponto, creio ser importante mencionar o argumento por alguns levantado de que a adoção de um exame do conflito de interesses do acionista controlador que independa da apuração do caráter prejudicial do voto exercido levaria a consequências inaceitáveis, pois subverteria o princípio majoritário que rege ordinariamente as

1 *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, in *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91.

2 O mesmo autor afirma nessa direção: “Não transparecendo preliminarmente o conflito de interesses, nem por isso deixa de valer a proibição de voto, a qual continua a se dirigir ao votante, e que pode, em qualquer hipótese, ser invocada por outros acionistas presentes à assembléia” (*loc. cit.*).

sociedades anônimas. Contra esse argumento, não tenho como deixar de ressaltar que a proibição do voto em caso de conflito de interesses procura, a bem da verdade, proteger a regra da maioria. Sem dúvida, em situações normais, o acionista controlador está em condição para decidir o que é o melhor para a companhia, inclusive em função dos deveres fiduciários que lhe são atribuídos pela lei. No entanto, nos casos de conflito, justamente em razão dos incentivos que tem para exercer o voto em favor de outros interesses que aqueles da companhia, isso deixa de ser verdade e a regra da maioria já não funciona corretamente, ou melhor, só pode funcionar corretamente se essa maioria não for formada pela vontade do acionista controlador. Afinal, a legitimidade da assembleia para deliberar sobre os assuntos de interesse da companhia parte do pressuposto de que a maioria é capaz de expressar o que é melhor para a companhia, o que, evidentemente, nos casos de conflito, só pode ser atingido caso o acionista interessado esteja impedido de votar.

Ademais, entendo que, em vista dos interesses em jogo, é mais proporcional conceder aos acionistas minoritários um direito de veto sobre uma transação a ser celebrada entre a companhia e o controlador do que permitir que este concentre em suas mãos o poder de tomar esta decisão por si mesmo, enquanto contraparte no contrato, e pela companhia. Com efeito, nas situações em que o conflito é evidente, em que o acionista controlador é chamado a defender, na celebração do negócio, tanto os seus interesses como os da companhia, me parece que o impedimento de voto oferece uma solução equilibrada, que tem por efeito prático conferir aos minoritários um direito de veto sobre a transação, colocando-os em posição mais paritária em relação ao acionista controlador que, por ser parte contratante, também pode desistir de fazer o negócio, se não estiver de outro modo convencido. De mais a mais, não se pode perder de vista que, no dia a dia das companhias, a grande maioria das transações entre partes relacionadas não é submetida à assembleia, sendo aprovadas exclusivamente no âmbito dos órgãos de administração. Dessa maneira, o que está realmente em jogo quando da aplicação do § 1º do

art. 115 são os poucos casos em que, em razão da sua importância, a lei ou o estatuto determina a submissão da transação à assembleia. Ora, é justamente nesses casos que, repito, justificam por sua importância a intervenção da assembleia, que parece fundamental assegurar a formação de uma vontade coletiva alinhada com os interesses da companhia, sem estar contaminada com os interesses particulares do acionista controlador. Assim, parece-me que a solução mais proporcional, e condizente com a legislação em vigor, consiste em proibir o exercício do direito de voto pelo controlador, conferindo-se tanto a este (que pode impedir a celebração do negócio por ser parte contratante) como aos minoritários um poder de veto.

Feitas estas considerações sobre o alcance da regra do § 1º do art. 115 da Lei 6.404/76, pretendo ainda analisar uma última questão suscitada pela consulta. Creio ser preciso responder se, não obstante a incidência do referido dispositivo, o acionista controlador poderia votar na deliberação que decidir sobre o contrato entre ele e a companhia, caso a transação tenha sido negociada por meio do comitê especial independente criado nos mesmos moldes daquele sugerido pelo Parecer CVM nº 35.

Nesse ponto, concordo também com o Diretor Relator de que a resposta é negativa. Uma vez esclarecido, como visto, que essa deliberação beneficia o acionista de modo particular, em razão da vantagem consubstanciada na contraprestação, e ainda que ele tem interesse conflitante com o da companhia, em virtude de ser sua contraparte na transação, não consigo aceitar que a atuação do comitê independente possa afastar a incidência das hipóteses legais de impedimento de voto. Com efeito, mesmo admitindo-se que a atuação do comitê tenha assegurado condições comutativas à transação — o que, penso, só poderia ser atestado em cada caso concreto — o benefício particular e o interesse conflitante ainda estariam presentes, ante o fato de que o acionista controlador é a contraparte da companhia na transação.

Apesar disso, parece-me importante enaltecer a iniciativa da companhia no sentido de criar um comitê especial independente, nos

moldes do recomendado pelo Parecer CVM nº 35, para atuar na negociação de transações com partes relacionadas. Embora, como dito, não afaste a incidência do disposto no § 1º do art. 115 da Lei 6.404/76, vejo que esse mecanismo tem, pelo menos, duas conseqüências positivas. Primeiro, constitui uma boa prática de governança a ser adotada pelos administradores da companhia para o cumprimento de seus deveres legais. De fato, a negociação dos termos da transação pelo comitê pode contribuir verdadeiramente para os administradores se desincumbirem, nos termos do art. 245 da Lei, do dever de zelar para que a operação siga condições estritamente comutativas.

A segunda conseqüência positiva é que a atuação do comitê independente pode se revelar muito importante, na prática, para convencer os acionistas minoritários do efeito benéfico da transação para a companhia. Na verdade, quanto mais efetivos parecerem o mecanismo de negociação e a independência dos membros do comitê, mais viável tende a ser a aprovação da operação pelos minoritários.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2010.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Proc. RJ2009/13179

Voto do Diretor Marcos Pinto

1. Introdução

1. O presente caso envolve dois dos mais importantes problemas práticos do direito societário brasileiro: conflito de interesses no exercício do direito de voto e aplicação dos deveres fiduciários dos administradores em negócios com partes relacionadas. Não é só. Este caso exige que se discorra sobre as intrincadas relações entre esses dois assuntos, que já são suficientemente complexos quando analisados isoladamente.

2. A Tractebel Energia S.A. (“Tractebel”) adquiriu recentemente o controle da Suez Energia Renovável S.A. (“SER”), que antes pertencia à sua controladora, a GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda. (“GDF Suez”). Por força do disposto no art. 256, II, “b”, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, essa aquisição será em breve submetida à ratificação pela assembléia geral da Tractebel.

3. Descontente com a operação acima, um acionista minoritário da Tractebel questionou a superintendência de relações com empresas da CVM (“SEP”) sobre as medidas que deveriam ser tomadas para assegurar a comutatividade da operação. A SEP respondeu que a GDF Suez não poderia votar na referida assembléia, à luz do disposto no §1º do art. 115 da Lei nº 6.404, de 1976, que impede o acionista de exercer seu direito de voto quando a deliberação puder beneficiá-lo de modo particular.

4. A Tractebel e a GDF Suez acataram o entendimento da SEP e informaram à CVM que a última não votará na referida assembléia.

A Tractebel nos informa, porém, que pretende realizar outras operações semelhantes com a GDF Suez no futuro e nos consulta sobre a possibilidade de adotar um procedimento de legitimação alternativo nessas próximas operações.

5. O procedimento alternativo proposto pela Tractebel é bastante conhecido desta autarquia. Inspirada no Parecer de Orientação CVM nº 35, de 1º de setembro de 2008 (“Parecer 35”), a Tractebel pretende criar um comitê especial, composto em sua maioria por membros independentes, para negociar os termos e condições das próximas operações que realizar com a GDF Suez, sobretudo o preço de compra de outras subsidiárias como a SER.

6. A consulta apresentada pela companhia versa sobre os efeitos da adoção desse procedimento alternativo. A Tractebel nos sugere que, uma vez adotadas as recomendações do Parecer 35, com cumprimento exemplar dos deveres fiduciários pelos administradores da companhia, não haveria mais razão, prática ou jurídica, para que a GDF estivesse impedida de votar na assembléia que vier a deliberar sobre o contrato.

7. A solução dessa consulta exige análise prévia de duas questões. Primeira: O acionista está realmente impedido de votar na assembléia que delibera sobre um contrato que pretende celebrar com a companhia?¹ Segunda: A correta observância dos deveres fiduciários pelos administradores da companhia, com adoção das recomendações do Parecer 35, afasta eventual impedimento de voto do acionista controlador?

1 Propositamente, não utilizo neste voto a tradicional dicotomia entre conflito de interesses formal e substancial, pois acho que ela obscurece a questão ao invés de facilitar sua solução. Não tenho dúvida de que a verificação do conflito de interesses deve ser feita caso a caso e, nesse sentido muito restrito, o conflito de interesses previsto na lei é substancial. Mas isso não responde a questão realmente importante, que consiste em saber se a análise do conflito de interesses deve ser feita antes do exercício do direito de voto pelo acionista ou somente após o voto, caso a decisão tenha provocado prejuízo à companhia. Esse esclarecimento é necessário porque já se argumentou que a tese do controle prévio do conflito de interesses pode criar embaraços em situações relativamente comuns na vida societária, como a candidatura de um acionista para um posto na administração. Esse argumento perde a relevância, no entanto, quando se reconhece que o conflito deve ser apreciado em cada situação prática, mesmo que essa apreciação seja feita antes do exercício do direito de voto pelo acionista.

8. Antes de responder essas questões, farei uma breve análise da evolução da jurisprudência da CVM sobre impedimento de voto. Na seqüência, analisarei o problema do impedimento de voto à luz do direito vigente, da eficiência econômica e de alguns princípios gerais de direito. Só então discorrerei sobre os deveres fiduciários dos administradores, o Parecer 35 e sua relação com a questão do impedimento de voto.

2. Evolução Jurisprudencial

1. O §1º do art. 115 da Lei nº 6.404, de 1976, diz que “o acionista não poderá votar na deliberações (...) que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”. Com base nesse dispositivo, a CVM entendeu, inicialmente, que o acionista estava impedido de votar nas assembléias que deliberassem sobre contrato entre ele e a companhia, pois haveria aí um conflito de interesses.²

2. Esse entendimento foi adotado expressamente pelo colegiado da CVM no Processo CVM RJ TA 2001/4977, julgado em 19 de dezembro de 2001 (“Caso TIM”). Nesse processo, a CVM avaliou se a Tele Celular Sul Participações S/A (“TCS”) estava impedida ou não de votar na assembléia geral da CTMR Celular S/A que deliberou sobre a celebração de um contrato de uso de marca TIM com sua controladora, a Telecom Italia Mobile. Por maioria, o colegiado da CVM decidiu que a TCS estava impedida de votar, por conflito de interesses.

3. Já nesse processo, todavia, começou a ganhar corpo, dentro da CVM, um entendimento diverso, apoiado por parte da doutrina.³ Em voto dissidente no referido processo, o Diretor Luiz Antonio Cam-

2 A procuradoria jurídica da CVM se manifestou nesse sentido por meio do Parecer/CVM/PJU/Nº010/00, de 23 de outubro de 2000.

3 E.g. L. G. P. B. Leães. Conflito de Interesses e Vedação de Voto nas Assembléias das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, 92 (1993); E. Valladão. *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.* São Paulo: 1993.

pos defendeu que o acionista controlador não está, verdadeiramente, impedido de votar na assembléia que delibera sobre um contrato a ser celebrado entre ele e a companhia. Na visão do diretor, essa não é uma questão que possa ser decidida *a priori*, antes do voto do acionista.

4. Segundo o Diretor Luiz Antonio Campos, só há conflito de interesses quando o acionista efetivamente vota em benefício próprio, em detrimento da companhia. Como um contrato entre a companhia e o acionista pode ser benéfico para ambas as partes, não se pode afastar, de antemão, a hipótese de que o voto proferido pelo acionista venha a ser vantajoso para a companhia. Logo, deve-se permitir que o acionista vote, apurando-se posteriormente se a companhia foi ou não prejudicada.

5. Esse entendimento, inicialmente minoritário, passou a ser majoritário na CVM a partir do julgamento do Processo CVM RJ TA 2002/1153, em 6 de novembro de 2002 (“Caso Previ”). Nesse julgamento, o colegiado da CVM absolveu a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (“Previ”), que havia votado a favor de um contrato a ser celebrado entre a Tele Norte Leste Participações S.A. e sua controladora, empresa da qual a Previ também era sócia.

6. Depois desse caso, a CVM passou a entender que o acionista não estava impedido de votar em assembléia que deliberasse sobre contrato celebrado entre ele e a companhia. Esse entendimento foi mantido pela autarquia mesmo depois que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (“CRSFN”) reverteu a decisão do colegiado da CVM, em janeiro de 2004.

7. Dois anos depois, porém, teve início uma mudança gradual e significativa na orientação da CVM. Em 18 de agosto de 2006, foi editado o Parecer de Orientação CVM nº 34 (“Parecer 34”), segundo o qual o acionista controlador está impedido de votar nas operações de incorporação de controladas que prevejam relações de substituição distintas para acionistas controladores e minoritários ou para diferentes espécies de ações.

8. Embora o Parecer 34 trate de uma situação bastante específica — incorporação de controladas com relações de troca desiguais — ele teve um efeito bem mais amplo. É que o parecer utilizou outro fundamento para sustentar o impedimento de voto: nas hipóteses tratadas no Parecer 34, o acionista está impedido de votar porque a decisão o beneficia de modo particular e não — ou não somente — porque ele tem um interesse conflitante com o da companhia.

9. Essa posição já havia sido defendida pelo então Diretor Marcelo Trindade em seu voto no Caso TIM. Segundo Trindade, mesmo deixando de lado a discussão sobre o conflito de interesses, é claro que os contratos entre a companhia e o acionista geram um benefício particular para este. Portanto, o acionista está impedido de votar nessas situações, conforme prevê o §1º do art. 115 da Lei nº 6.404, de 1976.

10. Mais recentemente, em 28 de julho de 2009, o colegiado da CVM proferiu decisão reforçando o raciocínio subjacente ao Parecer 34. Refiro-me ao Processo RJ 2009-5811, que tratou da incorporação da Duratex S.A. pela Satipel Industrial S.A. (“Caso Duratex”). Nesse caso, o colegiado decidiu que o impedimento de voto por benefício particular também se aplicava a situações em que relações de troca distintas haviam sido fixadas com base no percentual de 80% previsto no art. 254-A da Lei nº 6.404, de 1976.

11. Por fim, já em 2010, a SEP expediu ofício informando à Tractebel que a GDF Suez está impedida de votar na assembléia geral que vier a deliberar sobre a compra da SER pela companhia. Com esse ofício, a CVM retornou, 10 anos depois e com fundamentos diversos, à posição acolhida pelo colegiado no Caso TIM, de que o acionista que contrata com a companhia não pode exercer seu direito de voto na assembléia que deliberar sobre o contrato.

3. Interpretação da Lei

1. A meu ver, a SEP está coberta de razão. Durante muito tempo, entendeu-se que a hipótese de impedimento de voto por benefí-

cio particular, prevista no art. 115, §1º, aplicar-se-ia apenas às vantagens concedidas aos acionistas enquanto sócios da companhia. Todavia, conforme ressaltei no Caso Duratex, essa posição não encontra amparo na Lei nº 6.404, de 1976.

2. Quando a lei impede o acionista de votar em situações “que puderem beneficiá-lo de modo particular”, sua hipótese de incidência não se restringe às vantagens recebidas pelo acionista enquanto sócio. Seu campo de aplicação é muito mais amplo, alcançando qualquer vantagem de que goze apenas um acionista. Um contrato entre o acionista e a companhia faz justamente isso: ele beneficia o acionista contratante de modo singular.

3. Vou mais longe. Na minha opinião, mesmo que a celebração de contrato com a companhia não pudesse ser considerada como um benefício particular, ainda assim o acionista estaria impedido de votar, pois, nessa situação, ele tem um interesse claramente conflitante com o da companhia.⁴ Não posso concordar com a tese de que não há conflito de interesses e, portanto, impedimento prévio de voto por parte do acionista em vias de deliberar sobre um contrato entre ele e a companhia.

4. Não posso concordar com essa tese porque ela é incompatível com o texto da lei. O §1º do art. 115 não diz que, nas situações de conflito de interesses, o acionista deve votar no interesse da companhia; ele diz que, nessas situações, “o acionista não poderá votar”. Pessoalmente, não vejo como sustentar que o acionista pode votar quando a lei diz expressamente que ele não pode. Toda interpretação encontra um limite; e eu não consigo ir além desse.

4 Nesse sentido, F. K. Comparato. Controle Conjunto, Abuso no Exercício do Voto Acionário e Alienação Indireta de Controle Empresarial. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: 1990. A posição que defendo nesse voto segue, em linhas gerais, a posição de Comparato, que defende que a verificação do conflito de interesses deve ser feita caso a caso, mas gera impedimento de voto sempre que o conflito puder ser identificado de antemão, como no caso de celebração de contrato bilateral entre a companhia e o controlador.

5. Como vimos acima, o principal argumento dos que defendem a tese contrária é que um contrato entre a companhia e o acionista não gera, necessariamente, um conflito de interesses, pois ele pode ser benéfico para ambas as partes. Para que o acionista estivesse impedido de votar, os interesses em questão deveriam ser irreconciliáveis, ou seja, deveria ser impossível atender o interesse do acionista sem sacrificar o interesse da companhia.

6. A consequência prática dessa visão é clara: a regra da lei que proíbe o acionista de votar em situações de conflito de interesse se torna letra morta, pois são raríssimas as situações em que os interesses do acionista não podem ser conciliados com o interesse da companhia. Na prática, tudo depende de características específicas do objeto da deliberação, como o preço, numa compra e venda, ou a repartição de direitos políticos e econômicos, na formação de uma sociedade.

