

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 8

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

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2011

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 8 (janeiro/julho 2011)

. — 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

É com enorme satisfação que apresento o oitavo número da nossa Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE à comunidade jurídica, recheado de valiosas contribuições doutrinárias.

A seção de Direito Societário é integrada por dois artigos de grande interesse pela atualidade do tema. Um deles diz respeito ao “Diferimento do Pagamento de Dividendos Obrigatórios em Razão de Situação Financeira Incompatível: Considerações sobre a Inteligência do art. 202, § 4º, da Lei das S.A.”, em co-autoria dos advogados e professores Maria Isabel Bocater, José Luiz Braga e Carlos Martins Neto. O outro refere-se a uma análise da autonomia patrimonial e da desconsideração da personalidade jurídica, formulado pela advogada e mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Carla Wainer Chalréo Igow.

No espaço reservado à Recuperação de Empresas e Falências, também contamos com dois valiosos artigos escritos pelos advogados Luiz Fernando Paiva (“Os Efeitos da Falência sobre a Dívida Decorrente da Obrigação de Contribuição de Capital e a Integralização do Capital após a Decretação da Falência da Sociedade”) e Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da Cunha (“*Deepening Insolvency Claims and Fiduciary Duties in Corporations in the Zone of Insolvency: Whether There is an Affirmative Duty to Liquidate Under Delaware Law and Under Brazilian Law*”).

Em sequência, a mestranda em direito societário pela Universidade de Warwick – UK, Cristina Celeste Marzo, no âmbito dos Negócios Empresariais, apresenta trabalho intitulado “*Analysis of an ‘Escrow Agreement’ in an M&A Transaction*”.

Na seção de Propriedade Intelectual os advogados e professores Leonardo Macedo Poli e Luciana Costa Poli oferecem suas “Refle-

xões Sobre os Direitos Patrimoniais de Autor no Paradigma do Estado Democrático de Direito”.

A professora e advogada Carmem Tiburcio, contínua em suas contribuições com a Revista, brinda-nos na seção das Relações Internacionais Privadas com relevante articulação referente à “Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro”.

Encerrando os trabalhos doutrinários, a professora Lucia Helena Salgado, na seção de Direito Econômico, reflete sobre “Uma Proposta de Modernização e Simplificação Regulatória para o Setor Portuário”.

Na sempre presente seção “Pareceres e Atualidades Jurisprudenciais”, temos dois interessantes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles cuida da exibição cautelar de documentos societários; o segundo de aspectos dos processos de execução fiscal e falência.

Boa leitura a todos.

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

Colaboraram neste número

Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da Cunha

LLM Harvard Law School. Advogado associado do escritório Simpson Thacher & Bartlett LLP (Nova Iorque).

Carla Wainer Charréo Igow

Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogada no Rio de Janeiro.

Carlos Martins Neto

Professor de Direito de Empresa da Faculdade de Direito — Centro, da Universidade Candido Mendes — UCAM. Advogado no Rio de Janeiro.

Carmen Tiburcio

Professora Adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ e da pós graduação da UGF. Mestre e Doutora em Direito Internacional Privado pela Universidade de Virginia, nos Estados Unidos.

Cristina Celeste Marzo

Mestranda em Direito Societário pela Universidade de Warwick — UK.

José Luiz Braga

Professor Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Leonardo Macedo Poli

Doutor em Direito Civil pela UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMINAS. Professor na UFMG, PUCMINAS e Universidade FUMEC. Coordenador do Programa de Pós-Graduação da PUCMINAS. Advogado e consultor jurídico.

Lucia Helena Salgado

Professora Adjunta da Faculdade de Ciências Econômicas da UERJ e Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA.

Luciana Costa Poli

Doutoranda em Direito Privado pela PUCMINAS. Mestre em Direito pela Universidade Fumec. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara, na PUCMINAS e no Instituto de Educação Continuada IEC/PUCMINAS. Advogada e consultora jurídica.

Luís Fernando Paiva

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Integrou a Comissão Interministerial que deu Redação Final à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Foi coordenador de cursos sobre a nova Lei de Falências para membros do Poder Judiciário e Ministério Público pela FGV-SP e do “Curso de Recuperação de Empresas e a Falência Sob a Ótica da Nova Legislação Falimentar” da FGV — GVlaw. Autor de diversos artigos e capítulos de livros publicados no Brasil e exterior sobre Direito Falimentar. Sócio de Pinheiro Neto Advogados.

Maria Isabel Bocater

Mestre em Direito Societário pela *New York University*. Advogada no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DE DIVIDENDOS OBRIGATÓRIOS EM RAZÃO DE SITUAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA DO ART. 202, § 4º, DA LEI DAS S.A.
Maria Isabel Bocater, José Luiz Braga e Carlos Martins Neto..... 1

PESSOAS JURÍDICAS: AUTONOMIA PATRIMONIAL E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Carla Wainer Chalréo Lgow 25

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

OS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A DÍVIDA DECORRENTE DA OBRIGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE CAPITAL E A INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL APÓS A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA SOCIEDADE
Luís Fernando Paiva..... 61

DEEPENING INSOLVENCY CLAIMS AND FIDUCIARY DUTIES IN CORPORATIONS IN THE ZONE OF INSOLVENCY: WHETHER THERE IS AN AFFIRMATIVE DUTY TO LIQUIDATE UNDER DELAWARE LAW AND UNDER BRAZILIAN LAW
Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da Cunha 93

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

ANALYSIS OF AN “ESCROW AGREEMENT” IN AN M&A TRANSACTION
Cristina Celeste Marzo121

PROPRIEDADE INTELECTUAL

REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Leonardo Macedo Poli e Luciana Costa Poli139

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

DISCIPLINA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DO DIREITO
INTERNACIONAL BRASILEIRO

Carmen Tiburcio175

DIREITO ECONÔMICO

UMA PROPOSTA DE MODERNIZAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO REGULATÓRIA
PARA O SETOR PORTUÁRIO

Lucia Helena Salgado207

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

ACÓRDÃO – STJ – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS
SOCIETÁRIOS – PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADES AS QUAIS INTEGRAM
COMO SÓCIAS MAJORITÁRIAS O QUADRO SOCIAL DE OUTRAS –
HOLDING FAMILIAR – DOCUMENTOS COMUNS EM VIRTUDE DAS
RELAÇÕES JURÍDICAS COLGADAS – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA235