7. “Mas esse é justamente o ponto”, diriam os partidários da tese que estou combatendo. Para verificar se há ou não conflito de interesses, dizem eles, devemos analisar o mérito da deliberação; só então poderemos saber se, na prática, ela realmente concilia os interesses do acionista e da companhia. Como isso não pode ser feito antes da deliberação, não se pode impedir o acionista de votar; deve-se, portanto, permitir que o voto seja proferido e verificar, depois, se ele causou ou não prejuízo à companhia.

8. O que me leva a perguntar: Qual é então a função da proibição de voto em casos de conflito de interesse? Por que a lei se importou em dizer que o acionista “não pode votar” se não existem situações práticas em que essa proibição se aplica? Mais ainda: Qual a diferença entre o impedimento de voto, previsto no §1º do art. 115, e o abuso de direito de voto, previsto no *caput* do mesmo artigo?

9. Esse último ponto merece destaque. O *caput* do art. 115 diz expressamente que “o acionista deve votar no interesse da companhia”; caso não o faça, seu voto será considerado abusivo. Se o conflito de interesses só pudesse ser apurado depois da deliberação, o

§1º do art. 115 não faria sentido algum; ele nada acrescentaria ao *caput* do artigo. Esse não foi, obviamente, o propósito da lei, que se propôs a tratar de maneira distinta as duas situações, o abuso de voto e o conflito de interesses, como denota o próprio título do artigo em questão.

10. A meu ver, a tese do controle *a posteriori* das hipóteses de conflito deturpa o sentido da expressão “conflito de interesses”, privando-a de qualquer significado. Quando se diz que “alguém está numa situação de conflito de interesses”, ou “tem um interesse conflitante”, queremos ressaltar o fato de que essa pessoa não está na melhor posição para tomar uma decisão de maneira imparcial ou em benefício das pessoas que representa, pois tem outros interesses em jogo. E isso pressupõe, obviamente, que o “conflito de interesses” de que se fala pode ser identificado antes da decisão.

11. Tanto é assim que, quando alguém está em uma situação de conflito de interesses e, apesar disso, toma uma decisão que beneficia o grupo que representa, não passamos a agir como se o conflito nunca tivesse existido. Ao contrário, reconhecemos o conflito e dizemos que, *apesar dele*, o agente decidiu adequadamente. Portanto, afirmar que o conflito de interesses só pode ser verificado *a posteriori* não é sequer compatível com o significado dessa expressão.

12. Essa constatação é reforçada pelos próprios exemplos de conflito de interesses elencados no §1º do art. 115: “deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que [o acionista] concorrer para a formação do capital social e aprovação de suas contas como administrador”. É claro — e ninguém o nega — que essas situações podem ser identificadas previamente e geram impedimento de voto.

13. Além disso, os interesses em questão não são irreconciliáveis. Se os administradores apresentarem suas contas fielmente, tanto a companhia quanto os administradores têm interesse em aprová-las. O mesmo pode ser dito acerca do laudo de avaliação dos bens que um acionista pretende transferir para a companhia. Não é necessário sacrificar o interesse da sociedade para atender ao interesse do acio-

nista; se a avaliação for correta, ambos serão beneficiados. E — repita-se — ninguém nega que essas são hipóteses de impedimento de voto.⁵

14. Em defesa da tese de que o conflito de interesses só pode ser apreciado depois do voto, cita-se normalmente o §4º do art. 115, segundo o qual a “decisão tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável”. Se estivéssemos diante de uma hipótese de impedimento de voto — argumenta-se — a decisão assemblear deveria ser considerada nula e não meramente anulável.

15. Esse argumento tem duas falhas. A primeira e mais singela é que o argumento prova demais, pois o §4º do art. 115 se aplica também às hipóteses de conflito de interesses expressamente identificadas pela lei: laudo de avaliação e contas do administrador⁶. Se a anu-

5 A tentativa de harmonizar o impedimento prévio de voto nessas duas situações com a tese da verificação posterior do conflito de interesses passa por uma interpretação peculiar do §1º do art. 115. Lê-se o dispositivo como se ele estivesse endereçando quatro espécies de deliberação absolutamente distintas: (i) as relativas ao laudo de avaliação de bens usados para formação do capital social; (ii) a aprovação das contas como administrador; (iii) as que puderem beneficiar o acionista de modo particular; e (iv) aquelas em que o acionista tiver interesse conflitante com o da companhia. Com isso abre-se caminho para argumentar que nas primeiras hipóteses não há interesse conflitante com o da companhia. O “interesse conflitante” seria uma espécie diferente das demais, só identificável depois de conhecidas as consequências do voto proferido. Contudo, essa interpretação não é adequada. Em primeiro lugar, porque, como vimos acima, as deliberações sobre avaliação de bens usados na formação do capital e a aprovação das contas como administrador não são de essência diferente dos demais casos de conflito de interesses. As pretensões dos acionistas e da sociedade não são nem mais nem menos irreconciliáveis nesses casos, de modo que se justificasse um tratamento diverso para a questão. Em segundo lugar, essa interpretação é desautorizada de forma muito clara pelo texto legal. Confira-se novamente a redação do dispositivo: “O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia geral relativa ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.” A mim parece fora de dúvida, especialmente pelo trecho destacado, que a lei apenas citou os três primeiros casos como exemplos do que, na verdade, compõe um único gênero, o conflito de interesses.

6 Nesse sentido, Valladão, *op. cit.*, p. 87.

labilidade implicasse que o conflito de interesses só pode ser verificado depois do voto, não haveria impedimento de voto nem sequer nessas hipóteses, o que ninguém se atreve a sustentar, nem mesmo os partidários da tese que venho combatendo.

16. O segundo e mais importante problema do argumento, contudo, é que a anulabilidade não implica, de maneira alguma, que o controle deva ser feito somente *a posteriori*. A anulabilidade é o remédio jurídico padrão para os vícios nas deliberações societárias, não sendo motivo para espanto que esse remédio seja utilizado também quando a deliberação é viciada em função de voto exercido em conflito de interesses⁷. Em outras palavras, o §4º do art. 115 apenas comina a consequência tradicional para vícios das deliberações societárias.

17. Além disso, a anulabilidade é um remédio perfeitamente indicado para os casos de violação da regra de impedimento de voto. Afinal, como ressaltam os próprios partidários da tese do controle posterior do conflito de interesses, um acionista pode exercer seu direito de voto no interesse da companhia mesmo quando está em situação de conflito. Caso isso ocorra, a anulabilidade permite que a companhia convalide a deliberação viciada, o que não seria possível caso a consequência prevista pela lei fosse a nulidade⁸.

18. Cientes disso, os defensores do controle posterior se apegam ao trecho seguinte do §4º do art. 115, segundo o qual o acionista que votou em conflito “será responsável pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferi-

7 A decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 35230/SP, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reconheceu que a anulabilidade é a consequência mais adequada para vícios das deliberações societárias.

8 Nos termos dos art. 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil, os negócios jurídicos nulos não podem ser convalidados, ainda que a pedido das partes, nem convalescem pelo decurso do tempo. Já o negócio jurídico anulável pode ser convalidado pelas partes, inclusive tacitamente, como prevêm os art. 172 e 174, ou pelo decurso do prazo previsto no art. 178 do Código Civil. Essa regra de convalidação foi repetida expressamente pelo parágrafo único do art. 285 da Lei nº 6.404, de 1976.

do”. Como esse dispositivo faz menção expressa à reparação dos danos causados, argumenta-se que só existirá conflito de interesses quando a companhia for prejudicada pelo voto proferido.

19. Esse argumento tampouco me parece sólido. Ressalte-se, primeiramente, que a reparação do dano é a principal sanção para atos ilícitos em direito privado. Logo, se aceitássemos o raciocínio desenvolvido acima, de que a simples menção à reparação do dano na lei permite que o acionista vote mesmo diante de uma proibição expressa, desde que não cause danos, seríamos obrigados a adotar raciocínio semelhante para todos os ilícitos civis. O absurdo disso é claro: todas as condutas vedadas em direito privado passariam a ser permitidas.⁹

20. Além disso, a lei não diz apenas que o acionista deve reparar o dano; ela diz mais: o acionista deve não só reparar o dano como “transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”, o que não é sempre a mesma coisa. Caso o acionista vote pela aprovação de um contrato ele próprio e a companhia, por exemplo, ele deve não só devolver eventual diferença entre a compensação recebida e a compensação justa, como também transferir à companhia os lucros que teria obtido mesmo se o contrato tivesse sido celebrado em condições comutativas.

21. Essa sanção extremamente onerosa existe, não só no Brasil como em outros países, por um motivo muito simples: desincentivar a conduta ilícita.¹⁰ Se o acionista só fosse responsabilizado pelos pre-

9 Nem se diga que, no direito civil, os casos de proibição expressa geram nulidade, por força do art. 166, VI, do Código, enquanto o conflito de interesses gera anulabilidade, conforme estabelece o §4º do art. 115 da Lei nº 6.404, de 1976. Ocorre que, embora a deliberação decorrente de voto proferido em conflito de interesses seja anulável, o próprio voto é nulo, conforme reconhecem os defensores do controle posterior, em linha com o disposto no art. 166, VI, do Código Civil. Nesse sentido, Valladão, *op. cit.*, p. 97. Portanto, não há nenhuma diferença fundamental entre as proibições do direito civil e a proibição de voto que justificasse o tratamento diferente proposto para essa última.

10 Esse é um princípio básico de *agency law* nos Estados Unidos. *E.g.* Tarnowsky v. RESOP. 51 N.W. 2d. 801 (Minn. 1952). No direito inglês, o mesmo resultado é obtido por meio do

juízos sofridos pela companhia, ele teria todos os incentivos do mundo para violar a regra, pois o pior que lhe poderia acontecer, se e quando fosse responsabilizado, seria indenizar o dano causado; já os lucros obtidos, estes seriam embolsados por ele, muito embora esses lucros estejam diretamente relacionados com o ato ilícito por ele praticado.

22. Portanto, ao invés de suportar a tese do controle *a posteriori*, o §4º do art. 115 aponta em sentido contrário. Afinal, não faz sentido algum obrigar o acionista que votou em conflito de interesses a transferir à companhia todas as vantagens que obteve quando se admite expressamente que, se ele não causar prejuízo à companhia, ele pode votar. Mais uma vez percebe-se o absurdo: aplicaríamos uma sanção ao acionista muito embora a conduta por ele praticada fosse considerada lícita.

23. Ainda sobre a questão da sanção, não se pode esquecer que as infrações à legislação societária não tem conseqüências somente na esfera do direito privado. Quando companhias abertas estão envolvidas, violações à Lei nº 6.404, de 1976, ensejam também punições administrativas, por força do art. 11 da Lei nº 6.385, de 17 de dezembro de 1976. Logo, mesmo que o direito privado não sancionasse a conduta do acionista que vota em situação de conflito mas não causa dano à companhia, ainda assim essa conduta restaria proibida e seria sancionável administrativamente quando a companhia é aberta.¹¹

24. Mas o principal e cabal argumento contra a tese do controle *a posteriori* dos casos de conflito de interesses não está nos aspectos apontados acima. O principal argumento é funcional. O §1º do art. 115 existe para evitar que a companhia sofra prejuízos em situações

remédio conhecido como *accounting for profits*. E.g. Imperial Mercantile Credit Association v. Coleman (1873), L.R. 6 H. L. 189. Na opinião de Comparato, esse dispositivo da Lei nº 6.404, de 1976, inspirou-se diretamente no direito norte-americano. *Op. cit.*, p. 91-2.

11 Foi essa uma das principais razões que levou o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional a reverter a decisão do colegiado da CVM no Caso Previ.

nas quais é grande o risco de que o acionista venha atuar em benefício próprio. Deixando o acionista votar, ignora-se esse risco e abre-se espaço para que ocorra justamente o que a lei procurou evitar.

25. Esse risco é tanto maior, a meu ver, num país como o nosso, em que as demandas judiciais ainda são extremamente lentas. Aqui, ações propostas para responsabilizar acionistas controladores demoram anos, senão décadas. Além disso, elas encontram um judiciário pouco preparado para julgar causas de direito societário. Portanto, no Brasil mais do que em qualquer lugar do mundo, a proibição de voto é fundamental nos casos de conflito de interesses.

4. Eficiência Econômica

1. Mas me atrevo a dizer que a razão que leva muitos a adotarem a tese do controle posterior não é estritamente jurídica e, sim, econômica. Por detrás dessa interpretação da lei existe um receio: teme-se que, impedindo o controlador de votar em situações de conflito, oportunidades empresariais valiosas possam ser perdidas pela companhia, o que geraria graves ineficiências.

2. Esse argumento é pouco convincente, como procurei demonstrar no Caso Duratex. Segundo o critério mais aceito pela teoria econômica, operações eficientes são aquelas que não prejudicam ninguém e beneficiam pelo menos uma pessoa.¹² Obviamente, nenhum minoritário se oporia a uma operação como essa. Se a operação não lhe prejudica, que razão teria ele para rejeitá-la?

3. Ressalte-se, aliás, que os interesses dos acionistas minoritários estão perfeitamente alinhados com os interesses da companhia neste caso. Se o contrato submetido à assembléia for bom para a

12 Esse é o critério clássico de otimização de Pareto. Para um análise rigorosa desse e outros critérios de eficiência: J. Coleman. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*, v. 68, p. 221.

companhia, os acionistas minoritários serão indiretamente beneficiados. Logo, se a operação for realmente benéfica, os minoritários deverão aprová-la, pouco importando que a contraparte na operação seja o acionista controlador.

4. Mas não existem operações que beneficiam a companhia e prejudicam os acionistas minoritários? Eu, pessoalmente, não as conheço.¹³ Uma companhia nada mais é do que um contrato entre um conjunto de acionistas. Logo, se a operação é vantajosa para a companhia, ela beneficiará também o acionista minoritário; mesmo operações que gerem efeitos bastante diferidos no tempo acabam beneficiando os acionistas presentes, pois os fluxos de caixa esperados acabam refletidos no valor atual das ações¹⁴.

5. Até entendo o argumento, um pouco diferente, de que possam existir operações que beneficiem a empresa mas não a companhia ou seus acionistas. Essas operações realmente podem existir, caso se entenda a empresa como uma entidade em si, independente em relação aos acionistas¹⁵. Pode-se considerar, por exemplo, que o crescimento de receitas é benéfico à empresa, mesmo quando resulta de investimentos em projetos com valor presente líquido negativo; ou que aumentar salários para os trabalhadores é bom para a empresa, mesmo quando os acionistas perdem dinheiro em razão disso.

6. Tenho sérias dúvidas de que o objetivo de uma companhia seja mesmo atender aos interesses da empresa, entendida nesse sentido.¹⁶ De toda forma, essa possibilidade não altera minhas conclu-

13 Sem considerar é claro, a situação em que o minoritário tem interesse conflitante com o da companhia, da qual tratarei mais adiante neste voto.

14 Nesse sentido, Comparato, *op. cit.*, p. 87-88.

15 Sobre essa teoria, F. K. Comparato & C. Salomão. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: 2005, p. 366-373.

16 O art. 115 da Lei nº 6.404, de 1976, diz que o voto deve ser exercido “no interesse da companhia”, ou seja, no interesse do conjunto de acionistas; ele não menciona o interesse da empresa em si. Nesse sentido, Comparato, *op. cit.*, p. 87. Já art. 116, parágrafo único, diz que o controlador “deve usar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto social

sões. Se o acionista minoritário não quer perder dinheiro, o controlador também não. Portanto, operações benéficas para a empresa mas contrárias ao interesse dos acionistas não serão realizadas, vote o controlador ou não. Invocar os interesses da empresa, em contraposição ao interesse dos acionistas, não passa de retórica vazia, destinada a mascarar o fato de que a operação é benéfica apenas para o controlador ou para os administradores.

7. Na verdade, ao invés de barrar operações eficientes, a regra do impedimento de voto tem o efeito inverso: ela promove a eficiência econômica. Quando se permite que o controlador vote quando tem interesse conflitante com o da companhia, abre-se espaço para que ele aprove operações que lhe são vantajosas mas que causam prejuízo à companhia ou, o que vem a ser o mesmo, que não beneficiam a companhia tanto quanto deveriam. Essas operações são ineficientes por definição, pelo menos se adotarmos a definição de eficiência mais aceita na teoria econômica.

8. Suspeito, no entanto, que os defensores da tese do controle posterior tenham uma outra definição de eficiência em mente. Em diversas ocasiões, eles parecem sustentar que devemos deixar o controlador votar pois isso facilitaria a realização de operações que geram riqueza para um grupo econômico ou mesmo para o país, muito embora causem prejuízo à companhia e aos seus acionistas minoritários¹⁷.

e cumprir com sua função social". Obviamente, atender a sua função social não significa tratar a empresa como entidade distinta e independente, cujos interesses se deva perseguir. Além disso, uma companhia pode cumprir sua função social ainda que seu objetivo principal seja gerar valor para os seus acionistas.

17 Conforme expliquei no meu voto no Caso Duratex: "Segundo o critério de Kaldor-Hicks, que também é bastante usado, uma operação é eficiente se os ganhos por ela gerados forem suficientes para compensar as perdas. Não é necessário que essa compensação ocorra: basta que ela seja possível para que o critério seja atendido. Com base nesse critério, é até possível argumentar que a regra do impedimento de voto pode barrar certas operações eficientes, quais sejam, operações cujos benefícios particulares gerados para o acionista controlador sejam suficientes para compensar as perdas sofridas pelos demais acionistas. Porém, isso significa admitir uma espécie de expropriação privada do acionista minoritário pelo controlador. Embora

9. Um exemplo disso seriam as sinergias e ganhos de escala que podem ser gerados dentro do grupo econômico, ou seja, entre a sociedade controladora e as sociedades controladas. Fica obviamente mais fácil explorar essas sinergias e ganhos de escala se a sociedade controladora puder votar mesmo nas operações em que tiver interesse conflitante com o da companhia controlada. Dessa forma, a companhia controladora pode facilmente aumentar a riqueza do grupo, ainda que isso gere perdas para as controladas e seus acionistas minoritários.