ACÓRDÃO – STJ – TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ENCERRAMENTO
DE DEMANDA FALIMENTAR – AUSÊNCIA DE BENS DESTINADOS À
SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO – SUSPENSÃO DO
ANDAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL261

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DE
DIVIDENDOS OBRIGATÓRIOS EM RAZÃO DE
SITUAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA DO
ART. 202, § 4º, DA LEI DAS S.A.**

**DEFERRAL OF OBLIGATORY DIVIDEND PAYMENT BECAUSE OF
INCOMPATIBLE FINANCIAL SITUATION: CONSIDERATIONS ON
ARTICLE 202, § 4, OF THE BRAZILIAN LAW OF CORPORATIONS**

*Maria Isabel Bocater
José Luiz Braga
Carlos Martins Neto*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar os limites e possibilidades do diferimento do pagamento de dividendos obrigatórios com fundamento na regra contida no art. 202, § 4º, da Lei das S.A. Para tanto, discorre-se brevemente sobre o lucro do exercício e sua destinação, bem como sobre as possibilidades de constituição de reservas. Em seguida, analisa-se o conteúdo das decisões do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários nos processos RJ-2007-10879 e RJ-2007-13216 para, na sequência, tratar da interpretação do mencionado art. 202, § 4º.

Abstract: The present work examines the limits and possibilities for deferring payment of mandatory dividends based on the rule contained in Art. 202, § 4, of the Brazilian Law of Corporations. For this purpose, it starts by briefly discussing the concept of net income for the year and the possibility of constituting reserves. Then it ana-

lyzes the decisions of the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) in two important cases involving application of this rule (Proceedings RJ-2007-10879 and RJ-2007-13216) before addressing the interpretation of the rule.

Palavras-chave: Sociedade anônima. Distribuição de dividendos. Situação financeira incompatível.

Key Words: Corporation. Dividend distribution. Incompatible financial situation.

SUMÁRIO: I — Introdução. II — O lucro do exercício e sua destinação. III — Reservas de lucros e sua natureza. III.1 — Reserva legal. III.2 — Reservas estatutárias. III.3 — Reservas assembleares. III.3.a — Reservas para contingências. III.3.b — Reserva de incentivos fiscais. III.3.c — Retenção de lucros para financiamento de investimentos. IV — Limites à constituição de reservas e retenções de lucros. V — Hipóteses de diferimento do dividendo obrigatório. VI — A decisão da CVM nos processos RJ-2007-10879 e RJ-2007-13216. VII — A inteligência do art. 202, § 4º, da Lei das S.A. VIII — Conclusão.

I. Introdução

Como sociedade empresária, a companhia tem escopo lucrativo, seja qual for o seu objeto social. O acionista, portanto, que financia a companhia por intermédio da integralização de seu capital social, tem a legítima expectativa de receber, sob a forma de dividendos, os frutos de seu investimento.

Mesmo havendo lucro no encerramento do exercício social, essa legítima expectativa do acionista pode frustrar-se, pois a companhia, por motivos diversos, pode não ter condições de pagar os dividendos obrigatórios no momento adequado. A Lei societária não é alheia a essa situação fática, na medida em que seu art. 202, § 4º, prevê a possibilidade de diferimento do pagamento do dividendo obrigatório quando a situação financeira da companhia não for compatível com sua distribuição.

Uma primeira leitura do art. 202 pode levar o intérprete à imediata conclusão que apenas a momentânea dificuldade de caixa pode autorizar o diferimento do pagamento do dividendo obrigatório, já que a expressão *situação financeira* parece remeter à ideia de falta de recursos monetários.

Há que se esclarecer, portanto, qual é o conceito embutido na expressão *situação financeira incompatível com a distribuição de dividendos*, para fins da correta aplicação do mencionado dispositivo legal.

O presente trabalho, assim, após revisitar o conceito de lucro do exercício e suas possíveis destinações, analisa duas decisões recentes da Comissão de Valores Mobiliários envolvendo o diferimento do pagamento de dividendos, para, enfim, enfrentar o problema que envolve a interpretação do art. 202, § 4º, da Lei nº 6.404/76.

II. O lucro do exercício e sua destinação

No regime legal anterior (Decreto-lei nº 2.627/40), a apuração de lucro no exercício não acarretava, necessariamente, a distribuição de dividendos. Com efeito, na maioria dos casos o estatuto social outorgava à assembleia geral competência para deliberar sobre a distribuição dos lucros do exercício. Nessa linha, era bastante comum a prática, às vezes reiterada, de deliberação de retenção de boa parte, quando não da totalidade, do lucro na companhia, frustrando a expectativa dos acionistas minoritários.

Tal situação desfavorável às minorias foi extinta com o advento da Lei nº 6.404/76, que criou o instituto do dividendo obrigatório, o qual, nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba, corresponde “a uma espécie de compromisso mínimo, exprimindo a parcela de lucro que não poderá a sociedade deixar de distribuir”¹.

1 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 465.

Considerando que a distribuição aos acionistas da totalidade dos lucros apurados a cada exercício pode levar a uma situação insustentável, que coloque em risco a sobrevivência da empresa, o legislador instituiu um sistema que procura equilibrar os interesses da própria sociedade, de acionistas controladores e de minoritários. Como a decisão, no seio da sociedade, forma-se pelo voto majoritário, o que pode deixar os acionistas minoritários ao sabor exclusivo das decisões tomadas pelo controlador, estabeleceu a lei que o acionista tem direito de receber, anualmente, o valor mínimo de dividendo previsto no estatuto social. Caso o estatuto não contenha tal previsão, prevalece o valor determinado pela própria lei, ou seja, os acionistas teriam direito ao recebimento de, no mínimo, 50% do lucro líquido ajustado. Quanto ao saldo do lucro líquido, sua retenção na sociedade é permitida, desde que observados, no conjunto, os critérios básicos instituídos em lei.

De forma a não deixar lacunas, a Lei das S.A. prescreveu, de forma bastante minuciosa, a metodologia para a apuração do lucro líquido do exercício, assim como tratou das suas possíveis destinações.

O lucro de uma companhia é o resultado positivo de todas as suas entradas (receitas), de forma depurada. Sendo assim, de acordo com a Lei das S.A., para se apurar o lucro líquido, é preciso subtrair do resultado do exercício (quando positivo), primeiramente, os prejuízos acumulados e a provisão para o imposto sobre a renda e, em seguida e nessa ordem, as participações estatutárias de empregados, administradores (quando previstas no estatuto) e partes beneficiárias (quando emitidas pela companhia). O saldo do resultado do exercício após as mencionadas deduções corresponde ao lucro líquido do exercício, nos termos do art. 191 da Lei nº 6.404/76.

Nos termos da lei, do estatuto e das deliberações da assembleia geral, à totalidade do lucro líquido apurado no exercício pode ser dada uma ou mais destinações, não sendo permitida a existência de lucro suspenso. Nessa linha, estabelece o § 6º do art. 202 da Lei das

S.A. que os lucros que não tiverem sido destinados deverão ser distribuídos aos acionistas como dividendos.

Em apertada síntese, os lucros do exercício destinam-se à constituição de reservas (ou retenções) e à distribuição aos acionistas, sob a forma de dividendos².

III. Reservas de lucros e sua natureza

Reservar significa “pôr de parte, guardar, poupar, conservar”³. Para fins societários, no que diz respeito aos aspectos contábeis das companhias, as reservas de lucros significam quinhões do lucro auferido que são retidos na sociedade, segregados para atender a um fim específico.

As reservas de lucros podem ter origem na lei, no estatuto social ou em deliberação da assembleia geral. Nas palavras de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, consistem em “valores positivos retirados pela companhia para o atendimento de certos requisitos ou circunstâncias especiais, tornando-se assim indisponíveis, pelo menos temporariamente, para efeito de distribuição de dividendos. (...) com exceção da reserva legal, que não pode ser distribuída aos acionistas (...)”⁴.

A lei, entretanto, impõe limites e requisitos para cada uma dessas reservas, assim como para o seu conjunto, indicando as hipóteses em que a sua constituição pode afetar a base de cálculo do dividendo obrigatório e quando esse dividendo (na sua totalidade ou

2 A legislação tributária (Lei nº 9.249/95) criou a figura do *juros sobre capital próprio*, mas que, conceitualmente, tem a natureza jurídica de dividendos.

3 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1750.

4 TEIXEIRA, Egberto de Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, p. 567.

em parte) pode ser diferido para uma data futura, em que o lucro correspondente, se não absorvido por prejuízos subsequentes, não possa mais ser retido na sociedade.

Como se exporá adiante, as reservas legal, de contingências e de incentivos fiscais podem ser deduzidas do lucro líquido do exercício, o que diminui a base de cálculo do dividendo obrigatório (lucro líquido ajustado), enquanto as quantias destinadas às reservas estatutárias e à retenção com base em orçamento de capital não podem prejudicar o dividendo mínimo obrigatório.

Uma vez determinado o valor do dividendo mínimo obrigatório, que usualmente corresponde a 25% do lucro líquido ajustado, sua distribuição deve ser declarada pela assembleia, a menos que (i) tal valor exceda o montante correspondente ao lucro realizado no exercício ou (ii) que a administração considere ser a sua distribuição incompatível com a *situação financeira* da companhia, casos em que a lei permite que o dividendo obrigatório seja diferido. Note-se que as reservas de lucros somente podem ser retidas na sociedade enquanto perdurar a razão que determinou a sua retenção.

III.1. Reserva legal

A reserva legal, estabelecida no art. 193 da Lei nº 6.404/76, é a única reserva de lucros que possui caráter obrigatório, pois, antes de qualquer outra destinação, 5% (cinco por cento) do lucro líquido do exercício serão aplicados na constituição da reserva legal, que não poderá exceder a 20% (vinte por cento) do capital social. A lei assegura à companhia, em seu art. 193, § 1º, a possibilidade de, a seu critério, não constituir a reserva legal nos exercícios em que “o saldo dessa reserva, acrescido do montante das reservas de capital de que trata o § 1º do art. 182, exceder de 30% (trinta por cento) do capital social”. Trata-se, contudo, de mera opção.

A finalidade da reserva legal é garantir a integridade do capital social, servindo como uma espécie de garantia adicional a credores e

acionistas, podendo ser utilizada somente para absorver eventuais prejuízos ou como fonte de recursos para o aumento do capital social, conforme estabelece o art. 193, § 2º, da Lei das S.A. Em razão de sua finalidade, a reserva legal não pode, em hipótese alguma, ser distribuída aos acionistas sob a forma de dividendo.

III.2. Reservas estatutárias

O art. 194 da Lei das S.A. permite que o estatuto social crie reservas de lucros, desde que: (a) indique, de modo preciso e completo, sua finalidade; (b) fixe os critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que será destinada à sua constituição; e (c) estabeleça o limite máximo da reserva.

Sem a previsão estatutária, elaborada de forma a atender aos três requisitos acima apontados, não poderá a assembleia deliberar validamente pela destinação de lucros a tal espécie de reserva.

III.3. Reservas assembleares

A lei societária prevê que a assembleia geral pode deliberar a constituição de reservas (i) para contingências, (ii) de incentivos fiscais e (iii) para investimento previsto em orçamento de capital.

Permite a lei, ainda, o diferimento do pagamento de dividendos, mediante a constituição da reserva de lucros a realizar (art. 197) e da reserva especial de dividendos não pagos (art. 202, § 4º), circunstâncias que serão objeto de análise no item IV, abaixo.

III.3.a. Reservas para contingências

As reservas para contingências são constituídas com a finalidade de compensar, em exercício futuro, a diminuição do lucro decorrente de perda julgada provável, cujo valor possa ser estimado.