10. Idéias desse tipo sempre foram muito caras à ideologia nacionalista que predominou durante o regime militar no Brasil, que pretendia fortalecer os grandes grupos nacionais a qualquer custo. Hoje sabemos que essa política permissiva em relação ao abuso do poder de controle tem efeitos extremamente deletérios no longo prazo. Prova disso foi a crise por que passou o mercado de capitais brasileiro nas décadas de 80 e 90 e da qual o país só saiu depois de renovar seus compromissos junto aos investidores¹⁸.

11. Se os acionistas minoritários puderem ser impunemente expropriados, os investidores, nacionais e estrangeiros, aplicarão menos recursos no mercado brasileiro. No longo prazo, isso significará um mercado de capitais menos pujante, menos investimentos por parte das companhias e menor crescimento da economia do país. Em suma, ainda que as operações lesivas aos investidores possam produzir mais riqueza no curto prazo, é muito provável que elas gerem prejuízo para o mercado de capitais e para o país no longo prazo.

essa expropriação possa até gerar acréscimo de riqueza no curto prazo, seu impacto no longo prazo é péssimo, pois desestimula os investimentos no mercado de capitais.”

18 Não desconsidero, por óbvio, os fatores macroeconômicos que levaram à crise e que influíram na recuperação do mercado de capitais. Porém, acredito que a legislação, a regulamentação e a autor-regulação do mercado e até mesmo a postura dos acionistas controladores e administradores tiveram relevante papel tanto no declínio quanto no ressurgimento do nosso mercado.

12. Um estudo recente encontrou fortes evidências estatísticas de que é isso mesmo o que ocorre.¹⁹ Os autores do estudo construíram um índice de proteção dos acionistas minoritários em operações com partes relacionadas: quanto maior a proteção conferida por um país, maior o seu índice. Com ajuda de escritórios de advocacia locais, os autores do estudo calcularam o índice para 72 países, que representam mais de 99% do valor de mercado das ações negociadas em bolsa no mundo.

13. Na seqüência, os pesquisadores realizaram uma regressão desse índice sobre algumas medidas de desenvolvimento do mercado acionário, como o valor total das ações negociadas no país como proporção do produto interno bruto e o número de ofertas públicas iniciais realizadas a cada ano. O resultado foi estatística e praticamente significativa: países com um índice maior de proteção aos acionistas minoritários em operações com partes relacionadas têm, *ceteris paribus* mercados acionários mais desenvolvidos.

14. O mesmo estudo indica ainda que países que exigem a aprovação de operações entre partes relacionadas pela assembleia geral, sem o voto do acionista controlador, apresentam, *ceteris paribus*, um menor nível de expropriação dos acionistas minoritários e um maior desenvolvimento do mercado de capitais. Ou seja, o mais amplo estudo já realizado sobre o assunto indica que, no longo prazo, impedir legalmente o controlador de votar em operações entre partes relacionadas tem efeitos positivos sobre o mercado acionário de um país.

15. O estudo em questão serve ainda para desconstruir alguns mitos e desfazer mal-entendidos. O primeiro mito é que praticamente nenhum país do mundo impede o controlador de votar na assembleia que delibera sobre contrato entre ele e a companhia. Isso não é verdade: 18 dos 72 países pesquisados no estudo em questão não só

19 S. Djankov, R. La Porta, F. Lopes-de-Silanes & A. Schleifer. The Law and Economics of Self-Dealing. *Journal of Financial Economics*, 88 (2008), p. 430-465.

impedem o controlador de votar quando a operação é submetida à assembleia como exigem deliberação assemblear para que operação seja válida.

16. Os demais mal-entendidos dizem respeito às regras jurídicas de países específicos. Já se disse, por exemplo, que no Reino Unido o controlador pode votar na assembleia que delibera sobre contrato entre ele e a companhia. Isso é realmente verdade, se levarmos em conta apenas a legislação e a jurisprudência. Contudo, as regras de listagem da bolsa de valores exigem que o controlador se abstenha de votar nessa deliberação²⁰. Na prática, portanto, a regra do impedimento de voto prepondera para as companhias abertas no Reino Unido.

17. Algo similar ocorre nos Estados Unidos. Embora a legislação de diversos estados norte-americanos realmente não proíba o controlador de votar, o fato é que, nas situações de conflito mais relevantes, como as incorporações de controladas, a jurisprudência dos tribunais faz com que os acionistas controladores não exerçam seu direito de voto; eles se abstêm para evitar que lhes seja imposto o ônus de provar, na revisão judicial do negócio, que a operação submetida à assembleia era realmente comutativa²¹.

18. O aspecto mais importante do estudo, contudo, não está em apontar exemplos específicos e contra-exemplos, nem em identificar as peculiaridades de cada sistema jurídico que fazem com que a proibição de voto seja importante ou desnecessária. A conclusão mais importante do estudo é que as regras que protegem os acionistas minoritários nas operações entre partes relacionadas estão fortemente correlacionadas com o desenvolvimento do mercado de capitais e, no longo prazo, com o aumento da riqueza dos países.

²⁰ *Financial Services Authority Listing Rules*, 11.1.7.

²¹ Para um resumo da evolução da jurisprudência das cortes norte-americanas sobre a questão, R. Gilson & B. Black. *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*. Westbury: 1995, p. 1237-1317.

19. Mas será que deixar a decisão de realizar ou não uma operação importante nas mãos dos minoritários não é demais? Não estaremos subvertendo o princípio da maioria? Acredito que não. Primeiro, porque se trata de uma situação esporádica: não é sempre que operações desse tipo são submetidas a aprovação da assembleia. Segundo, porque, mesmo impedido de votar, o controlador continua tendo grande influência sobre o negócio, já que figura como contraparte no contrato; não só os termos do contrato, como a própria realização da operação, dependem do seu consentimento.

20. Quando a lei impede o controlador de votar em situações de conflito, ela não está abandonando a regra da maioria e sim exigindo que essa deliberação excepcional seja aprovada por uma maioria especial, composta pelo controlador e pela maioria dos demais acionistas presentes à assembleia. Não custa lembrar, aliás, que a regra da maioria só é utilizada nas deliberações societárias porque a unanimidade tem um custo de implantação muito elevado.²² Nada mais natural, portanto, do que exigir uma maioria especial, mais próxima da unanimidade, naquelas situações em que a regra da maioria não funciona a contento.

21. E a regra da maioria realmente não funciona a contento quando o acionista controlador tem interesse conflitante com o da companhia. Em situações normais, o controlador está em ótima situação para decidir em nome de todos os acionistas, pois ele é o maior beneficiado ou o maior prejudicado pelo sucesso ou insucesso da companhia. Já nas situações de conflito de interesses, não é exatamente isso o que ocorre.

22. Um acionista que pretende celebrar um contrato com a companhia tem incentivos para fazê-lo ainda que o contrato não seja necessário; um acionista que negocia um ativo com a companhia tem incentivos para cobrar dela o máximo possível, ainda que valores mais baixos pudessem ser obtidos no mercado. Na prática, o contro-

22 D. Mueller. *Public Choice III*, New York: 2003, p. 67-76.

lador sempre terá incentivos econômicos para favorecer a si próprio em detrimento da sociedade.²³

23. Mas não seria arriscado demais remediar essa situação concedendo um poder de veto aos acionistas minoritários? Não custa lembrar que muitas companhias brasileiras têm *free float* baixo e que o absentismo nas assembleias brasileiras é bastante elevado. Portanto, é considerável o risco de que a decisão em questão fique nas mãos de minoritários pouco representativos, que podem ser movidos, inclusive, por interesses ilegítimos.

24. Essa ponderação me faz pensar, mas não me convence. Ainda que detenham uma participação pequena do capital, os acionistas minoritários terão, nessa situação, interesses mais alinhados com o da companhia do que o acionista controlador. Ainda que o minoritário ganhe pouco mesmo quando a companhia ganha muito, e perca pouco mesmo quando a companhia perde muito, o acionista controlador que contrata com a companhia está numa situação ainda pior: ele ganha mais justamente quando a companhia perde.

25. Quanto ao absentismo do acionistas, acredito que as próprias companhias disponham dos instrumentos necessários para combatê-lo, como os pedidos públicos de procuração, que podem ser feitos inclusive por meio eletrônico. Além disso, é bastante natural que os acionistas não compareçam a uma assembleia em que o controlador possa votar, pois o resultado da deliberação já está definido

23 Os partidários da tese do controle posterior citam, frequentemente, o seguinte trecho da Exposição de Motivos do projeto que resultou na Lei nº 6.404, de 1976: “O art. 115 cuida dos problemas do abuso do direito de voto e do conflito de interesses entre o acionista e a companhia. Trata-se de matéria delicada em que a lei deverá deter-se em alguns padrões necessariamente genéricos, deixando à prática e à jurisprudência margem para a defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder da maioria, no interesse da companhia e da empresa.” A palavra chave para compreensão dessa passagem é o adjetivo “legítimo”, que qualifica a expressão “exercício do poder da maioria”. Obviamente, maioria deve prevalecer naquelas situações em que seu poder é exercido de maneira legítima. Porém, quando esse poder for exercido de maneira ilegítima, como no caso do voto proferido em situação de conflito, a decisão da maioria deve ser obstada pelo poder judiciário e pela CVM.

de antemão. A situação é bem diferente quando o voto dos minoritários é decisivo. Nas operações recentes em que o controlador não votou no Brasil, o índice de comparecimento dos minoritários foi sempre significativo.

26. Quanto aos minoritários oportunistas, não é preciso ir muito longe para encontrar o instrumento com o qual combatê-los: o próprio impedimento de voto. Como vimos acima, um acionista que não tenha interesse conflitante não tem nenhum incentivo para votar contra uma operação benéfica à companhia. Portanto, se queremos coibir o voto oportunista, o melhor a fazer é justamente identificar os conflitos de interesse e impedir o acionista conflitado de votar, seja ele controlador ou minoritário.

27. Resta ainda analisar uma última objeção ao impedimento de voto: o custo envolvido em obter a aprovação dos minoritários. Esse custo é elevado, não só pelas despesas incorridas com a realização da assembleia, mas também pelo tempo necessário para informar e convencer os acionistas de que a proposta a eles submetida é realmente benéfica para a companhia. No caso extremo em que os acionistas decidirem barganhar com o controlador, esse custo pode ser gigantesco, pois a companhia pode até perder a operação.

28. Devo admitir que a regra do impedimento de voto tem custos significativos, sobretudo quando o acionista impedido de votar é o controlador. Não nego que uma assembleia bem realizada pode custar caro e que informar e convencer os acionistas é dispendioso e pode levar tempo. Acho apenas que esses custos são plenamente justificados dado o risco de que o acionista controlador venha a exercer seu direito de voto em detrimento da companhia.

29. Nem mesmo a possibilidade de que os acionistas minoritários comecem a barganhar com o controlador é capaz de mudar minha opinião. Na verdade, essa é uma hipótese pouco provável, pois os minoritários enfrentam sérios obstáculos para se organizar. E mesmo que a barganha fosse mais freqüente, ela não me assustaria. Pelo contrário, entendo que a barganha seria benéfica à companhia, que

com isso conseguiria contratar em melhores condições, exatamente como faria num negócio entre partes independentes²⁴.

30. E se uma boa oportunidade fosse perdida em função de negociações prolongadas? Se eventuais interesses conflitantes forem coibidos, vejo pouco motivo para preocupação. Na prática, os acionistas minoritários não terão nenhum incentivo para prolongar as negociações desnecessariamente, pois eles também sairão perdendo se o negócio não der certo. Logo, o risco de que a companhia venha a perder um bom negócio nessa situação não será muito diferente do risco envolvido em qualquer negociação entre parte independentes.

5. Princípios Gerais de Direito

1. Obviamente, uma discussão dessa relevância não poderia prescindir de algumas considerações baseadas em princípios gerais de direito. Nessa linha, os partidários da tese do controle posterior recorrem ao princípio da presunção de inocência. Eles argumentam que a regra do impedimento de voto seria contrária a esse princípio, pois adviria de uma conclusão precipitada de que o acionista abusará do seu direito de voto para obter benefícios próprios.

2. Como já disse no Caso Duratex, acredito que os agentes respondem a incentivos econômicos. Dessa forma, num caso em que, diante dos incentivos econômicos, é considerável o risco de o acionista se desviar do interesse social, é totalmente justificado que a lei tenha escolhido um meio de tutela mais efetivo do que a simples responsabilização civil, impedido nesse caso o exercício do direito de

24 Nos Estados Unidos, onde esse tipo de barganha é incentivado, os resultados para os acionistas minoritários têm sido bastante benéficos. T. Bates, M. Lemmon & J. Linck. Shareholder Wealth Effects and Bid Negotiation in Freeze-Out Deals: Are Minority Shareholders Left Out in the Cold? *Journal of Financial Economics*, 81 (2006), 681-708. Esse estudo revela que os acionistas minoritários capturam uma grande parte dos ganhos gerados pela incorporação, muito provavelmente em razão das salvaguardas procedimentais implementadas com base na jurisprudência das cortes de Delaware.

voto pelo acionista. Esse é justamente o caso das operações entre partes relacionadas, que já causaram muitos danos aos investidores do mercado de capitais brasileiro.

3. Essa me parece ser a realidade, com a qual devemos trabalhar. E, sinceramente, não vejo nela qualquer contrariedade com o princípio da presunção de inocência. Esse princípio diz que uma pessoa não pode ser considerada culpada de um ato ilícito antes da apreciação de sua conduta pelo órgão julgador. Ele não diz que a lei deve, ao definir quais condutas serão consideradas ilícitas, presumir que todos os indivíduos se portam sempre de maneira exemplar.

4. Na verdade, a própria existência do sistema jurídico, que impõe sanções por atos ilícitos, revela que essa presunção não pode prevalecer. Condutas prejudiciais a terceiros sempre existiram e existirão sempre. Coibi-las é justamente a tarefa do sistema jurídico, seja impondo sanções após ao fato, seja criando mecanismos para evitar que ela seja realizada.

5. Regras dessa última categoria têm se proliferado no direito moderno, como é o caso de certos ilícitos ambientais, que são cada vez mais comuns, e também dos crimes de perigo, que tem aumentado no direito penal. Não é preciso sequer ir tão longe; basta olhar para regras tradicionalíssimas do direito civil brasileiro, como a que proíbe o mandatário de adquirir os bens do mandante, a que torna nulo o negócio jurídico celebrado com menor de 16 anos, ou a que veda o pacto comissório.

6. Todas essas regras existem justamente para evitar prejuízos em situações em que é grande o risco de que alguém seja prejudicado pela conduta de outros. O sistema jurídico não será capaz de cumprir adequadamente suas funções sem lançar mão desse tipo de regra em pelo menos algumas situações. Claramente, não há nelas qualquer presunção de culpa, apenas o reconhecimento de que os seres humanos nem sempre agem de maneira exemplar.

7. Na verdade, a regra do impedimento de voto não é contrária a nenhum princípio geral de direito. Antes, ela decorre diretamente

te de um deles: o princípio da imparcialidade.²⁵ Quando o acionista tem interesse conflitante numa deliberação, seu julgamento será naturalmente parcial, por melhor que ele se esforce. Para evitar isso, a lei o proíbe de votar, seja quando se trata de aprovar suas contas como administrador, seja quando se trata de avaliar bens de sua propriedade, “ou em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

6. Deveres Fiduciários

1. Por tudo o que expus acima, fica evidente minha resposta à primeira pergunta formulada na introdução deste voto: O acionista controlador está impedido de votar na assembléia que delibera sobre um contrato que pretende celebrar com a companhia²⁶. Ultrapassado esse primeiro problema, posso agora examinar os deveres fiduciários

25 Uma das mais influentes teorias da justiça contemporâneas, *justice as fairness*, está baseada justamente na noção de imparcialidade. J. Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: 1999.

26 Em seu voto, o Diretor Eli Loria traz um argumento interessante, que não se aplica a todos os contratos entre a companhia e o controlador, mas somente àqueles que envolvam a compra de controle de sociedade mercantil, sujeitos ao art. 256 da lei. Segundo ele, a lei teria autorizado o controlador a votar nesses casos, já que o §1º desse artigo, quando trata do laudo de avaliação que deve ser apresentado à assembléia geral, faz referência expressa apenas aos §§ 1º e 6º do art. 8º, mas não ao §5º, que por sua vez faz referência expressa ao art. 115, §1º. Esse argumento me parece equivocados por duas razões. Em primeiro lugar, o art. 8º só faz referência expressa ao § 1º do art. 115 porque o acionista estará impedido de votar em todas as situações nele tratadas, já que somente o acionista pode contribuir bens para formação do capital. Já o art. 256 se aplica tanto a contratos celebrados com partes independentes quanto a contratos com partes relacionadas, razão pela qual ele não faz referência expressa ao §5º do art. 8º ou ao §1º do art. 115. Em segundo lugar, o laudo previsto no art. 256 tem finalidade exclusivamente informativa; sua com partes relacionadas, razão pela qual ele não faz referência expressa ao §5º do art. 8º ou ao §1º do art. 115. Em segundo lugar, o laudo previsto no art. 256 tem finalidade exclusivamente informativa; sua função é dar elementos para que os acionistas decidam se querem ou não aprovar a operação. O que é submetido à deliberação da assembléia, de acordo com o art. 256, é o contrato de compra e venda do controle e não o laudo de avaliação. Portanto, na minha opinião, não faz sentido cogitar em impedimento de voto em relação a esse laudo, pois ele não é o verdadeiro objeto da deliberação.

dos administradores e o Parecer 35 para, na sequência, tentar responder à segunda pergunta formulada no início deste voto.

2. Como se sabe, a Lei nº 6.404, de 1976, impõe uma série de deveres aos administradores de sociedades anônimas, como o dever de diligência e o dever de lealdade, previstos nos arts. 153 a 155. Conforme o colegiado da CVM já destacou diversas vezes, o cumprimento desses deveres deve ser analisado com ainda mais rigor nas operações em que o controlador figura como contraparte²⁷. A razão disso é óbvia: o acionista controlador, por definição, é quem elege e destitui a maioria dos administradores da companhia.

3. Ressalte-se, todavia, que o administrador eleito pelo acionista controlador não está impedido de participar da negociação de operações realizadas entre a companhia e o acionista controlador. É que a regra do art. 156 da Lei nº 6.404, de 1976, que trata do conflito de interesses dos administradores, só se aplica quando o administrador tem interesse próprio na questão. Quando o interesse conflitante é do acionista que o elegeu, o administrador pode participar da decisão, como também já decidiu este colegiado²⁸.

4. Obviamente, isso não significa que o administrador possa atuar em benefício do controlador. Nas operações com partes relacionadas, como em qualquer outro ato, os administradores devem atuar em benefício da companhia e não em benefício de qualquer terceiro. A lei também deixa isso bastante claro, tanto no art. 154, §1º, quanto nos arts. 155 e 245.

5. Este último artigo é de bastante interesse para o tema em discussão. Ele diz que, os “administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou

27 E.g. PAS CVM 08/2005, julgado em 12 de dezembro de 2007.

28 Proc. CVM RJ 2007/3453, decidido em 4 de março de 2008.

com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

6. Foi com base nesse dispositivo — e também nos demais artigos da lei que estabelecem os deveres fiduciários dos administradores — que a CVM editou o Parecer 35, invocado pela Tractebel em sua consulta. Esse parecer esclarece quais são os deveres dos administradores num tipo específico de operação entre partes relacionadas, a saber, as operações de fusão, incorporação ou incorporação de ações de companhias controladas ou sob controle comum²⁹.

7. O parecer não é lei e, portanto, não criou obrigações novas para os administradores. Ele apenas deixou claro, numa situação específica, o que a CVM entende que administrador deve fazer para cumprir com a lei. Além disso, ele recomenda, mas não obriga, que os administradores adotem um procedimento de legitimação para a operação, procedimento este destinado a garantir que a operação seja realmente comutativa³⁰.

8. Esse procedimento consiste em constituir um comitê especial, composto em sua maioria por membros independentes do acionista controlador, para negociar a operação em questão com o acionista majoritário. Dessa forma, procura-se simular a negociação que ocorreria se as partes fossem independentes, partindo do pressuposto de que a negociação é a melhor forma de garantir a comutatividade da relação de substituição e demais condições da operação.

9. Ainda é cedo para concluir se o Parecer 35 foi ou não bem sucedido. Dois anos depois de sua edição, parece ter havido uma

29 Para um resumo das razões que levaram a CVM a editar o Parecer 35, ver o memorando que embasou a decisão de colocá-lo em audiência pública, conforme reunião do colegiado de 2 de junho de 2008.

30 Sobre os procedimentos de legitimação no direito societário, confira-se o voto do Diretor Pedro Marcilio em seu voto dissidente nos Proc. CVM RJ2006/7204 e RJ2006/7213, julgados em 17 de outubro de 2006.

sensível melhora no comportamento dos administradores nas incorporações de controladas; eles parecem estar, agora, mais cientes e ciosos de seus deveres para com a companhia. Além disso, já existem casos em que os comitês especiais obtiveram ganhos significativos para os acionistas minoritários, negociando relações de substituição superiores às inicialmente propostas pelo controlador.

10. Por outro lado, a implementação prática das recomendações do Parecer 35 ainda encontra algumas dificuldades. Os administradores e os controladores relutam em conferir real poder de negociação para os comitês especiais. É claro que esse poder não deve ser absoluto, pois isso poderia implicar delegação de competências vedada por lei. Mas é essencial que os comitês tenham poderes suficientes para realmente negociar as condições da operação, ainda que suas decisões estejam sujeitas à aprovação do conselho de administração³¹. Sem isso, os membros do comitê assumem o papel de meros avaliadores, que pouco agregam em termos de proteção aos acionistas minoritários.

11. Cumpre destacar, também, que o Parecer 35 foi pensado para uma operação específica na qual a própria lei parece indicar que o controlador pode votar, a despeito de seu interesse conflitante com o da companhia³². É que o art. 264 da Lei nº 6.404, de 1976, estabeleceu um procedimento especial de tutela dos acionistas minoritários nas incorporações de controladas. Embora esse procedimento tenha se mostrado completamente ineficaz, o fato é que art. 264 continua

31 Se a decisão final for do conselho de administração, a criação do comitê independente para negociar a operação certamente não implicará qualquer violação à lei. Companhias constituem representantes para negociar contratos a todo tempo e ninguém nunca questionou essa prática. Em operações de grande vulto, é mesmo comum que muitos aspectos das negociações sejam conduzidas por banqueiros e advogados. Desde que o poder de decisão permaneça, em última instância, com a administração, não existe qualquer óbice legal a que se atribua ao comitê independente poderes para negociar a operação.

32 Confira-se a propósito a decisão da CVM no Proc. CVM RJ2004/5494, julgado em 16 de dezembro de 2004.

em vigor e afasta, segundo entendimento da CVM, a aplicação do art. 115, §1º.

12. Pois bem, o que a Tractebel pretende é utilizar esse procedimento numa modalidade de operação que não é expressamente abarcada pelo Parecer 35, o que não é nenhuma novidade, já que outras companhias vem procedendo dessa forma em operações significativas entre partes relacionadas. A novidade está no fato de que as operações que a Tractebel pretende realizar devem ser submetidas à assembléia e não estão sujeitas ao regime especial do art. 264.

7. Relação entre as Regras

1. O que nos traz ao segundo problema suscitado no presente caso: Qual é o efeito do cumprimento dos deveres fiduciários descritos acima e, em particular, da observância das recomendações contidas no Parecer de Orientação 35, sobre a regra do impedimento de voto? Será que isso afasta a incidência do §1º do art. 115? Será que isso autoriza a GDF Suez a votar na assembléia que deliberar sobre contrato a ser celebrado entre ela e a Tractebel?

2. Acredito que não. Na verdade, o argumento levantado pela Tractebel sempre foi utilizado, embora sem mencionar o Parecer 35, por aqueles que defendem que o conflito de interesses deve ser apurado somente depois que o acionista exerceu o seu direito de voto. O argumento é de que o art. 245 da lei reconhece, implicitamente, que o controlador pode votar nas operações que celebra com a companhia.

3. Mas não é isso, em absoluto, o que a lei diz. Vejamos de novo o que prescreve o art. 245: “Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem pe-

rante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

4. O que esse artigo estabelece é que o administrador deve zelar para que as operações feitas com o controlador sejam comutativas; ele não diz que o controlador pode votar quando a operação for submetida a aprovação da assembléia. Mas por que a lei diria isso se o controlador não pudesse votar? Por duas razões muito simples. A primeira e mais evidente é que uma fração muito pequena das operações realizadas com o controlador precisa passar pela assembléia. Na maioria das vezes, os administradores têm poderes para fechar essas operações independentemente de aprovação ou ratificação da assembléia³³.

5. A segunda razão toca o ponto central deste caso. Por si só, a regra do impedimento de voto não é suficiente para proteger os acionistas contra operações lesivas. É que os minoritários encontrariam enormes dificuldades para se informar e, sobretudo, negociar uma operação que seja realmente comutativa. A proibição do voto do acionista controlador pode impedir que graves prejuízos sejam causados à companhia; mas ela não garante que a companhia obterá o melhor negócio possível.

6. Como se sabe, quanto mais disperso for o capital de uma companhia, maiores serão as dificuldades e menores serão os incen-

33 Essa mesma constatação pode ser utilizada para rebater outro argumento freqüentemente utilizado para defender a tese do controle posterior do conflito de interesses. Segundo muitos, o art. 117, §1º, “F”, da lei reconhece implicitamente que o controlador pode votar pois considera abuso de poder de controle “contratar com a companhia em condições de favorecimento ou não equitativas”. Esse argumento me parece equivocado, pela razão exposta acima: a grande maioria das operações entre partes relacionadas não precisa ser submetida a assembléia e, mesmo nessas operações, o controlador pode abusar de seu poder de controle, fazendo uso de sua inegável influência sobre os administradores. Portanto, faz todo sentido que a lei preveja tanto o impedimento de voto quanto o abuso de poder de controle em operações entre partes relacionadas. Note-se, aliás, que a previsão legal do abuso de poder de controle existe, de forma independente da proibição do abuso de voto, justamente porque o controlador pode exercer sua influência de outros modos, independentemente do voto. Parece-me totalmente equivocado, portanto, sustentar que uma regra exclui a outra, quando seus campos de aplicação são completamente independentes.

tivos econômicos para que os acionistas se informem sobre uma operação submetida a assembléia³⁴. Cria-se então uma assimetria de informação gigantesca entre os administradores e os acionistas minoritários. É absolutamente natural, portanto, que a lei imponha aos administradores o dever de zelar para que a operação seja comutativa, pois só eles conhecem a fundo os negócios da companhia.

7. E a assimetria de informação não é o único problema. Quanto mais disperso for o capital de uma companhia, maiores serão as dificuldades e menores serão os incentivos econômicos para que os acionistas travem uma negociação efetiva com o acionista controlador. Portanto, a lei foi sábia ao impor aos administradores, e não aos acionistas, o dever de realizar essa negociação. Sem negociação, são grandes as chances de que a companhia deixe dinheiro na mesa, contentando-se com uma oferta que não corresponde ao resultado que seria obtido numa operação entre partes independentes.

8. Por essas razões, a lei criou um regime duplo para os contratos celebrados com o controlador. Nas operações cotidianas, que não precisam ser submetidas à assembléia geral, é dever exclusivo dos administradores zelar pela comutatividade do negócio. Mas certas operações extraordinárias, previstas no estatuto ou na lei, como é o caso das aquisições de controle sujeitas ao art. 256, devem passar também pelo crivo da assembléia, na qual o controlador não pode votar, por força do art. 115, §1º.

9. Mas será que essa dupla proteção é realmente necessária quando os administradores da companhia seguirem o procedimento de legitimação previsto no Parecer 35? Acredito que sim, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista prático. Sob o ponto de vista jurídico, o fato é que o comitê especial recomendado pelo Parecer 35 não está previsto na lei e, portanto, não tem força normativa para afastar a aplicação do art. 115, §1º.

34 Como se sabe, os acionistas das companhias abertas são vítimas do célebre problema da ação coletiva. M. Olson. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: 1971.

10. Do ponto de vista prático, parece-me que seria um tanto precipitado apostar todas as fichas no Parecer 35. Por mais que eu tenha apreço pelo procedimento recomendado pelo parecer, por mais que eu acredite que ele pode gerar resultados até melhores para as companhias do que o simples impedimento de voto, é preciso reconhecer que se trata de uma experiência recente, cujos resultados ainda não foram totalmente comprovados.

11. Como disse acima, a eficácia do procedimento recomendado pelo Parecer 35 depende muito dos poderes conferidos ao comitê especial e da disposição de seus membros para efetivamente negociar a operação com o controlador como se estivessem realizando um negócio entre partes independentes. Sem essa negociação, os membros do comitê se tornam meros avaliadores ou, o que é ainda pior, meros revisores do trabalho feito pelos avaliadores contratados pela companhia. Como a avaliação de empresas é uma tarefa bastante subjetiva, o risco de lesão aos minoritários permanece.

12. É claro que a CVM pode e deve tomar medidas para que isso não ocorra. Este colegiado já manifestou publicamente o entendimento de que, sem negociação, a constituição do comitê especial é inócua, sujeitando a operação a um escrutínio rigoroso por parte desta autarquia. Mas não se pode jamais esperar que esse escrutínio rigoroso seja melhor do que o escrutínio que pode ser feito pelos próprios acionistas, caso tenham a oportunidade de aprovar ou rejeitar a operação.

13. A propósito, vale lembrar o caso dos Estados Unidos, país que já tem muito mais experiência com os comitês especiais e que conta com um procedimento de produção de provas bem mais eficaz para detectar condutas irregulares e apurar prejuízos. Mesmo lá, as incorporações de controladas são normalmente submetidas a duplo controle: ainda que a operação seja negociada por um comitê independente, ela é normalmente condicionada à aprovação da maioria da minoria³⁵.

35 A abstenção de voto dos controladores deve se tornar ainda mais preponderante após de-

14. De todo modo, essa discussão de política regulatória tem hoje pouca relevância prática, pois o art. 115, §1º, não distingue entre operações que seguem as recomendações do Parecer 35 e as que não seguem. Como vimos, esse artigo impede o controlador de votar em qualquer situação em que tenha interesse conflitante com a companhia. E esse interesse conflitante não desaparece nem mesmo quando os administradores da companhia tomam todas as salvaguardas necessárias para que a operação seja comutativa.

15. Quando a companhia contrata com o controlador, persiste sempre o fato de que o controlador ganha mesmo quando a companhia perde. Para cada real que a companhia perde na negociação, um controlador que detenha 51% do capital perde 51 centavos enquanto sócio, mas ganha um real enquanto contraparte no contrato. Esse é, obviamente, um interesse conflitante. E o art. 115, §1º, proíbe o acionista de votar em qualquer operação em que tenha interesse conflitante com o da companhia, sem exceção.

8. Conclusão

1. Por todo o exposto, concluo que a GDF Suez está impedida de votar nas assembleias que deliberarem sobre contratos celebrados entre ela e a Tractebel. Concluo ainda que o impedimento de voto não é afastado pela adoção do procedimento de legitimação previsto no Parecer 35. A despeito dos esforços feitos pela companhia para criar uma política para operações com partes relacionadas, a decisão da SEP deve ser mantida.

2. Para que não haja nenhuma dúvida, contudo, gostaria de deixar claro que não vejo nenhum problema, e até entendo ser posi-

cisões recentes da Corte de Chancelaria de Delaware, que praticamente isolam de revisão judicial as freeze out transactions que sejam aprovadas tanto por um comitê independente quanto pela maioria da minoria dos acionistas, aplicando a elas a business judgement rule. In re Cox Communications Inc., 879 A.2d 604 (Del. Ch. 2005); In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation, C.A. No. 5733-VCL (Del. Ch., 2010).

tivo, que o Parecer 35 seja seguido pela Tractebel em seus negócios com a GDF Suez, o que possivelmente beneficiará a companhia e facilitará a aprovação das operações pelos acionistas minoritários. Entretanto, apesar de suas virtudes, o uso do procedimento previsto no Parecer 35 não exclui o impedimento de voto que recai sobre a GDF Suez, pois esse impedimento decorre diretamente da lei.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2010.

Marcos Barbosa Pinto

Processo Administrativo CVM nº RJ2009/13179

(Reg. Col. nº 7190/2010)

Interessado: Tractebel Energia S.A.

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP, a respeito da possibilidade do acionista controlador, GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda., votar na assembléia sobre a aquisição de ações da Suez Energia Renovável S.A.

Diretor: Otavio Yazbek

1. Declaração de Voto

Considerações preliminares

1. O presente caso envolve, ante a natureza do assunto, uma tomada de posição preliminar quanto à sempre polêmica questão dos efeitos do conflito de interesses sobre o direito de voto. Tal questão, decorrente das leituras que se podem fazer, em especial, do *caput* e do § 1º do art. 115 da Lei nº 6.404/76, já foi mais de uma vez trazida à baila perante o Colegiado da CVM, inclusive com mudanças de orientação da autarquia.

2. Da mesma maneira, diversos autores vêm se debruçando sobre o tema, tanto no campo acadêmico quanto no exercício de atividade advocatícia. Ante a relevância dos argumentos sustentados pelas várias partes, entendo necessário, ainda antes da análise do caso

que ora se apresenta, assumir uma posição em relação àquele debate. Tal posição, é importante ressaltar, não representa uma negação pura e simples das dificuldades com as quais se deve lidar no trato com os dispositivos legais ora discutidos — que por sua natureza são sempre de problemática aplicação —, mas muito mais um esforço de interpretação.

3. Naturalmente, a interpretação de textos normativos é, também, exercício de aplicação do direito. Daí porque se pode afirmar que a interpretação, em certo sentido, produz a norma que será aplicável ao caso, em um movimento que vai, como descreve Eros Roberto Grau, “*do texto da norma para a norma concreta*”¹. O reconhecimento dessa natureza do esforço interpretativo pretende, aqui, não apenas albergar a interpretação que se adotará, mas também reconhecer que, ante a complexidade das situações realmente existentes, talvez não haja como tratar as divergências de interpretações como embates entre forças absolutamente opostas.

4. Isso porque, no tema sob análise, não há como negar razoabilidade a qualquer das duas correntes existentes. E ambas apresentam também suas falhas. Em linhas muito gerais, aqueles que defendem o chamado “conflito formal”, em que há vedação pura e simples, apriorística, do voto em caso de conflito de interesses, por um lado se apóiam no texto legal e sustentam uma determinada política, de cunho profilático, mas por outro assumem determinados riscos decorrentes de sua interpretação. Já aqueles que defendem o “conflito material”, sustentando que não se pode, *ex ante*, identificar o conflito e impedir o voto do acionista, apóiam-se no pragmatismo de sua posição, mas acabam por deixar de lado outras questões de relevo, inclusive no que tange à sua forma de aproximação do texto legal.

1 *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª edição, Malheiros, 2005, p. 25.