Assim, quando a administração da companhia identifica uma perda provável que poderá ocorrer em exercício futuro, e cujo valor se possa estimar, pode propor à assembleia geral que constitua a reserva para contingências, nos termos do art. 195, § 1º, da Lei das S.A. Dessa forma, tal perda em potencial, em se concretizando, não afetará o lucro do exercício futuro em que se materializar.

Uma vez constituída a reserva para contingências — que, de acordo com o disposto no art. 199 da Lei nº 6.404/76, não é computada no cálculo do limite estabelecido para o saldo das reservas de lucros —, os recursos nela retidos têm que ser revertidos para a conta de lucro líquido ajustado, para serem adicionados à base de cálculo do dividendo (i) no exercício em que deixarem de existir as razões que justificaram a constituição da reserva ou (ii) no exercício em que a perda se materializar.

III.3.b. Reserva de incentivos fiscais

Criada pela Lei nº 11.638/2007, que alterou a Lei nº 6.404/76, a *reserva de incentivos fiscais* poderá ser constituída pela assembleia geral, mediante proposta da administração, para alocar a parcela do lucro líquido decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos. Estabelece o art. 195-A da Lei das S.A. que os montantes destinados à reserva de incentivos fiscais poderão ser excluídos da base de cálculo do dividendo obrigatório.

Em função da remissão ao inciso I do *caput* do art. 202 está implícita a obrigação de reversão dos valores reservados à base de cálculo do dividendo no exercício em que não mais subsistir a razão para constituição dessa reserva.

III.3.c. Retenção de lucros para financiamento de investimentos

A lei societária permite que uma companhia retenha lucros para fins de financiar projeto de investimentos previsto em orçamen-

to de capital aprovado pela assembleia geral, nos termos do seu art. 196.

Para tanto, é necessário que os órgãos da administração apresentem justificativa para a proposta de retenção dos lucros, a qual deve contemplar todas as fontes de recursos e aplicações de capital, com duração de até cinco exercícios, excetuados os projetos de investimento cuja execução exija prazo superior, devendo o orçamento ser revisado a cada ano.

IV. Limites à constituição de reservas e retenções de lucros

A lei societária traçou regras específicas, além de limites objetivos, para a constituição de reservas e retenções de lucros. Nesse sentido, estabelece, inicialmente, uma limitação quantitativa global à constituição das reservas e retenções de lucros. Nos termos do art. 199 da Lei nº 6.404/76, o saldo das reservas de lucros (aí incluídas as formadas por lucros apurados em exercícios anteriores, com exceção das reservas para contingências, incentivos fiscais e de lucros a realizar) não poderá ultrapassar o capital social e, uma vez atingido esse limite, caberá à assembleia optar entre a capitalização do excesso ou sua distribuição aos acionistas, sob a forma de dividendos.

Adicionalmente, a Lei das S.A. reforça o caráter prioritário dos dividendos fixos ou mínimos que sejam estatutariamente atribuídos aos titulares de ações preferenciais sem voto, dispondo no seu art. 203 que a constituição das reservas a que se referem os arts. 194 (estatutária), 195 (incentivos fiscais), 196 (reserva para investimentos) e o pagamento do dividendo obrigatório não devem prejudicar o direito dos acionistas titulares de ações preferenciais ao recebimento de dividendos mínimos ou fixos, inclusive com relação aos atrasados (no caso de tais dividendos serem cumulativos). Em outras palavras, apurado o lucro líquido do exercício, constitui-se a reserva legal e, em seguida, atende-se ao pagamento prioritário desses dividendos.

Por fim, uma outra limitação à constituição de reservas ou retenções de lucros diz respeito ao montante de recursos que, com base no valor do lucro líquido do exercício, pode ser utilizado para tais finalidades. O art. 198 da Lei das S.A. estabelece que a constituição das reservas estatutárias e a retenção de lucros com base em orçamento de capital não pode ser aprovada em prejuízo do dividendo obrigatório.

Significa dizer que tanto os montantes destinados às reservas estatutárias quanto às retenções de lucro com base em orçamento de capital não podem diminuir a base de cálculo do dividendo obrigatório, reduzindo o seu valor. Para a constituição dessas duas modalidades de reserva, somente poderá ser utilizado o saldo do lucro líquido que restar após deduzidas as importâncias destinadas à reserva legal e ao dividendo obrigatório (incluído aí o montante do dividendo prioritário das ações preferenciais).

Esclareça-se que o mencionado dispositivo trata apenas de limite à **destinação** de lucro para reservas estatutárias e para a retenção de lucros, cujo montante não pode diminuir a parte do lucro a ser **destinada** para a distribuição de dividendos. Lembre-se que os dividendos obrigatórios podem ser fixados como percentual calculado sobre o lucro ou sobre o capital social (art. 202 § 1º). Assim, se o estatuto dispuser que o dividendo obrigatório será calculado sobre o lucro, a Lei determina que, nesse caso, o lucro líquido do exercício ajustado é que servirá como base de cálculo (art. 202, *caput*), especificando as importâncias que podem ser diminuídas ou acrescidas ao lucro líquido do exercício (art. 202, I).

Na mesma linha, o art. 198 enfatiza que tal base não pode ser diminuída pelos valores destinados às reservas supracitadas. Não se trata aqui, portanto, da possibilidade de pagamento ou de diferimento do dividendo obrigatório, matéria tratada nos incisos II e III do art. 202 e nos §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo, a qual será abordada a seguir, mas tão somente de destinação de lucro.

V. Hipóteses de diferimento do dividendo obrigatório

O cálculo do dividendo obrigatório tem por base o lucro líquido do exercício ajustado, consoante previsão do art. 202, inciso I. Para se obter o lucro líquido ajustado, do valor do lucro líquido do exercício são deduzidas (ou adicionadas, se for o caso de reversão) as parcelas destinadas à reserva legal (art. 202, I, a), à reserva de contingências (art. 202, I, b) e à reserva de incentivos fiscais (art. 195-A).