5. Assim, o que sustento é que a distinção entre aquelas duas soluções possíveis, quando tornada um embate puro e simples, não apenas deixa de resolver os dilemas sobre a matéria, como também acaba por tornar mais evidentes alguns problemas práticos, não apenas não de todo resolvidos, mas muitas vezes deliberadamente deixados de lado pelas partes. E em razão desse conjunto de dificuldades entendo também que não há como, de uma penada, afastar todos os problemas que potencialmente adviriam de qualquer solução que se vier a adotar.

6. Ainda neste diapasão, gostaria de esclarecer que, no presente voto, se procurará diferenciar aquilo que é interpretação propriamente dita daquilo que se pode caracterizar como “política do direito”. Em suma, pretendo fugir a considerações valorativas sobre aquilo que seria o ideal para o desenvolvimento do mercado, qual a melhor solução em termos de governança corporativa, ou, ainda, sobre a eficiência decisória pura e simples e as suas vicissitudes em cada uma das posições doutrinárias acima referidas. Não que estas sejam questões espúrias. Acho, porém, que a adoção de uma perspectiva exclusivamente teleológica pode, muitas vezes, subordinar o processo de interpretação do texto normativo a uma dimensão ainda mais subjetiva do que seria razoável.

Necessário pressuposto — considerações sobre o debate brasileiro

7. Como acima esclarecido, existe, no Brasil, amplo debate, corporificado em decisões da CVM, posições advocatícias e análises doutrinárias. As principais posições, assim como os autores a cada uma delas afiliado, foram bem descritas pelo Diretor Alexandro Broedel Lopes em seu voto. Da mesma maneira, parece-me que as linhas de evolução do debate, na CVM, foram suficientemente analisadas no voto do Diretor Marcos Barbosa Pinto. Por este motivo, deixo de lado aquelas descrições.

8. Em larga medida, o que se vê é que o debate brasileiro, suscitado pela redação não apenas do referido § 1º do art. 115 da Lei Acionária, mas pela própria estrutura do artigo, beneficiou-se muito da discussão ocorrida na Itália, especialmente em razão do art. 2.373 do Código Civil de 1942. Aquela discussão é, vale lembrar, um dos principais pontos de apoio para as posições sustentadas pelo então Diretor Luis Antonio de Sampaio Campos, nos bem fundados votos em que lidou com a matéria, assim como uma das bases da aprofundada análise do Professor Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França, não apenas em sua clássica monografia sobre o assunto, mas também em estudos posteriores².

9. Asseverava o art. 2.373, em sua primeira parte, que “*Il diritto di voto non può essere esercitato dal socio nelle deliberazioni in cui egli ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società*”. A segunda parte do dispositivo, que foi utilizada, na prática, para a qualificação da primeira, determinava que “*In caso d’inosservanza della disposizione del comma precedente, la deliberazione, qualora possa recare danno alla società, è impugnabile a norma dell’articolo 2377 se, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza.*”

10. Muito cedo se verificaram dificuldades na interpretação e na aplicação da regra. Isso, sobretudo, porque a identificação do conflito de interesses não se mostrava, em alguns casos, tão simples como em outros. Por outro lado, em caso de identificação de conflito, quem estaria encarregado de impedir o voto do acionista que tem interesse no voto? Ora, se a segunda parte do artigo já previa a mera impugnabilidade da decisão tomada com base no descumprimento do que dispunha a primeira parte, talvez não houvesse propriamente

2 Cf., em especial, o seu *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, Malheiros Editores, 1993.

vedação a voto naquela primeira, mas sim, muito mais, a corporificação de um “princípio geral”³.

11. E foi essa a linha seguida pela maior parte da doutrina. Assim, por exemplo, Pier Giusto Jaeger, em seu sempre referido *L'Interesse Sociale*, declara expressamente que “... a nostro avviso, questa norma non crea, a carico degli azionisti, i quali si trovino nella situazione in essa prevista, nessun particolare obbligo di comportamento”, sustentando que “tale norma comporta invece un'eccezione al principio secondo il cui il giudice non ha il potere di esaminare il merito delle deliberazioni per accertare l'esistenza di un motivo illecito nell'espressione del voto del socio”⁴.

12. Mas nem sempre tais posições geravam soluções extremadas. Assim, Giuseppe Ferri, ainda que reconhecendo a vedação, “in linea di principio”, e até mesmo asseverando que em alguns casos mais óbvios (quando o acionista pretende figurar como contraparte da sociedade, por exemplo) a mesa pode reconhecer tal situação, destaca que há um “dever de abstenção” do sócio (não falando em falta de legitimação propriamente dita) e que, dado o regime criado, apenas a este incumbiria, no mais das vezes, avaliar se deve ou não votar⁵.

13. Naturalmente, havia posições distintas e igualmente relevantes, como a de Berardino Libonati, que, mesmo reconhecendo as dificuldades que o regime de vedação ao voto traria para os grupos societários, tema de sua análise, asseverava ser esta a melhor solução, destacando, ademais, que a possibilidade de impugnação posterior das decisões, reconhecida na segunda parte do artigo transcrito, de-

3 A consolidação de tal posição é bem descrita por Agostino Gambino em seu *Il Principio di Correttezza nell'Ordinamento delle Società per Azioni (Abuso di Potere nel Procedimento Assembleare)*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, pp. 93 e ss.

4 *L'Interesse Sociale*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, pp. 213 e ss.

5 *Le Società*, Unione Tipografico Editrice Torinese — UTET, 1971, p. 453.

corria da dificuldade de, em todos os casos, identificar-se o interesse da sociedade e o próprio conflito de interesses⁶.

14. O fato é que, com o tempo, consolidou-se naquele país — inclusive em uma ampla jurisprudência — a interpretação de que, de um modo geral, não era razoável ou mesmo viável impedir o voto do acionista em todos os casos, dada a dificuldade de identificação dos conflitos existentes. Daí porque, no começo desta década, o artigo 2.373 do Código Civil foi alterado, passando a trazer, sobre o tema, apenas a seguinte redação: “*La deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell’articolo 2377 qualora possa recarle danno*”. Migrou-se, assim, de um sistema para outro, optando-se expressamente pela possibilidade de impugnação das decisões tomadas. No que tange a tal mudança, aliás, aponto apenas que, menos do que representativa de uma tendência global, ela foi uma forma de lidar com as dificuldades trazidas pela redação anteriormente vigente — os regimes sobre o tema, ao redor do mundo, são bastante diversificados⁷.

15. Creio que cabe, aqui, apontar algumas diferenças entre o caso brasileiro e o caso italiano. Se, como bem aponta Luis Antonio de Sampaio Campos em seu voto no IA CVM nº TA RJ 2002/1153, foi nas fontes italianas que se inspirou o legislador de 1976, não há, também, como negar que o debate peninsular já estava, àquela época, há muito consolidado — as falhas de redação do dispositivo acima transcrito eram já claras para todos e a maior parte dos autores já se posicionara quanto ao caráter formal ou material dos conflitos.

6 *Holding e Investment Trust*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 343.

7 O que se pode ver na discussão levada a efeito por Pierre-Henri Conac, Luca Enriques e Martin Gelter em seu *Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy*, *European Corporate Governance Institute, Law Working Paper N. 88/2007*, outubro de 2007.

16. Não obstante, o art. 115 da Lei Acionária, que, em razão das referências que virão na sequência, transcrevo na íntegra, traz a seguinte redação:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

17. Ante tal redação, parece-me necessário chamar a atenção para dois pontos. O primeiro é que aquela declaração de princípio, de que o voto deve ser exercido no interesse da sociedade já consta do início do *caput* do artigo (e, vale lembrar, que a primeira parte do artigo 2.373 do Código italiano foi, com o tempo, justamente reconhecida como tendo tal conteúdo) — este é o norte para o voto dos acionistas. O segundo é que o § 1º, longe de trazer uma declaração isolada quanto ao conflito de interesses ou de meramente reforçar aquele princípio geral, traz uma relação de hipóteses, distintas entre si, sujeitas ao comando dele constante.

18. Creio que a estrutura do referido parágrafo é, por si, bastante eloqüente. Ele começa por relacionar duas hipóteses de “*presunção legal de conflito de interesses*”⁸, a saber, as deliberações em que se deva aprovar laudo de avaliação de bens com que o próprio acionista tenha concorrido para a formação do capital social e a aprovação de suas contas como administrador. Nesses casos não há, evidentemente, que se falar em exercício de direito de voto.

19. Na sequência, porém, o mesmo dispositivo trata de duas outras hipóteses, o chamado “benefício particular” e o conflito de interesses, agora diretamente referido. Dependendo da aceção que se dá à expressão “benefício particular”, os intérpretes tendem a interpretar a aplicabilidade de vedação de forma distinta. Em seu estudo sobre o tema, após analisar as origens de tal expressão na legislação brasileira, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, destaca que, dada a possibilidade de identificação das relações que seriam caracterizadas como benefícios daquela ordem, também nesses casos vigoraria vedação do voto⁹ — a mesma posição, aliás, é partilhada por Luís Antonio de Sampaio Campos, em seu voto no IA CVM nº TA RJ 2001/4977.

20. Vale aqui lembrar, ainda que apenas incidentalmente, que o Parecer de Orientação CVM nº 34/06 traz diversos exemplos do que a autarquia considera “benefício particular”, arrolando casos em que, por tal motivo, não se pode votar. Para autores como Erasmo Valladão, tal opção teria promovido um alargamento descabido das hipó-

8 Para usar a expressão adotada por Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro em seu *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, Vol. 1, José Bushatsky Editor, 1979, p. 277.

9 *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, op. cit., pp. 88 e ss. Vale ainda remeter à discussão de Dominique Schmidt, em seu *Les Conflits d'Intérêts dans la Société Anonyme*, Joly Editions, 2004, pp. 95 e ss. e àquelas, mais recentes, suscitadas pelo próprio Erasmo Valladão em seus O Conceito de Benefício Particular e o Parecer de Orientação 34 da CVM. In: *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros Editores, 2009, e Ainda o conceito de benefício particular: anotações ao julgamento do processo CVM n.RJ —2009/5.811, publicado in *Revista de Direito Mercantil (RDM)*, 149/293-322.

teses de impedimento de voto. Fica clara daquela opção regulatória, porém, a amplitude que o conceito de “benefício particular” pode assumir¹⁰. Retomarei a questão adiante, quando da discussão da solução do caso concreto.

21. Já no caso do conflito de interesses, última das hipóteses referidas no dispositivo em discussão, a postura da maior parte dos autores muda. Se antes, dada a possibilidade de identificar hipóteses concretas, naquelas primeiras duas presunções legais de conflito e no caso do benefício particular, se falava em vedação do exercício do direito de voto, agora se passa a falar em um “conflito substancial” ou “material”, apurável quando da produção de certos efeitos. Mais do que isso, para tais autores, ante a impossibilidade de identificação *ab initio* de todas as hipóteses em que há conflito entre o interesse do acionista e o da sociedade, a vedação pura e simples produziria verdadeiras distorções.

22. O efeito dessa situação é bem descrito, novamente, pelo Professor Erasmo Valladão, para quem:

(...) ao fazer referência a ‘interesse conflitante com o da companhia’, no § 1º, do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito substancial, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese, proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria.

10 O contexto de tal opção, aliás, é bem descrito no voto apresentado, no presente caso, pelo Diretor Marcos Barbosa Pinto. Parece-me claro, de qualquer maneira, que o Parecer 34 ganhava ainda mais importância ante a prevalência, à época, de uma concepção eminentemente substancial de conflito de interesses. Da mesma maneira, algumas das opções de interpretação que nele se adotaram, acerca da definição de benefício particular, parecem-me relacionadas a este contexto. Retomarei o tema adiante.

Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação, um *divieto di voto*, como o fez para as demais hipóteses do § 1º do art. 115.¹¹

23. O ex-Diretor Luis Antonio de Sampaio Campos, em seu já referido voto no IA CVM nº TA RJ 2001/4977 segue uma linha bastante próxima:

15. Há, portanto, uma espécie de recomendação expressa ao acionista que se atenha ao interesse social. Tal é, em minha opinião, a hipótese do voto por acionista interessado, em aparente conflito de interesse.

16. E isso porque não é certo, nem muito menos garantido, que o acionista faltará com o seu dever perante os demais acionistas e a própria companhia para, com o voto, tirar proveito próprio e indevido.

17. Nesse sentido, permite-se ao acionista votar, na suposição de que ele não faltará com os deveres que lhe são impostos no artigo 115, *caput*, e no artigo 116, parágrafo único, na hipótese de ser acionista controlador; mas comprovado, por ligeiramente que seja, que este faltou com o seu dever, seu voto será tido como ilegal e a deliberação poderá ser anulada, se este voto tiver sido determinante para a formação da maioria necessária à validade da deliberação.

24. Observa-se, de tais trechos, que o conflito de interesses é, na prática, equiparado ao voto abusivo, referido no *caput*. Assim, apenas posteriormente se deverá, para esta corrente, verificar se houve dano à companhia ou a outros acionistas (para os autores que reconhecem alguma proteção aos outros acionistas) ou se o acionista que votou obteve benefício em detrimento daqueles. O voto teria sido proferido sob conflito, assim, quando, na dicção legal, ele o tenha sido "... com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas".

11 *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A., op. cit.*, p. 97.

25. Creio, porém, que as duas instâncias não se misturam desta maneira. É bem verdade que o voto dado em situação de conflito pode tender à abusividade, com o acionista colocando na balança os interesses que pode vir a privilegiar. Como também é possível que isso não ocorra. O § 1º do art. 115 destina-se, a meu ver, a criar mecanismo de proteção à sociedade contra o risco daquele abuso, que de outra maneira seria dificilmente identificável. Trata-se, assim, de regra de natureza precaucionária.

26. Se, no Código Civil italiano, havia aquela vedação geral, acompanhada de um segundo período que relativizava os seus efeitos, a solução da lei brasileira me parece mais complexa. A regra geral quanto ao conteúdo do voto (“...*exercer o direito de voto no interesse da companhia*”), assim como a caracterização de sua abusividade, encontram-se no *caput* do art. 115. O § 1º, por sua vez, tem objeto próprio, destinando-se a trazer vedações às vezes mais e às vezes menos específicas ao exercício do poder de voto.

27. Por mais que se possa criticar a técnica legislativa adotada nos dispositivos em comento, não me parece possível considerar que, dentro de um mesmo dispositivo legal, iniciado com uma vedação (“*O acionista não poderá votar...*”), se encontram situações tão diversas, a saber: três hipóteses de proibição de voto (duas delas de cunho mais objetivo) e uma de mero princípio (que seria redundante em relação ao *caput* do artigo, aliás) ou de controle posterior, isso sem nenhuma qualificação ou diferenciação. Creio, assim, que a única solução logicamente possível é o reconhecimento de que existe efetiva vedação ao voto também no caso dos conflitos de interesses referidos na parte final do § 1º do art. 115.

28. Pode-se asseverar que essa interpretação talvez seja por demais simplória, procurando ater-se à letra fria da lei e ignorando, ao mesmo tempo, tanto o caráter sistemático desta quanto a complexidade dos casos concretos. Ela poderia mesmo, nesse sentido, ser equiparada a uma afiliação direta à teoria do conflito formal em sua forma mais seca e rigorosa, sem maiores cuidados. Como se verá, não me parece que esta crítica seja possível.

29. Com efeito, acompanho, aqui, a posição de Fábio Konder Comparato, também transcrita no voto do Diretor Relator, de acordo com a qual:

A lei brasileira, como a italiana, proíbe seja dado em assembléia geral um voto conflitante com o interesse da companhia. Indaga-se, portanto, se a mesa diretora dos trabalhos da assembléia estaria autorizada a não computar esse voto na deliberação. Parece evidente que sim, quando se trata de uma das situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no § 1º do art. 115: deliberações relativas ao laudo de avaliação dos bens com que o votante concorrer para a formação do capital, aprovação de contas do votante como administrador ou concessão de vantagens pessoais. Trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*.

Tirante esses casos expressamente indicados na norma, para que haja impedimento do voto é mister que o conflito de interesses transpareça a priori da própria relação ou negócio sobre que se vai deliberar, por exemplo, um contrato bilateral entre a companhia e o acionista. Não transparecendo preliminarmente o conflito de interesses, nem por isso deixa de valer a proibição do voto, a qual continua a se dirigir ao votante e que pode, em qualquer hipótese, ser invocada por outros acionistas presentes na assembléia.¹²

30. Não acredito, assim, que apenas haja conflitos *in abstracto*, isolados das condições concretas das relações que se está constituindo. Pelo mesmo motivo, também não me parece que seja sempre possível identificar *ex ante* a existência de conflito ou que todas as matérias que envolvam controlador e controlada sejam, desde sempre eivadas daquela conflituosidade. Reconheço mesmo que há casos em que este não seja passível de identificação, pelos potenciais prejudicados, quando da votação da matéria.

31. Mas mesmo com essas ressalvas não me parece possível tomar o comando do § 1º do art. 115, no que tange aos conflitos de

12 Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, Saraiva, 1995, p. 91.

interesses, como uma mera recomendação ao acionista ou, ainda, como uma “vedação cautelar”, de alguma maneira distinta de uma efetiva proibição — é questão gramatical, em parte, mas também de ordem lógica. Mesmo deixando-se de lado uma postura mais valorativa, não me parece haver como sustentar aquilo que o Professor Calixto Salomão Filho caracteriza como uma verdadeira *capitis diminutio* da regra de conflito.¹³

32. E nesse mesmo sentido lembro que, ainda que muitos dos defensores do conflito material aleguem que a sua posição também é a única que se coaduna com uma interpretação sistemática da Lei, não há, no texto legal, elementos que dêem suporte a tal assertiva. A Lei permite a contratação entre acionista e companhia, por exemplo, mas esse regime, como adiante se verá, se coaduna perfeitamente com a vedação ao voto de que ora se está tratando — tratam-se de mecanismos distintos, aplicáveis a atos que, ainda que correlacionados, são também distintos. O esforço por criar uma conexão lógica entre os dois regimes ignora essas diferenças.

33. É, porém, justamente quando se fala dos efeitos do disposto no art. 115 que os intérpretes — vinculados a qualquer das linhas — se deparam com os maiores problemas. Gostaria de explorar alguns deles, assim como algumas outras questões, de caráter incidental, na sequência.

Os efeitos da interpretação do art. 115 e algumas questões incidentais

34. Iniciarei, assim, pela análise de algumas questões práticas trazidas pelas duas correntes em confronto. A primeira questão que vem à baila, aqui, diz respeito aos remédios cabíveis.

35. Primeiro, no que tange aos problemas mais imediatos, que dizem respeito ao de reconhecimento da vedação. Parece-me, aqui,

13 Conflito de interesses: a oportunidade perdida. In: Jorge Lobo, *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, Editora Forense, 2ª edição, 2002, p. 352.

que excepcionados os casos em que a própria mesa poderia, sem excessivas análises, identificar claramente o conflito (e tanto Ferri como Comparato remetem, nos trechos acima referidos, aos contratos bilaterais), não há outra solução senão remeter, no primeiro momento, ao juízo do próprio acionista que se encontra sob tal situação — o que não quer dizer que este esteja livre para decidir se vota, porém. Os acionistas minoritários podem, também, suscitar a questão, ainda que, na própria assembleia, talvez não lhes haja alternativas imediatas para a tutela de seus próprios interesses. Daí, aliás, porque são tão importantes, nesses casos, as regras sobre anulabilidade das deliberações e responsabilidade dos votantes.

36. Aqui, em caso de voto abusivo, a Lei acionária fala, no § 3º do art. 115, já transcrito, em responsabilidade do acionista pelos danos causados. Já o § 4º do mesmo dispositivo trata da anulabilidade da decisão baseada em voto dado sob conflito de interesses e, também, na responsabilidade do acionista pelos danos e na obrigatoriedade de transferência das vantagens obtidas para a companhia. Para Erasmo Valladão Azevedo e Moraes França, em razão da posição acima descrita, de verdadeira confluência entre os dois casos, para ambos vigora o disposto no § 4º, ou seja, nas duas situações pode-se obter tanto a anulação da decisão quanto a correspondente recomposição de danos.¹⁴

37. Como já se viu, porém, isso valeria apenas para os casos em que se tenha reconhecido a abusividade propriamente dita do voto — sem ela, ele não seria caracterizado como sujeito a conflito de interesses. É bem verdade que, quando se chega ao ponto de postular a anulação de uma deliberação societária em razão de conflito de interesses, muito provavelmente terá havido algum dano ou terá surgido a ameaça de algum dano à sociedade, o que até aproxima as duas hipóteses.

38. Não obstante, dada a perspectiva que se adota no presente voto, é importante reconhecer que se pode pretender também a anu-

14 *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.*, *op. cit.*, p. 99.

lação de uma deliberação sem que haja a caracterização de abusividade, ou seja, baseada na falha constitutiva na formação da vontade social. É por este motivo que José Alexandre Tavares Guerreiro refere os conflitos de interesses, em si, como “*vícios das resoluções de assembléia geral em que intervêm acionistas por ele envolvidos*”, destacando, na sequência, que “*não é preciso prova do dano para anular a deliberação viciada*”¹⁵.

39. Deixo registrada, além disso, uma discordância em relação ao asseverado pelo Diretor Eli Loria em seu voto. Lá ele afirma que, se houvesse controle *a priori* de conflito de interesses, a decisão deveria ser nula. Há que se diferenciar, porém, a nulidade do voto da nulidade da deliberação propriamente dita, como, aliás, faz o ex-Diretor Luis Antonio de Sampaio Campos no IA CVM nº TA RJ 2001/4977, em que se faz referência a ampla doutrina. Creio que o voto do Diretor Marcos Pinto explora, de maneira adequada, a relação entre nulidade e anulabilidade de decisões societárias, motivo pelo qual deixo de explorar o tema aqui.

40. Há, outrossim, um outro subproduto, de maior gravidade, decorrente do entendimento aqui esposado: o acionista que votar quando estiver impedido de fazê-lo pode, a rigor, vir a ser responsabilizado por ato *contra legem*. Ainda que haja formas diversas de se proteger de tal imputação ou de seus efeitos — e remeto aqui, por exemplo, à criação de mecanismos assecuratórios da legitimidade do conteúdo da deliberação (como a criação de comitês e a existência de políticas próprias para determinados atos), à produção de prova de que o conflito inexistia, não era conhecido ou não era material e relevante e de que a contratação teria se dado em bases equitativas —, não há como negar que tal possibilidade decorre diretamente do reconhecimento da existência de impedimento de voto.

15 Conflitos de Interesses entre Sociedade Controladora e Controlada e entre Coligadas, no Exercício do Voto em Assembléias Gerais e Reuniões Sociais. In: *Revista de Direito Mercantil (RDM)*, 51/29-32.

41. Tais questões acabam levando a um novo ponto, que sempre vem à baila em tais discussões, que é o da expropriação que, seguindo-se uma linha como aquela que ora se vem seguindo, se estaria fazendo dos legítimos direitos de voto do acionista controlador. Esse outro ponto, na verdade, apresenta várias possibilidades de formulação, passando (i) pelo caráter essencial do direito de voto, que se estaria restringindo; (ii) pela sustentação de que, a julgar de outra maneira, se estaria deixando de privilegiar a possibilidade de atuação de boa-fé do controlador, criando-se uma desconfiança incoerente com o convívio em sociedade; (iii) pela questão da maior exposição que o controlador tem aos resultados desastrosos da decisão (motivo pelo qual ele seria o maior interessado e o mais bem informado para votar); e (iv) pelo excessivo poder que se daria aos minoritários, não havendo, porém, como controlar a legitimidade do exercício do voto por estes (ou mesmo como controlar a ausência destes na deliberação, capaz de imobilizar a sociedade).

42. A própria Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76, trazida à colação pelo Diretor Eli Loria, demonstraria, neste sentido, que não se pretendeu eliminar o direito de voto do controlador. Assim, ela destaca que:

O art. 115 cuida dos problemas do abuso do direito de voto e do conflito de interesses entre o acionista e a companhia. Trata-se de matéria delicada em que a lei deverá deter-se em alguns padrões necessariamente genéricos, deixando à prática e à jurisprudência margem para a defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder da maioria, no interesse da companhia e da empresa.

43. Embora muitos desses argumentos sejam bastante razoáveis, sobretudo quando se analisam alguns casos concretos, eles encontram, também, alguns importantes contrapontos, que, a meu ver, justificam a presente opção.

44. Começo afastando a interpretação do trecho acima transcrito, da Exposição de Motivos da Lei Acionária, como sustentação

para a liberdade de voto em tais casos. E o faço, primeiramente, em razão do próprio texto da LSA, que efetivamente parece proibir o voto em certos casos. Além disso, como já disse acima, entendo que a interpretação mais correta da Lei seja a de que há vedação, mas que, dadas as dificuldades para a identificação da sua possibilidade de incidência *a priori* e o risco de imobilismo para a sociedade, criaram-se mecanismos outros de controle, já descritos. Observe-se que, nesses casos, há margem de sobra para o exercício daquele legítimo poder de voto dos acionistas controladores. Este exercício, porém, não pode ser irresponsável — ele é feito dentro dos lindes legais (a proibição que consta do § 1º do art. 115) e sob determinados controles e responsabilidades.

45. Essa questão leva, aliás, à do caráter fundamental do direito de voto do acionista. Aqui, apóio meus argumentos em duas ordens de considerações. A primeira delas está relacionada ao fato de que, ainda que se possa falar em direitos subjetivos, estes não existem de maneira absoluta, mas dentro do ordenamento jurídico que não apenas assegura a sua efetividade, como também estabelece seus contornos. O direito de voto é, assim, delimitado pela Lei das S.A., que pode estabelecer, inclusive, limites a ele ou ao seu exercício. De outra maneira, estaríamos no campo, tão comum, do que alguns autores criticamente chamaram de “*concezioni giusnaturalistiche de diritti degli azionisti*”¹⁶.

46. A segunda ordem de considerações parte da constatação, por Fábio Konder Comparato, no trabalho supracitado, de que:

a melhor doutrina enxerga no direito de voto não um direito subjetivo stricto sensu, isto é direito a uma prestação de outrem, mas um poder jurídico (Kannrecht, dos alemães), vale dizer, a prerrogativa de influir na esfera jurídica alheia. Nessa concepção, o acionista tem di-

16 A expressão é de Per Giusto Jaeger, Francesco Denozza e Alberto Toffoletto, *Appunti di Diritto Commerciale — Impresa e Società*, Dott. A Giuffrè Editore, 2006, p. 322.

reito ao dividendo, mas exerce um poder de voto ou um poder de recesso (...).¹⁷

47. Não há, assim, que se tratar o direito ao voto como direito essencial ou fundamental, coisa que, aliás, a própria lei não faz.

48. Os argumentos que remetem aos maiores riscos a que está sujeito o controlador (que tem mais a perder e, por isso, teria também mais motivos para intervir no processo decisório), à sua maior capacidade de decisão e aos riscos de uma excessiva outorga de poder aos minoritários são mais ou menos próximos um do outro. Parece-me, porém, que eles decorrem de uma opção legal — o controlador, pela sua natureza e posição e pela natureza do sistema criado para as companhias, acaba por ter um *status* distinto daquele dos não-controladores, cumprindo também o que se pode caracterizar como uma verdadeira função¹⁸.

49. É por este motivo que a ele se podem e devem aplicar determinadas restrições de atuação, assim como regras especiais. Essas regras especiais, não raro, criam legitimidade para os acionistas minoritários, criando também o risco de abuso de poder por estes.

50. Neste último ponto, em especial, que é explorado pelo ex-Diretor Luis Antonio de Sampaio Campos em seu voto no IA CVM nº TA RJ 2002/1153 (itens 81 e 82), não me parece que o reconhecimento dos riscos decorrentes de uma opção legal seja suficiente para desconsiderar aquela opção. Pode ser que, ao ter criado tal mecanismo, a lei tenha favorecido outro grupo de acionistas, mas o seqüestro da sociedade por este grupo também não deixa, em princípio, de ser uma hipótese.

51. Isso me leva ao último dos pontos que gostaria de, nesta instância, analisar que é o do caráter profilático ou precaucionário, já

17 Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial, *op. e loc. cit.*, p. 85.

18 E a principal referência, neste ponto, talvez também seja Fábio Konder Comparato, sobretudo em seu *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Editora Forense, 1983, p. 294.

referido, de uma opção legal dessa natureza. Com efeito, ainda que se deva, usualmente, presumir a boa-fé das partes, nada impede que a lei estipule regimes de prevenção, em especial quando há uma posição privilegiada para um determinado agente econômico ou marcas das assimetrias informacionais em favor deste.

52. Como aponta Dominique Schmidt, a presunção de boa-fé é o que sustenta as soluções mais tradicionais, baseadas na aplicação de sanções, em reação a comportamentos desviantes — a restrição ao exercício do voto é técnica diversa, que opera com outros fins e produz outros efeitos¹⁹. Outros exemplos de soluções possíveis, de estratégias destinadas a limitar direitos ou a criar mecanismos de controle, são trazidos pelo Diretor Eli Loria em seu voto neste mesmo processo.

53. O último tema de que gostaria de tratar, aqui, é o da equiparação, para mim também equivocada, da vedação ao voto com as diversas hipóteses em que é permitido, aos acionistas, contratar com a companhia. Tais argumentos comumente suscitados quando da presente discussão e aqui incorporados no voto do Diretor Eli Loria, partem do pressuposto de que, se há possibilidade de contratar com a companhia, não haveria motivo para impedir o voto aprovando tal contratação.

54. Fico, neste ponto, sem mais delongas, com a argumentação do então diretor Marcelo Fernandes Trindade, em seu voto no IA CVM nº TA RJ 2001/4977, de acordo com a qual:

O argumento de que o art. 117, § 1º, f, da Lei admite a contratação entre o acionista controlador e a companhia, em condições equitativas, parece-me, data venia, pouco expressivo. Ao discutir-se o impedimento do voto não se está discutindo a proibição de contratar, mas apenas a legitimidade do voto do controlador quanto à matéria. O contrato pode ser celebrado, desde que o beneficiário não vote. Além

19 *Les Conflits d'Intérêts dans la Société Anonyme*, *op. cit.*, p. 140.

disto, é preciso lembrar que o contrato pode ser celebrado sem manifestação assemblear — o que, aliás, ocorre em grande parte dos casos —, ou sem a manifestação do voto do controlador, e ainda assim ele continuará respondendo, na forma do art. 117, se retirar benefício indevido como contraparte do negócio”.

55. O trecho final da transcrição acima, aliás, traz uma outra questão de destaque, que ajuda a diluir os pretensos efeitos negativos de uma opção como a que ora se faz — a imensa maioria das transações com partes relacionadas, que muitas vezes decorrem mesmo de relações de agrupamento empresarial e que se justificam a partir de modelos de negócio os mais diversos, é contratada diretamente, sem a necessidade de aprovação por assembléia, estando sujeita a outros filtros e mecanismos de controle. A aprovação assemblear se impõe em casos específicos, geralmente por sua relevância, o que reforça a importância de alguma proteção para o procedimento.

56. Em suma, é por estes motivos que entendo que a Lei Acionária brasileira, de fato, acaba por incorporar um regime de vedação ao exercício do direito de voto em seu art. 115, § 1º, e que este regime não entra em conflito com outros dispositivos da mesma lei.

A questão do benefício particular

57. Antes de passar ao caso concreto, porém, gostaria de antecipar também uma posição em relação a uma questão diretamente relacionada às acima tratadas, que é a do benefício particular. Esse tratamento é importante não apenas porque o tema foi tratado nos votos da Presidente e do Diretor Marcos Barbosa Pinto, mas também porque, a meu ver, ela melhor delimita toda a discussão acima.

58. Começo, aqui, por registrar a minha discordância em relação aos votos da Presidente e do Diretor Marcos Barbosa Pinto no que tange à existência, no presente caso, de benefício particular (a terceira hipótese de impedimento do § 1º do art. 115 da Lei). Para mim, que neste ponto acompanho, ao menos em parte, as considerações de Erasmo Valladão e do ex-Diretor Luis Antônio de Sampaio

Campos, já anteriormente referidas²⁰, benefício particular é aquele que decorre do rompimento da relação de igualdade dos acionistas enquanto tais. É aquilo que cria diferenciações onde não há nenhum outro fundamento jurídico (que não o da condição de acionista) que as possa justificar.

59. Remeto aqui, como exemplo, ao Processo RJ 2009/5811, em que se tratou da incorporação da Duratex S.A. pela Satipel Industrial S.A. Naquela ocasião, embora eu tenha votado pela impossibilidade de realização da operação nos termos em que proposta, com a fixação de relações de troca distintas para as ações detidas pelo controlador e pelos minoritários, acabei por ressaltar que, caso a estrutura proposta fosse válida (e, em conseqüência, a operação fosse factível), se estaria diante de um caso de benefício particular. E isso justamente porque, naquele caso, os acionistas seriam diferenciados apenas em razão da sua situação de acionistas.

60. Ora, na relação que aqui se discute, o acionista controlador figura como alienante de um determinado bem, em relação contratual autônoma, motivo pelo qual ele pode ser considerado parte interessada na conclusão daquele contrato. Mas os benefícios que ele obteria daquele contrato não teriam sido propriamente subtraídos à coletividade dos demais acionistas. Compreendo que conflito de interesses e benefícios particulares sejam categorias que se misturam em alguma medida e que essa confusão, talvez também esteja relacionada ao processo pelo qual, no Brasil, progressivamente, se esvaziou a vedação do voto em caso de conflito de interesses. Mas, uma vez afastado aquele esvaziamento, não há porque manter as duas esferas indiferenciadas.

61. Neste ponto, aliás, também quero deixar registrada uma discordância em relação às posições do Professor Erasmo Valladão sobre o tema. Isso porque, em razão de sua interpretação acerca do conflito de interesses, ele acaba por diferenciar benefício privado de

20 As referências, que deixo aqui de novamente citar, estão em especial na nota 9, acima.

conflito de interesses asseverando que o primeiro consistiria em uma vantagem lícita, enquanto o segundo envolveria vantagens ilícitas. Com todo o respeito pela posição do autor, não vejo como concordar com ela.

62. Pelo que se pode depreender da análise do referido autor, conflito de interesses corresponderia a vantagens ilícitas em razão justamente da equiparação, essencial para a sua análise, entre voto dado sob conflito e voto abusivo. Se essa correlação apresenta razoabilidade ante o entendimento adotado na discussão daquele tema, porém, não me parece que o mesmo valha plenamente para a presente discussão — aquele conceito de conflito, se extrapolado, geraria aqui uma incongruência.

63. Isso porque ainda que se siga a linha de que conflitos apenas podem ser identificados ao produzirem efeitos (quando do reconhecimento da ilicitude dos seus resultados, portanto), isso não autorizaria dizer que um conflito só existe quando aquele efeito danoso tenha se produzido. O conflito já existia antes, os interesses contrapostos já existiam — difícil era a sua identificação. Indo além, dizer que conflitos de interesses correspondem a vantagens ilícitas, neste contexto que ora descrevo, equivaleria a dizer que qualquer contratação realizada quando havia aquele tipo de contraposição seria, também, ilegal.