Apurado o valor do dividendo obrigatório, deve-se perquirir se todo esse montante tem obrigatoriamente que ser declarado como dividendo naquele momento, ou se a declaração pode ser postergada para um momento posterior, em razão da situação financeira da companhia.

São duas as hipóteses contempladas na lei para justificar a postergação do dividendo obrigatório: a primeira, objetiva e de fácil apuração, ocorre quando o lucro realizado no exercício é inferior ao montante do dividendo obrigatório; e a segunda, não tão óbvia quanto a primeira, exige uma avaliação mais criteriosa dos administradores e do Conselho Fiscal, no caso de a distribuição dessa parte do lucro mostrar-se incompatível com a *situação financeira* da companhia.

Pode-se afirmar, assim, que as duas hipóteses em que a lei permite o diferimento do dividendo mínimo obrigatório dizem respeito à *situação financeira* da companhia.

V.1. Reserva de lucros a realizar

Em razão de as práticas contábeis brasileiras adotarem o regime de competência para a escrituração mercantil, não raras vezes são contabilizados lucros sem que os recursos correspondentes tenham efetivamente ingressado no patrimônio da companhia. Se o valor do dividendo obrigatório superar o lucro realizado, o excesso não preci-

sa ser declarado como dividendo naquele momento. Deve, entretanto, ser tal valor mantido em reserva especial — reserva de lucros a realizar — para que seja declarado e pago assim que houver a realização de lucros naquele montante.

Conforme estabelece o art. 197, § 2º, a reserva de lucros a realizar somente poderá ser utilizada para pagamento do dividendo obrigatório ou para compensar prejuízos futuros. Trata-se, portanto, de simples postergação do dividendo obrigatório de um determinado exercício, que será declarado tão logo se realizem os lucros retidos⁵. Observe-se que esse montante não reverte para a base de cálculo do dividendo de exercício futuro, devendo ser declarado como dividendo relativo ao exercício em que o lucro correspondente foi originalmente apurado, a menos que tais lucros venham a ser absorvidos por prejuízos subsequentes. Nesse sentido, é bom lembrar que a sociedade não pode pagar dividendos se tiver prejuízos, que são obrigatoriamente absorvidos pelo resultado do exercício, pelos lucros acumulados, reservas de lucros e reserva legal, nessa ordem (art. 189).

V.2. Reserva especial por *situação financeira incompatível*

A constituição dessa reserva também envolve a constatação, por parte do legislador, de que a obrigatoriedade de declaração e pagamento de um dividendo mínimo poderia levar a sociedade a sérias dificuldades ou a uma situação adversa, de tal modo que a sua sobrevivência ficaria afetada. Ao disciplinar o dividendo obrigatório, o legislador procurou afastar tal perigo, criando mecanismos que pudessem preservar a continuidade da empresa.

Com efeito, ao assegurar o dividendo mínimo obrigatório (art. 202 da lei societária), cuidou o legislador de excepcionar situação

5 Lei 6.404/76, art. 197, § 2º: “(...) para efeito do inciso III do art. 202, serão considerados como integrantes da reserva os lucros a realizar de cada exercício que forem os primeiros a serem realizados em dinheiro”.

que possa pôr em risco a sobrevivência da companhia, estatuidando, em seu § 4º, que a sociedade pode deixar de declará-lo quando seu pagamento venha a ser *incompatível com a situação financeira da companhia*.

Verifica-se que a expressão “situação financeira incompatível” é abrangente e seu significado deve ser preenchido à luz do entendimento comum da expressão, conforme usualmente aplicada no âmbito empresarial dos negócios e das finanças, o que será tratado com detalhe mais adiante.

Destinado a uma reserva especial, o valor retido deve ser declarado como dividendo (relativo ao exercício em que os lucros foram apurados) tão logo a *situação financeira* da companhia o permita, a menos que seja absorvido por posteriores prejuízos.

Trata-se, portanto, também nesse caso, de diferimento de dividendo obrigatório, sendo certo que os lucros retidos, ao serem liberados, não reverterão à base cálculo de dividendos de exercícios futuros, mas deverão ser pagos de imediato.

VI. A decisão da CVM nos processos RJ-2007-10879 e RJ-2007-13216

A matéria examinada nos processos administrativos acima epigrafados diz respeito à retenção de dividendos obrigatórios por parte das Centrais Elétricas Brasileiras — Eletrobrás (“Eletrobrás”). Na década de 80, a Eletrobrás destinou dividendos de cerca de R\$7,4 bilhões a uma reserva especial, com base no § 4º do art. 202 da Lei nº 6.404/76, tendo mantido essa reserva desde então, sob a alegação de que vinha tendo que fazer enormes investimentos no sistema elétrico brasileiro.

Ao analisar o caso a pedido de acionistas minoritários da Eletrobrás, a Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) da CVM acolheu o entendimento da Eletrobrás de que o aludido dispo-

sitivo legal não estabelecia procedimentos a serem adotados relativamente à decisão dos administradores de não reverter a Reserva Especial de Dividendos não Distribuídos constituída em exercícios anteriores. A matéria foi alçada, em grau de recurso interposto por aqueles acionistas, ao exame do Colegiado da Autarquia.

O Colegiado, ao apreciar a questão, manifestou posição diversa da emitida pela SEP. Reconheceu, contudo, que a CVM não tem competência, no regime da Lei nº 6.385/76, para determinar à Eletrobrás que distribua a reserva especial de retenção de dividendos obrigatórios, e devolveu então o processo àquela Superintendência para que apurasse a conduta dos administradores, à vista das diretrizes fixadas no voto do Relator, acompanhado, por unanimidade, pelos demais membros do Colegiado.

Em seu voto, o Relator reportou que a Eletrobrás fez uso da faculdade prevista na lei societária para reter dividendos obrigatórios em razão da situação financeira da companhia nas décadas de 70 e 80, tendo a administração da sociedade, para justificar a continuidade da retenção, argumentado que durante a década de 90 e o início dos anos 2000 a Eletrobrás vinha realizando sucessivos investimentos, o que forçava a administração a promover intensa gestão do fluxo de caixa da companhia, não tendo sido possível, portanto, proceder à distribuição dos dividendos. A SEP deixou de examinar o mérito da justificativa apresentada por entender que a lei deixa ao arbítrio da administração esse juízo de valor.

De sua parte, o Relator considerou que tal posicionamento, em princípio, encontrava respaldo no próprio texto do dispositivo legal examinado, segundo o qual incumbe aos administradores da companhia avaliar a eventual incompatibilidade da distribuição do dividendo em face da situação financeira da companhia. A manifestação da SEP mostrava-se coerente com posição largamente encampada no âmbito do direito societário, especialmente pelas cortes norte-americanas, que relutam em questionar decisões dos administradores de sociedades amparadas na *business judgement rule*. O Relator, con-

tudo, questionou a compatibilidade da decisão dos administradores com a sistemática da Lei nº 6.404/76, *vis a vis* outros dispositivos da referida lei — que não o §4º do art. 202 — que também tratam da retenção e distribuição de dividendos.

Nesse sentido, o voto trouxe à baila o disposto no art. 198 da lei societária, que determina que, em cada exercício, a destinação dos lucros para as reservas previstas nos arts. 194 (reserva estatutária) e 196 (retenção para investimentos conforme orçamento de capital) não pode se dar em prejuízo da distribuição do dividendo obrigatório. Seria, portanto, no entendimento do Relator, inaplicável ao caso concreto a regra da decisão empresarial, não podendo a administração “reter, nem manter retidos, dividendos obrigatórios para fazer frente a investimentos, nem mesmo quando constam de orçamento de capital aprovado previamente pela assembleia geral”.

Ainda segundo o Relator, a lei societária teria buscado uma solução equilibrada para a questão da retenção de lucros, dando à companhia liberdade para fixar o dividendo obrigatório, o qual, uma vez estabelecido, só pode deixar de sê-lo em situações excepcionais, quando a *situação financeira* da companhia “não o permitir absolutamente”. A sistemática legal, conforme defendido pelo Relator, não faria sentido se a companhia pudesse deixar de pagar o dividendo sempre que os administradores decidissem reinvestir o caixa excedente. Conclui, dessa forma, que “(p)or isso, o art. 198 da lei diz expressamente que a distribuição dos dividendos obrigatórios não pode ser afetada nem mesmo pelos investimentos previstos no orçamento de capital da companhia”.

VII. A inteligência do art. 202, § 4º, da Lei das S.A.

Certamente, com base na decisão acima comentada, pode-se afirmar que a CVM afastou a possibilidade de diferimento do dividendo obrigatório (através da constituição da reserva especial prevista no § 4º do art. 202) quando a justificativa dada pela administração se re-

sumir ao argumento de que a companhia precisa investir. Realmente, para que se posterguem os dividendos, a leitura do referido dispositivo legal exige que se configure uma *situação financeira* incompatível, e não a simples necessidade de investir.

A decisão no caso da Eletrobrás limitou-se a esse ponto, não tendo declarado que as duas reservas (ou retenções) apontadas — aquela para investimentos e a resultante do diferimento da distribuição de dividendos — sejam incompatíveis. São, na verdade, conceitos de ordens distintas, conquanto conciliáveis.

De fato, a retenção para investimentos (art. 196 da Lei das S.A.) serve para possibilitar o reinvestimento de parcela do lucro pela companhia sem prejudicar o direito essencial do acionista de participar nos lucros sociais, enquanto a outra (art. 202, § 4º) resulta da faculdade de postergação do dividendo obrigatório cujo pagamento se mostrar inviável, diferindo-o para o futuro. Vê-se, assim, que não é difícil concluir pela inexistência de conflito entre tais normas, as quais podem conviver em perfeita harmonia.

Cumprido observar que o voto em comento não auxilia o intérprete no exame da extensão da regra contida no art. 202, § 4º, da Lei das S.A., pois não chegou a aprofundar o cerne da expressão *situação financeira* da companhia, e certamente não o fez porque, no caso da Eletrobrás, a justificativa apresentada não explorou esse aspecto.

Assim, para se avançar no exame da questão, é preciso esclarecer o que pode estar compreendido dentro do conceito de *situação financeira* incompatível com a distribuição do dividendo obrigatório.

Sobre esse particular, é pertinente o entendimento de Luiz Carlos Piva a respeito da sistemática legal, ao tratar do § 4º do art. 202 da lei societária, esclarecendo que “esse diferimento traduz o reconhecimento da Lei de que a capacidade da companhia para pagar dividendos em moeda depende do grau de liquidez do seu ativo e do montante e época de vencimento de suas obrigações. Ainda, portan-

to, que todo lucro do exercício tenha sido realizado em moeda, a situação financeira da companhia pode recomendar o diferimento do dividendo obrigatório”⁶.

Sem terem cogitado outros desdobramentos da matéria, alguns doutrinadores que enfrentaram o tema vincularam o conceito de *situação financeira* incompatível à noção de insolvência ou inexistência de disponibilidades de caixa⁷.

Não obstante, conforme se demonstrará nas linhas que se seguem, entende-se que a noção de *situação financeira* incompatível pode ir muito além de um problema de solvência ou disponibilidade de caixa. É certo que tal noção se liga sim à capacidade financeira da companhia, seja a curto, médio ou longo prazos, e que o objetivo da lei foi o de evitar que a distribuição imediata dos dividendos sacrifique a continuidade da empresa.

O termo *insolvência*, no direito empresarial, remete à idéia de falência, ou seja, impontualidade no pagamento de obrigações líquidas, independentemente de o patrimônio social ser maior ou menor que as obrigações assumidas pela sociedade. Obviamente, tal conceito é bastante específico e preciso e sua utilização, no âmbito do direito comercial, não costuma gerar dúvidas.

Assim, caso o legislador entendesse que a expressão *situação financeira* incompatível fosse sinônimo de insolvência, teria optado pela utilização desse último vocábulo na redação do texto legal, como a boa prática legislativa recomenda.