64. Ora, tanto não há ilicitude nas contratações que, como já exposto, a Lei não proíbe relações em que interesses contrários estejam envolvidos. Em suma, nos casos de posições contratuais contrapostas entre acionista e sociedade (e uma vez afastada a hipótese do benefício particular), muitas vezes podem existir interesses contrapostos (ou seja, o conflito de interesses propriamente dito). Nem por isso há, aí, ilicitude. Entendo que equiparar o interesse existente em caso de conflito de interesses a interesse ilícito, assim, gera uma dificuldade insolúvel.

65. Tanto assim que, para mim, o que a Lei cria, ao lidar com os conflitos de interesses, é um regime protetivo da integridade da

formação de vontade da sociedade. Ilicitude, reitero, decorreria apenas da abusividade do voto propriamente dita, da obtenção daqueles efeitos vedados por lei, estes sim muito provavelmente apenas apuráveis em momento posterior.

66. Neste sentido, e apenas para fazer uma síntese, entendo que benefício particular e conflito de interesses distinguem-se porque, no primeiro caso, se está tratando de vantagens que diferenciam os acionistas exclusivamente na qualidade de acionistas. Já no segundo, os envolvidos podem figurar sob outro manto, como partes contratantes, por exemplo. A confusão entre as duas categorias talvez esteja relacionada não apenas aos debates acima referidos, mas também ao fato de que, em ambos os casos, no fundo, talvez se esteja falando em conflito de interesses em sentido amplo²¹.

67. Nas duas situações, porém, não vejo como se poderia falar, *a priori*, em ilicitude da vantagem perseguida em si — ilicitude está diretamente relacionada à abusividade do voto dado, não ao interesse que o acionista próprio do acionista, que esse gostaria de perseguir. De qualquer maneira, realço que não vejo, neste caso, benefício particular propriamente dito.

Considerações para o caso concreto

68. No presente caso, a Requerente postula, de início, a revisão do entendimento manifestado no Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº101/10, em que se reconhecia impedimento de voto em determinadas operações de alienação de ações, pelo controlador à companhia. Para tal, ela propôs, como bem descrito pelo Diretor Relator e pelo RA/CVM/SEP/GEA-3/Nº084/10, a constituição de um Comitê nos moldes daqueles constituídos para o atendimento ao disposto no Parecer de Orientação CVM nº 35/08, ao qual incumbiria negociar aquelas operações.

21 E essa interpretação é, na minha opinião, autorizada pela análise de Dominique Schmidt, quando refere como categorias de “vote interéssé”, ambas sujeitas à interdição do direito de voto, tanto os benefícios particulares quanto determinadas contratações com a sociedade (*op. cit.*, p. 95).

69. Sem prejuízo do acima esclarecido acerca do caráter do conflito de interesses e mesmo das dificuldades de sua identificação em situações diversas, parece-me que o caso que ora se analisa trata de uma das hipóteses em que, em princípio, o conflito é evidente. Ao lado de outros contratos bilaterais, a alienação de bens, do controlador para a sociedade controlada parece-me ser, com efeito, um dos casos clássicos de contraposição de interesses, capazes de gerar impedimento de exercício do poder de voto.

70. É bem verdade que naqueles casos em que, como aqui ocorre, a constituição desse tipo de relações contratuais seja inerente ao modelo de negócio da companhia, parece-me perfeitamente factível criar mecanismos que permitam melhor lidar com a situação. Não que assim se eliminem propriamente e *a priori* todos os conflitos, claro. E é nesse sentido que vai a proposta trazida pela administração.

71. Ocorre, porém, que a meu ver aquela proposta, trazida como medida inédita ao conhecimento deste Colegiado, não logrou assegurar que tal hipótese de conflito restasse adequadamente afastada ou mesmo mitigada. Acompanho assim, em toda a sua extensão, a análise e as conclusões do Diretor Relator, às quais remeto. Ademais, creio que se deve também, aqui, deixar reiteradas as diferenças entre a hipótese concreta e o Parecer de Orientação CVM nº 35, apontadas pelo Diretor Marcos Barbosa Pinto em seu voto — a opção por uma determinada solução organizacional deve guardar necessária coerência com os problemas que se quer resolver e, a bem da verdade, a inspiração no modelo do referido Parecer de Orientação parece-me, desde o início, um ponto de partida problemático.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2010.

Otavio Yazbek

Diretor

Processo Administrativo CVM nº RJ2009/13179

Reg. Col. nº 7190/2010

Interessado: Tractebel Energia S/A.

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP.

Diretor: Eli Loria

Declaração de Voto

Como bem relatado, trata-se de recurso interposto pela Tractebel Energia S/A (“TRACTEBEL” ou “Companhia”), protocolado em 12/08/10, contra entendimento da Superintendência de Relações com Empresas — SEP, manifestado por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 101/10, de 21/01/10, dando conta da impossibilidade do acionista controlador votar em Assembleia Geral que irá apreciar a aquisição de ações, caracterizada como transação com parte relacionada, nos termos do art. 115¹, § 1º, lei societária.

1 “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. § 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º. § 3º O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”.

A Companhia pretende implantar mecanismos de governança corporativa objetivando resolver a questão do potencial conflito de interesses, declarando, ainda, que não votará na próxima Assembleia Geral que tratará da matéria.

É fato que a análise do art.115, §1º, é controversa na doutrina e, no âmbito da CVM, já foi decidida em sentidos diversos, ainda que a hipótese do caso concreto (art.256) jamais tenha sido analisada.

No julgamento do PAS CVM nº RJ2001/4977, em 19/12/01, prevaleceu a interpretação da Diretora Norma Parente do chamado conflito “formal” (exame do conflito *a priori*). No caso, o Diretor Marcelo Trindade afastou a proibição do voto por conflito de interesse embora tenha entendido que, em decorrência de suposto benefício particular, o voto não poderia ter sido proferido.

O Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos proferiu voto divergente afastando tanto o conflito de interesses quanto o benefício particular. Consoante o voto vencido citado:

O sistema que a meu ver melhor compõe os interesses envolvidos e melhor resolve a questão é aquele que exige que a operação seja justa, que o pagamento seja adequado, em condições de mercado. Isso deveria ser atingido através de **opiniões de especialistas independentes, que atestariam, em benefício da companhia e de seus acionistas como um todo, a justiça e a correção da operação com a parte interessada, respondendo perante estas pessoas.** (grifei)

Posteriormente, quando do julgamento do PAS CVM nº RJ2002/1153, em 06/11/02, tendo o Colegiado nova composição, prevaleceu o entendimento pelo chamado conflito de interesses “material” ou “substancial”, com voto vencido da Diretora Norma Parente.

O voto vencedor do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro fundamentou-se no princípio da boa-fé e na constatação de que o voto deve ser exercido no interesse da companhia, sendo que a desobediência a esse princípio caracteriza o abuso do direito do voto, acrescentando que o primeiro juízo a respeito do conflito de interesse deve caber ao próprio acionista.

Já em 14/12/04, em reunião do Colegiado da qual participei acompanhando o voto vencedor do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro (ficou vencida a Diretora Norma Parente), em processo não sancionador tratando de incorporação de sociedade sob controle comum, o conflito de interesses dos controladores foi afastado entendendo-se que a lei societária, em seu art. 264, tem procedimentos próprios para o caso.

Antes de adentrar ao caso concreto, noto que não obstante a interpretação de um texto normativo, ou de qualquer outra natureza, permitir que se chegue a múltiplas conclusões, sem que estejam elas necessariamente incorretas, alguns limites devem ser impostos a esta multiplicidade. Assim, toda a atividade interpretativa deve estar em consonância com os princípios que regem e dão suporte ao texto interpretado, evitando-se generalizações que conduzam a soluções desconectadas da realidade fática.

Com efeito, no caso específico da interpretação de dispositivos legais, tal não pode ser empreendida de maneira singular, mas deve considerar o todo da norma e a análise desta, por conseguinte, deve considerar a totalidade do ordenamento jurídico.

Ademais, é consabido que toda a legislação se orienta no sentido de limitar a conduta humana com fulcro no estabelecimento de condições ótimas para a vida em sociedade, criando restrições à autonomia privada.

Dessa maneira, as condutas consideradas abusivas são reprimidas de várias formas, variando a redação das regras. Em alguns casos, como na esfera religiosa, a sanção tem natureza moral. Já na seara penal, o tipo descreve a conduta, de forma precisa, evitando-se a subjetividade, e prescreve uma sanção que pode até mesmo ser a privação da liberdade daquele que pratica a conduta que a sociedade quer reprimir. Na esfera civil, por seu turno, as condutas reprováveis costumam ser descritas de maneira negativa, isto é, há a proibição expressa pela utilização do aposto *não* e o descumprimento será posteriormente reclamado na esfera judiciária. Nesses casos, a sanção incide na es-

fera patrimonial do agente. No meu entendimento, a situação descrita no art. 115, §1º, da Lei 6.404/76, faz parte desse último grupo.

Para auxiliar a análise do caso, trago o texto da Exposição de Motivos à lei societária:

O art. 115 cuida dos problemas do abuso do direito de voto e do conflito de interesses entre o acionista e a companhia. Trata-se de matéria delicada em que a lei deverá deter-se em alguns padrões necessariamente genéricos, deixando à prática e à jurisprudência margem para a **defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder da maioria**, no interesse da companhia e da empresa. (grifei).

A mesma Exposição de Motivos indica que as normas de proteção ao minoritário se revestem de caráter cogente e dá como exemplo o comportamento e responsabilidade dos administradores, as informações a serem prestadas ao público e os direitos intangíveis dos acionistas.

Sabe-se que a lei societária tem como um de seus pilares a informação plena e de qualidade a serviço do investidor e a regulação da CVM “objetiva assegurar ao público a disponibilidade, em tempo hábil, de forma eficiente e razoável, de informações necessárias para a tomada da decisão de investir em valores mobiliários e ainda das decisões de votar e de fazer representar em assembléias de companhias abertas”, consoante documento “Regulação do mercado de valores mobiliários: fundamentos e princípios”, aprovado pelo voto CMN nº 476, de 21/12/78.

Assim, a lei societária, quando julgou necessário, criou uma série de freios e contrapesos visando compor os interesses de acionistas majoritários e minoritários, com destaque para o direito essencial do acionista de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (art. 109, III), incluindo aí o direito de ser informado.

Lembro, dentre outras disposições legais, a possibilidade do estatuto limitar o número de votos de cada acionista (art. 110, §1º), o direito de retirada ao acionista dissidente (art.137), o quórum qualifi-

cado para aprovação de determinadas matérias (art.135), a realização de assembléia especial de determinada classe de ações preferenciais (art. 136, §1º), a possibilidade de representação dos acionistas minoritários nos órgãos da companhia (voto múltiplo, art. 141, e conselho fiscal, art. 161, § 4º) e o direito de preferência (art.171).

Nessa situação encontram-se, ainda, os quóruns fixados para o exercício de diversos atos por parte de acionistas minoritários como o pedido judicial de exibição de livros (art.105), a convocação de Assembleia Geral (art. 123, parágrafo único, “c”), o pedido de informações a administrador em AGO (art. 157, §1º), o pedido de informações ao Conselho Fiscal (art. 163, §6º) e o pedido de funcionamento de Conselho Fiscal em companhia filiada a grupo (art. 277).

Assim, também, na reforma de 2001, com as regras de cancelamento do registro de companhia aberta do art. 4º e, em especial, com a possibilidade de convocação de assembléia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova avaliação do art. 4º-A, bem como a reintrodução no ordenamento da OPA obrigatória decorrente de alienação do controle de companhia aberta (art. 254-A).

Ademais, pode-se ainda mencionar os §§ 3º e 4º do art.223, incluídos na reforma de 1997, que tratam da condição de companhia aberta das sucessoras de companhia aberta, sob pena do acionista dissidente poder exercer o direito de retirada.

Conforme explicitado no Parecer de Orientação CVM nº 34, de 18/08/06, não há qualquer dúvida que o acionista está previamente impedido de votar na aprovação do laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social, preservando-se a efetividade do capital social, e na aprovação de suas próprias contas como administrador, uma vez que não se pode julgar em causa própria, e, ainda, nas deliberações que puderem beneficiar o acionista de modo particular. Aliás, os administradores da companhia não poderão votar as contas seja como acionistas seja como procuradores (art. 134, §1º).

Nas hipóteses que tratam de conflito de interesses presumido o acionista está impedido de votar, caracterizando-se um controle *ex-ante*. Ainda assim, tais impedimentos são afastados quando todos os subscritores forem condôminos do bem com que concorreram para a formação do capital social (art.115, § 2º) e, quando da aprovação das próprias contas, os diretores forem os únicos acionistas (art.134, § 6º) de sociedade fechada.

Assim, a proibição de voto referida no art. 115, § 1º, exceto nos casos em que a situação de conflito entre o interesse pessoal do acionista e o da sociedade foi totalmente descrita (deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador) não tem o condão de impedir o voto do acionista *a priori*, mas indica que o voto contrário ao interesse social é passível de anulação, considerado o prazo prescricional de dois anos do art. 286².

Noto, de passagem, que o referido prazo foi reduzido de 3 para 2 anos, em relação ao Decreto-Lei nº 2.627/40, objetivando dar maior segurança às relações empresariais, atentando para a dinâmica dos negócios.

Dessa forma, é permitido ao acionista controlador votar desde que se atenha aos deveres do art. 115, *caput*, e do art. 116, parágrafo único³, e, faltando a esse dever, o voto abusivo é anulável e, caso tenha sido determinante, a própria deliberação será anulável.

Destaque-se que a decisão não será nula como seria de se supor em caso de controle *a priori* do conflito de interesses. Em verda-

2 “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

3 “Art. 116. (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

de, o acionista responde pelos danos causados, sendo obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido (art. 115, § 4º). Mais, o acionista responderá pelos danos causados por seu exercício abusivo (art.115, § 3º) ainda que seu voto não tenha prevalecido.

Interessante observar que foi vetada a solução dada pela Lei nº 10.303/01, com a inclusão dos §§ 5º a 10 ao art. 115, trazendo a possibilidade de ser convocada Assembleia Geral por acionistas que representem ao menos 10% do capital social para deliberar quanto à existência de conflito de interesses e à respectiva solução, com o seguinte argumento:

Com efeito, **não há como afastar o voto do acionista controlador no conclave pretendido — sob pena de se atribuir aos minoritários o inédito poder de, indiretamente, vetar qualquer deliberação a partir da alegação de existência de conflito do controlador**, e de se desconsiderar o próprio conflito de interesses do minoritário na assembléia especial, o que demonstra a inexistência de efetividade na proposta apresentada. (grifei)

Óbvio que os administradores não podem prejudicar a companhia para favorecer o controlador e podem contratar com sociedade coligada, controladora ou controlada, desde que em condições comutativas, observando-se o interesse da mesma, na dicção do art. 245⁴ da lei societária.

Ademais, é considerada modalidade de exercício abusivo de poder o acionista controlador contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas (art.117, § 1º, “f”).

4 “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que **as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas**, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”. (grifei).

Lida ao revés, é permitida a contratação do acionista controlador com a companhia em condições equitativas, o que pode ser feito pelos administradores por meio de atos regulares de gestão.

Assim sendo, seria um contrassenso impedir o voto do mesmo acionista controlador em uma Assembléia Geral convocada, nos termos do art. 256⁵, para justamente aprovar um contrato da Companhia com o acionista controlador.

Estarem os dois, companhia e acionista controlador, em pontas opostas do contrato não significa que os mesmos estão em conflito, cabendo ser verificado se o preço está fixado em condições idênticas àquelas que a sociedade contrataria com parte não relacionada, tal qual a lei societária determina aos administradores em seu art. 156, § 1^o⁶.

O entendimento pelo controle *a priori* do voto inverte a lógica da lei societária de prevalência da maioria e, conforme destacado em votos proferidos em casos anteriores, impede de votar aquele que sofrerá um impacto relevante da decisão (por sua participação expressiva no capital social da companhia) e que melhor conhece os negócios sociais, confrontando o princípio da boa-fé que rege as relações comerciais, sendo o exercício do voto regra geral que, aliás, constitui-se em um direito do acionista não-controlador e em um dever do acionista controlador.

Quanto à Assembleia Geral prevista no art. 256 da lei societária, é determinado que a decisão sobre determinado ato de gestão da Administração passe para a esfera assemblear segundo critérios de relevância, sendo obrigatoriamente fornecidos pela administração todos os elementos necessários à deliberação, de modo a permitir ao

5 “Art. 256. A compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, dependerá de deliberação da assembléia-geral da compradora, especialmente convocada para conhecer da operação, sempre que:”

6 “Art. 156. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros”.

acionista conhecer da operação em detalhes e votar de forma consciente: a proposta ou o contrato de compra, acompanhado de laudo de avaliação.

No caso de aquisição de sociedade mercantil por valor superior àquele dos parâmetros fixados, a lei confere ao acionista dissidente o direito de retirada (art. 256, § 2º⁷). Dessa forma, a lei de forma sistemática optou pelo princípio da informação plena e, em casos por ela apontados, protege o acionista minoritário por via do direito de retirada.

Aqui é importante notar que o § 1º do art. 256 sofreu uma alteração substancial com a Lei nº 9.457/97, tratando-se de aperfeiçoamento com relação ao princípio da informação plena e de qualidade e que transcrevo abaixo:

§ 1º A proposta ou contrato de compra deverá ser submetido à prévia autorização da assembléia-geral, ou à sua ratificação, sob pena de responsabilidade dos administradores, instruída com todos os elementos necessários à deliberação.” (Redação original).

“§ 1º A proposta ou o contrato de compra, **acompanhado de laudo de avaliação, observado o disposto no art. 8º, §§ 1º e 6º**, será submetido à prévia autorização da assembléia-geral, ou à sua ratificação, sob pena de responsabilidade dos administradores, instruído com todos os elementos necessários à deliberação. (Redação dada pela Lei nº 9.457/97 — grifei).