Mas não foi isso que ocorreu! Em vez de restringir o não pagamento do dividendo obrigatório tão somente à hipótese de risco de

6 PIVA, Luiz Carlos. Lucros, reservas e dividendos. In: LAMY FILHO, Alfredo; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.719.

7 Nesse sentido, veja-se: EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 259; TEIXEIRA, Egberto de Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, p. 592; LAMY FILHO, Alfredo; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A. Volume I — Pressupostos, elaboração, modificações*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 158.

insolvência empresarial, o que sem dúvida está incluído no conceito de *situação financeira* incompatível, optou o legislador pela utilização desta locução, facultando, assim, aos administradores de sociedades anônimas, uma margem discricionária mais ampla para aferir se a companhia estará em risco ao declarar e pagar os dividendos.

Em estudo publicado, elaborado pela Superintendência Jurídica da CVM, Maria Thereza Werneck Mello chegou a enfrentar o tema, manifestando-se no seguinte sentido:

A definição do que caracterizaria “incompatibilidade com a situação financeira da companhia” é tarefa que cabe ao intérprete realizar, já que a lei não o faz. A título de **exemplificação** relacionamos a seguir algumas hipóteses para depois concluirmos pela validade de sua alegação para o não pagamento integral ou parcial do dividendo obrigatório, a saber:

I — iliquidez: a empresa, apesar de apresentar uma boa situação econômica, se encontra em situação momentânea de iliquidez;

II — insolvência: a empresa se encontra em estado de insolvência na data de apresentação do balanço ou passou a tal estado durante problemas ocorridos após o encerramento do balanço;

III — condições contratuais: contratos de financiamento obrigam a empresa a manter um nível de recursos próprios/recursos de terceiros que seria infringido pela distribuição de dividendos;

IV — fase de expansão: a empresa se encontra em fase de expansão, havendo necessidade de reinvestimento de todos os recursos gerados internamente.

Quanto às hipóteses arroladas, admitiríamos de início como enquadradas no § 4º do artigo 202 apenas aquelas descritas em I e II.

A matéria realmente não é de fácil definição, haja vista que a hipótese I pode ocorrer em decorrência do fato previsto em IV. E, note-se, poderia não prevalecer o argumento de que para investimento a sociedade poder-se-ia utilizar, adequadamente, da Reserva de Retenção de lucros para investimento, sob o amparo do artigo 196 e seus parágrafos.

De fato, a situação de iliquidez da companhia poderia ter sido resultante do atraso na liberação de recursos de terceiros, previsto no or-

çamento aprovado pela Assembleia Geral, o que teria obrigado a empresa a suprir aquela insuficiência com recursos próprios, para evitar atrasos no andamento do projeto.

Por outro lado, a hipótese prevista em III também pode conduzir a observações diferentes. Não há dúvida de que uma simples cláusula contratual não pode prevalecer sobre uma exigência legal de ordem pública, de caráter cogente, como é a norma relativa ao dividendo obrigatório. Ela só prevalecerá se a exigência tiver decorrido da inadequada situação financeira da empresa e, neste caso, este será argumento legal para a não distribuição, e não a obrigação assumida no contrato de financiamento.

A definição do que seria “incompatível com a situação financeira da companhia” reveste-se de especial importância para a CVM, tendo em vista que a ela compete receber e apreciar a “exposição justificativa” da não distribuição do dividendo obrigatório, conforme o disposto na parte final do § 4º do artigo 202⁸. (“grifos do autor”)

Com efeito, são inúmeras as circunstâncias que poderiam ser apontadas como justificativa para o diferimento da declaração do dividendo obrigatório. Além das acima mencionadas pela ilustre advogada, é bastante comum, por exemplo, a hipótese de contingenciamento decorrente de empréstimos anteriormente contraídos pela companhia que não caracterize uma situação de insolvência, mas que impeça o financiamento adicional de indispensáveis projetos de expansão ou ampliação da capacidade instalada da sociedade.

Nota-se, portanto, que a matéria pode comportar uma multiplicidade de hipóteses, não se podendo reduzir o conceito a uma solução estrita, vinculando a noção de *situação financeira* incompatível unicamente à de iliquidez ou insolvência empresarial, nem à conclusão *in abstracto* de que a retenção para reinvestimentos exclui a possibilidade de retenção por incompatibilidade financeira.

8 MELLO, Maria Thereza Werneck. Dividendo obrigatório. *Legis Bancos — Informativo CVM. Estudos da Superintendência Jurídica*. Vol. II, Ano II, 1978/1979, pp. 54-55.

Nessa linha, a caracterização da situação incompatível com o pagamento do dividendo obrigatório deve ser analisada caso a caso, sempre à luz do melhor interesse da companhia, o qual, em última análise, acaba sendo no melhor interesse dos seus acionistas.

Não há ninguém melhor que os próprios administradores para verificar se a distribuição do dividendo obrigatório é compatível ou não com as finanças da companhia. Por essa razão, é mais que razoável que tanto a constatação quanto a informação transmitida à assembleia geral ordinária a respeito da incompatibilidade do pagamento do dividendo obrigatório devam ser entendidas como exercício legítimo da *business judgement rule*.

Apenas em hipóteses de fundamentação incoerente (o que se pode equiparar à falta de exposição justificativa para o ato, quando a lei a exige) ou de fraude poderia deixar de prevalecer o entendimento da administração a respeito da incompatibilidade financeira da companhia.

Assim, por exemplo, se uma companhia necessita de recursos para realizar despesas ainda não assumidas, ou incorrer em custos indispensáveis, ou até mesmo investimentos que ultrapassem o orçamento de capital para se manter competitiva em seu mercado, tal hipótese pode perfeitamente ser enquadrada dentro da noção de *situação financeira* incompatível. Obviamente, tais dispêndios deverão ser objeto de justificação que atenda a rigorosos padrões de razoabilidade. Considera-se oportuna a lição de José Edwaldo Tavares Borba, ao afirmar que “a suspensão do dividendo somente se justifica se a situação for efetivamente grave, representando um risco à sobrevivência da sociedade”⁹.