Dessa forma, quanto à aquisição de sociedade mercantil, a reforma de 1997 introduziu a obrigatoriedade de apresentação do laudo de avaliação, remetendo aos §§ 1º e 6º do art. 8º que tratam, respectivamente, do conteúdo do laudo de avaliação e da responsabilidade dos subscritores. Note-se que a lei **não** faz remissão ao § 5º do

7 “§ 2º Se o preço da aquisição ultrapassar uma vez e meia o maior dos três valores de que trata o inciso II do *caput*, o acionista dissidente da deliberação da assembléia que a aprovar terá o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 137, observado o disposto em seu inciso II”.

mesmo art. 8º que, por sua vez, remete aos §§ 1º e 2º do art.115 que tratam do conflito de interesses.

Assim, pelo princípio da legalidade, entendo que o art. 256, §1º, após a reforma de 1997, ao remeter somente aos §§ 1º e 6º do art. 8º, deixou clara a permissão para o acionista controlador votar na Assembleia Geral que deliberar a respeito do laudo de avaliação das ações objeto de aquisição em casos como o agora em comento.

Cabe à CVM apurar o exercício abusivo do poder de controle em suas diversas modalidades, como exemplifica a Instrução CVM nº 323/00, por determinação legal de proteger os investidores contra atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas (art. 4º, IV, “b”, 1ª parte, Lei nº 6.385/76). Tais comportamentos são considerados infração grave para os efeitos do art. 11, § 3º, da Lei nº 6.385/76, estando sujeitos às penalidades previstas em lei o acionista controlador, os administradores da companhia, os integrantes de seus órgãos técnicos ou consultivos, bem como quaisquer outras pessoas naturais ou jurídicas que tenham concorrido para a prática das condutas a que se refere a Instrução.

No caso concreto, a proposta da Companhia de criação de um Comitê Independente Especial para avaliar as transações com partes relacionadas é, no meu entender, de todo louvável e mesmo recomendável pela transparência que confere ao processo negocial e de formação do preço, a semelhança do preconizado no Parecer de Orientação CVM nº 35/08.

No entanto, entendo tratar-se de matéria ínsita à administração da Companhia no relacionamento com seus acionistas e com o mercado em geral e que não necessita de aprovação da CVM. Lembro que a adoção pela Companhia de tal procedimento não afasta a possibilidade daquele acionista que se sentir prejudicado ingressar em juízo com pedido de anulação do conclave.

Concluindo, em linha com a orientação geral da lei societária de “defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder da maioria”, me manifesto no sentido de que o conflito de interesses de que trata o art. 115 da lei societária, via de regra, deve ser apreciado

ex-post, ou seja, o voto pode ser dado e a análise de sua validade é realizada posteriormente, devendo o acionista sempre votar no interesse da companhia e, destaque-se quanto ao acionista controlador, que a lei adicionalmente determina que seu voto considere, ainda, o interesse público.

Em resumo, além das razões já expostas no voto vencedor proferido em processo anterior; do dever do acionista controlador de votar consoante o disposto no art. 115, *caput*, e no art. 116, parágrafo único; da permissão legal à companhia contratar com o acionista controlador em condições equitativas e dos deveres dos administradores de contratar no interesse da companhia; da orientação contida na Exposição de Motivos à lei societária pela prevalência do princípio majoritário; dos direitos do acionista de fiscalizar e de ser informado; das proteções que a lei societária confere especificamente ao acionista minoritário; das razões de veto à introdução de parágrafos no art. 115, em 2001, e da alteração do art. 256, em 1997, sem que houvesse menção ao §5º do art.8º; o meu convencimento pela prevalência da apuração do conflito *ex post* se dá, ainda, pelo remédio que a lei prevê para o voto em conflito: o recurso ao Poder Judiciário para pleitear a anulação da AG por aquele acionista que se considerar prejudicado, no prazo prescricional de 2 anos.

Caso não seja acolhido tal entendimento ficarão as indagações de sempre: quem, *a priori*, diz que o acionista está em conflito? Quais os poderes do Presidente da Mesa na Assembleia Geral para dirimir o conflito suscitado?

Diante de todo o exposto, entendo, no caso concreto, que o controle do voto do acionista controlador deve se dar *ex-post e voto pela reforma do entendimento da SEP*.

É como Voto.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2010.

Eli Loria

Diretor-Relator

**DEBATES E
ATUALIDADES**

**NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE
COBRANÇA DE VALORES DE SOBRE-ESTADIA DE
CARGAS EM CONTÊINERES NO TRANSPORTE
MARÍTIMO**

**NOTES ON THE LIMITATION OF ACTION FOR DEBT OF
DEMURRAGE OF CARGO IN CONTAINERS IN MARITIME
TRANSPORTATION**

*Danielle da Costa Leite Borges e
Mario Viola de Azevedo Cunha*

Resumo: O presente artigo analisa a controvérsia existente com relação ao prazo de prescrição da ação de cobrança de valores de sobre-estadia de cargas em contêineres no transporte marítimo, analisando as duas correntes desenvolvidas pelos tribunais nacionais, uma aplicando o prazo previsto no Código Civil e a outra aquele da Lei nº 9.611/98, que regula o transporte multimodal.

Palavras-chave: Transporte marítimo. Sobre-estadia. Prescrição. Ação de cobrança.

Abstract: The present article analyses the existing controversy with regard to the limitation of the action for debt of demurrage of cargo in containers in maritime transportation, analysing the two positions developed by national courts, one applying limitation for action provided for by the Civil Code and the other the one of Law 9.611 of 1998, which regulates multimodal transportation.

Keywords: Maritime transportation. Demurrage. Limitation of action. Action for debt.

O instituto da sobre-estadia, também chamado de *demurrage*, está ligado ao direito marítimo e portuário e se refere à permanência, além do tempo estabelecido no contrato para as operações de carga e/ou descarga, do navio ou do equipamento de carga (contêiner) no porto.¹ Apesar de pouco conhecido, está previsto nos artigos 567, nºs 5 e 6, 591 a 593, 595, 606, 609, 611, 613 e 627 do Código Comercial.²

As ações judiciais oriundas do instituto da sobre-estadia foram, da mesma maneira, reguladas pelo mesmo Código Comercial e sempre estiveram regidas pela regra da prescrição anual prevista no artigo 449 nº 3 desse Código³, o qual dispõe:

Art. 449 – Prescrevem igualmente no fim de 1 (um) ano:

(...)

3 – As ações de frete e primagem, estadias e sobreestadias, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga.

Entretanto, com a entrada em vigor do atual Código Civil, o qual, nos termos de seu artigo 2.045, revogou, entre outros dispositivos, o referido artigo 449 do Código Comercial, criou-se uma espécie de lacuna legal em relação ao prazo prescricional das ações para co-

1 Vide GUIMARÃES RAMOS, Élio. *Comentários sobre a responsabilidade civil pelo pagamento da sobreestadia (“demurrage”) de contêineres*. BuscaLegis. Santa Catarina: UFSC, 2008. Disponível em “<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9864/9430>”.

2 COLLYER, Wesley. *Sobreestadia de navios: a regra “once on demurrage, always on demurrage”*. Março, 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8889>. Acesso 23.08.2010.

3 Nesse sentido veja-se Recurso Especial nº 678.100/SP, Relator. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 04.08.2005, DJ 05.09.2005, p. 404. “I — O artigo 5º do Decreto 80.145/77 dispõe que “container” não constitui embalagem das mercadorias e sim parte ou acessório do veículo transportador. II — Por analogia, é de se aplicar aos “containers” a legislação pertinente a sobreestadia do navio. Num caso e noutro, as ações que buscam a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso III, do Código Comercial”.

brança de valores de sobre-estadia no transporte marítimo, uma vez que o Código Civil não previu regra específica relacionada a essa modalidade contratual.

Desde então e diante de tal lacuna, duas correntes se formaram na jurisprudência dos tribunais Estaduais em relação ao prazo prescricional para as ações de indenização e cobrança decorrentes do transporte marítimo. Uma que passou a aplicar o prazo prescricional previsto no Código Civil, seja aquele trienal previsto no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, referente à reparação civil em geral, seja aquele quinquenal, previsto no artigo 206, parágrafo 5º; e outra que passou a aplicar a regra do artigo 22 da Lei nº 9.611/98,⁴ o qual trata das ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, mantendo assim o prazo da prescrição ânua, tal como previsto no referido dispositivo legal.⁵

A corrente jurisprudencial que entende aplicável o prazo prescricional no Código Civil o faz sob o único argumento de que foi este diploma legal a revogar o artigo 449 do Código Comercial, devendo

4 Art. 22. As ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição.

5 Nesse sentido, veja os acórdãos da Apelação Cível nº 2006.001.46880, Relator Desembargador Renato Simoni, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 28.11.2006, da Apelação Cível nº 2008.001.00564, Relator Desembargador Custodio Toses, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 30.01.2008 e da Apelação nº 7025913-5, Relator Desembargador Cauduro Padim, Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgada em 04.03.2009, todos aplicando o prazo de prescrição de 01 (um) ano. Já os acórdãos dos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2008.001.55985, Relatora Desembargadora Helda Lima Meireles, Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgados em 28.04.2009 e da Apelação Cível nº. 2008.001.08375, Relatora Desembargadora Sirley Abreu Biondi, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 14.03.2008, aplicam o prazo de prescrição de 03 (três) anos. Finalmente, o acórdão da Apelação Sumária nº 1.331.392-3-Santos, Relator Desembargador Rui Cascaldi, Décima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgada em 20.06.2007, aplicando o prazo de prescrição de 05 (cinco) anos.

prevalecer, portanto, a regra prescricional prevista neste novo diploma legal. Acrescenta como argumento, ainda, que não seria possível aplicar-se o prazo prescricional previsto no artigo 22 da Lei nº 9.611/98 ao transporte marítimo, uma vez que a referida lei cuida do transporte multimodal.

Já a corrente jurisprudencial que entende aplicável o prazo de prescrição ânua da Lei nº 9.611/98 se baseia essencialmente nos seguintes fundamentos: a) de que a referida lei, a qual regula o transporte multimodal, regula situação semelhante àquela do transporte marítimo, uma vez que ambos tratam de transporte de cargas; b) de que o prazo prescricional previsto na referida lei é também de 1 (um) ano, tal como previa o Código Comercial, e que, portanto, analógica e isonomicamente deve ser mantida a prescrição ânua; e, c) de que não há lógica em se majorar o prazo prescricional das ações decorrentes do transporte marítimo de 1 (um) para 3 (três) ou 5 (cinco) anos, tal como previsto no Código Civil, uma vez que a intenção deste diploma legal foi a de reduzir os prazos prescricionais, e não a de aumentá-los como ocorreria neste caso específico.⁶

De fato nos parece estar com razão o posicionamento desta última corrente jurisprudencial. Além dos fundamentos arguidos por tal posicionamento da jurisprudência, cabe-nos acrescentar ainda outros argumentos que levam à aplicação do artigo 22 da Lei nº 9.611/98 às ações para cobrança de sobre-estadia decorrentes do transporte marítimo.

6 De fato, o artigo 2.028 do Código Civil dispõe que “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.” Sobre a redução dos prazos prescricionais no Código Civil de 2002, vide TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 394. “Os prazos prescricionais sofreram sensível redução no CC em relação ao CC 1916. Trata-se de medida salutar, uma vez que as tecnologias modernas, empregadas nos meios de transporte e comunicação, aproximam as pessoas e facilitam o contato entre elas, não mais se justificando o estabelecimento de prazos tão longos como os fixados no Código anterior”.

O transporte multimodal de cargas é definido pelo artigo 2º da referida lei como sendo “aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal.”⁷

Verifica-se do mencionado conceito jurídico, que o transporte multimodal poderá abranger também o transporte marítimo, uma vez que este pode ser um dos modais de transporte abrangidos pelo contrato multimodal, ainda que executado sob a responsabilidade de um único operador. Na realidade, a adoção e a regulamentação do transporte multimodal no Brasil representou a inserção do país na modernidade, já que a multimodalidade vem sendo utilizada praticamente em todo o mundo em razão das diversas vantagens que oferece sobre os outros modais de transporte.⁸

Nesse sentido, o próprio artigo 3º da Lei nº 9.611/98 dispõe que:

Art. 3º — Transporte Multimodal de Cargas compreende, além do transporte em si, os serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas.

Considerando-se, portanto, que em diversas situações o transporte marítimo pode estar abrangido pelo multimodal, mormente nos casos de transporte internacional de cargas, onde a multimodalidade já

7 Tal conceito foi adotado também pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Disponível em “<http://www.antt.gov.br/carga/multimodal/otm.asp>”. Acesso 21.08.2010.

8 Sobre o assunto ver Demariaemaria, Marjory. *O operador e transporte multimodal como fator de otimização da logística*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Engenharia de Produção. Florianópolis, 2004. Disponível em <http://www.tede.ufsc.br/teses/PEPS4165.pdf>. Acesso 21.08.2010.

é amplamente difundida, não se mostra razoável aplicar regras de prescrição distintas para situações que tratem apenas de transporte marítimo e para aquelas que cuidem de transporte multimodal.

Por outro lado, acrescente-se ainda que, pelo princípio da especialidade das normas⁹, mais ainda se justifica a aplicação do prazo prescricional previsto na Lei nº 9.611/98 às ações decorrentes do transporte marítimo e não aqueles do Código Civil, uma vez que este diploma legal é norma geral enquanto a referida lei trata especificamente do transporte de cargas.

Além disso, é importante destacar que o artigo 22 da Lei nº 9.611/98 manteve a lógica prevista no artigo 449 do Código Comercial ao aplicar o mesmo prazo prescricional de 1 (um) ano a todas as ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do contrato de transporte.

Ao contrário, ao se aplicar a regra prescricional do Código Civil, que por ser norma geral não prevê o caso específico do contrato de transporte de cargas, deverá se distinguir, antes de tudo, a natureza jurídica do instituto da sobre-estadia para então poder classificá-la nas hipóteses dos prazos prescricionais previstos no Código.

Ocorre que, conforme expõe Edison Santana dos Santos, não existe

consenso na doutrina marítima/portuária quanto à natureza jurídica da *demurrage*, há classificações desde a imputação da cláusula

9 QUINAUD PEDRON, Flávio; MIRANDA XAVIER, Rogério. *Da figura jurídica do consumidor*. Disponível em “<http://jusvi.com/artigos/615>. Acesso 22.08.2010”. “Pelo princípio da especialidade das normas sabemos que quando diante de uma situação especial será aplicada a norma especial ao invés da norma geral.” Esses autores citam ainda o Ministro Maurício Delgado, que reconhece que “a especialização (...) surge exatamente na medida em que lhes emerge uma relação jurídica específica, hábil para detonar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, normas e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação jurídica surgida” In GODINHO DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho: Relações de Trabalho e Relações de Emprego*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

penal, multa, suplemento de frete, porém, a tendência majoritária, a qual nos filiamos, tem sido no sentido de considerá-la indenização. Tudo dependerá é claro, das previsões contratuais. Aplicando-se-lhe então, o princípio românico do *pacta sunt servanda* – cumpra-se o contrato.¹⁰

Assim sendo, ao depender da natureza jurídica atribuída à sobre-estadia,¹¹ distintos serão os prazos prescricionais aplicados às ações dela decorrentes, uma vez que, em termos processuais, os valores da sobre-estadia poderão ensejar ora ação de cobrança, ora ação de indenização, tudo a depender da natureza jurídica que se lhe atribuir o contrato de transporte marítimo. Contudo, certo é que se tratará sempre do mesmo instituto jurídico e de casos, portanto, semelhantes, já que o objeto será sempre a sobre-estadia de contêineres.

Aliás, essa ausência de consenso relativa à natureza jurídica da sobre-estadia e de seus respectivos instrumentos processuais é justamente o que tem se verificado na corrente jurisprudencial que passou a aplicar a regra prescricional do Código Civil. Verifica-se dos julgados mencionados na nota 4 acima, que em algumas decisões os tribunais aplicam a regra da prescrição trienal, prevista no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, relativa à responsabilidade civil em geral, e em outras aplicam o prazo prescricional quinquenal, previsto no artigo 206, parágrafo 5º, inciso I, referente à cobrança de dívidas constantes de instrumentos públicos ou particulares.

Assim sendo, não se mostra razoável a aplicação da regra sobre prescrição prevista no Código Civil às ações de sobre-estadia de

10 SANTANA DOS SANTOS, Edison. *Demurrage*. 2009. Disponível em http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/dir_maritimo/artigos/demurrage.pdf. Acesso 23.08.2010.

11 Apenas a título exemplificativo, vale mencionar que a Circular nº 2.393 do Banco Central do Brasil, atualmente já revogada, atribuía à *demurrage* natureza indenizatória, dispondo expressamente se tratar de “indenização convencionada para o caso de atraso no cumprimento da obrigação de carregar e descarregar as mercadorias no tempo pactuado”.

carga decorrentes do transporte marítimo, eis que isto não somente gera uma insegurança jurídica em relação ao prazo prescricional aplicável, mas também porque importa o aumento do prazo prescricional de 1 (um) para 3 (três) ou mesmo 5 (cinco) anos, o que se mostra completamente em sentido contrário à opção legislativa adotada com o Código Civil de 2002, não se coadunando, portanto, com a atual evolução e tendência do Direito Privado.

Dessa forma, considerando-se que a aplicação da regra de prescrição prevista no Código Civil gera um aumento desarrazoado do prazo prescricional, bem como certa insegurança jurídica devido à falta de consenso no que se refere à natureza jurídica do instituto jurídico da sobre-estadia (*demurrage*), além do fato de que o transporte marítimo pode fazer parte do multimodal, entendemos que às ações de cobrança de sobre-estadia de contêineres no transporte marítimo se aplica o prazo prescricional anual, previsto no artigo 22 da Lei nº 9.611/98.

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.