Cabe lembrar que os administradores têm o dever de informar aos acionistas a existência de circunstâncias que caracterizem vulne-

9 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 467.

rabilidades, afetando a saúde financeira da companhia, e de alertá-los sobre os riscos de destruição de valor da empresa, cotejando as consequências de uma distribuição imediata de dividendos com as vantagens de sua postergação, com vistas à posterior retomada do fluxo regular de seu pagamento, medida que pode ser necessária para a preservação da posição da companhia no mercado.

VIII. Conclusão

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, a possibilidade de retenção de lucros para financiamento de projetos (art. 196) não exclui a possibilidade de retenção do dividendo obrigatório em decorrência de se apresentar uma situação financeira incompatível com tal distribuição (art. 202, § 4º). Assim, o conflito de normas ventilado pela decisão do Colegiado da CVM no Caso Eletrobrás é apenas aparente, convivendo as mencionadas regras em perfeita harmonia.

Da mesma forma, conclui-se que o âmbito de aplicação do art. 202, § 4º, da Lei das S.A. é muito mais amplo do que simplesmente dificuldades de caixa da companhia.

Com efeito, além dos casos de iliquidez e insolvência, em que a *situação financeira incompatível* com a distribuição de dividendos é mais nítida, existe também a possibilidade de diferimento do pagamento do dividendo obrigatório nas hipóteses em que a realização de dispêndios não previstos ou investimentos necessários à manutenção da competitividade da companhia representam verdadeira *situação financeira incompatível* com tal pagamento.

Registre-se, contudo, que por se tratar de decisão que atinge uma legítima expectativa do acionista, de cunho patrimonial, é fundamental que a eventual retenção de dividendos seja devidamente justificada. Ou seja, para que o diferimento do pagamento do dividendo obrigatório seja realizado dentro da legalidade, deve a administração consignar detalhadamente as razões pelas quais a distribuição do dividendo obrigatório comprometerá a saúde financeira da companhia.

PESSOAS JURÍDICAS: AUTONOMIA PATRIMONIAL E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

LEGAL ENTITIES: PRINCIPLE OF SEPARATION OF ASSETS FOR THE CONDUCT OF BUSINESS AND PIERCING OF THE CORPORATE VEIL

Carla Wainer Chalréo Lgow

Resumo: Após breves considerações sobre o conceito e a natureza das pessoas jurídicas, o presente artigo trata, num primeiro momento, da importância do princípio da autonomia patrimonial para o desenvolvimento da atividade empresarial para, após, expor o tratamento que vem sendo dado à teoria da desconsideração da personalidade jurídica desde a entrada em vigor do artigo 50 do atual Código Civil, trazendo precedentes jurisprudenciais relevantes sobre o tema.

Palavras-chave: Pessoas jurídicas. Desconsideração da personalidade jurídica. Desconsideração às avessas ou inversa.

Abstract: After a few considerations on the concept and the nature of legal entities, this article discusses, at first, the importance of the principle of separation of assets for the conduct of business. Next, it examines the application of the disregard doctrine with regards to incorporated entities, or lifting the corporate veil in Brazil, particularly since the codification of the theory in article 50 of the Brazilian Civil Code. Finally, it presents some legal precedents concerning such matter.

Keywords: Legal entities. Disregard of legal entity. Reverse pierce doctrine.

SUMÁRIO 1. *Pessoas jurídicas: conceito e natureza.* 2. *Personalidade, capacidade e subjetividade.* 3. *Pessoa jurídica e autonomia patrimonial: as sociedades empresárias.* 4. *Desconsideração da personalidade jurídica.* 4.1. *Considerações gerais.* 4.2. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil.* 4.3. *Precedentes jurisprudenciais relevantes do Superior Tribunal de Justiça.* 4.4. *Desconsideração às avessas ou inversa.*

1. Pessoas jurídicas: conceito e natureza

Os sujeitos de direitos podem ser pessoas naturais ou jurídicas¹. No primeiro caso, o conceito de pessoa natural coincide com o próprio ser humano. Já em relação às pessoas jurídicas, trata-se, em verdade, de “um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica”², a quem o ordenamento atribui a condição de sujeito de direito, para que seja capaz de titularizar direitos e contrair obrigações³.

1 Mais adiante se verá que também alguns entes despersonalizados podem assumir a condição de sujeito de direito.

2 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 275.

3 Na lição de TEPEDINO, Gustavo, “ao lado das pessoas humanas, o ordenamento também empresta subjetividade às pessoas jurídicas. Esta capacidade, para ser sujeito de direito, é expediente técnico que confere à pessoa jurídica personalidade, expressão tomada em seu sentido subjetivo (capacidade para o exercício de direitos), e não no sentido objetivo (bem jurídico e centro de imputação de relações jurídicas existenciais). [...] Nas palavras de Pontes de Miranda, ‘não só o ente humano tem personalidade. Portanto não só ele é pessoa. Outras entidades podem ser sujeitos de direito; portanto, ser pessoa, ter personalidade. A tais entidades, para se não confundirem com as pessoas-homens, dá-se o nome de pessoas jurídicas, ou morais, ou fictícias, ou fingidas’. [...] Pessoa jurídica, portanto, é o agrupamento de pessoas dotado pela lei de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo, assim, personalidade jurídica própria, independente da de seus membros” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 108-109).

A razão de ser das pessoas jurídicas está na necessidade ou conveniência de pessoas singulares reunirem esforços de ordem material ou pessoal para a consecução de objetivos comuns, de maneira a possibilitar sua exploração de forma adequada. Isso porque a realização de certos objetivos transcende a capacidade dos interessados individualmente. À medida que as atividades ganham complexidade, não mais podem ser eficientemente desenvolvidas por um indivíduo, apenas, seja por ultrapassar o limite normal de sua existência como pessoa, seja por exigir a prática de atividades não exercitáveis por um só. Assim,

a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas, que se compõem, ora de um conjunto de pessoas, ora de uma destinação patrimonial, com aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações⁴.

Em regra, para que a pessoa jurídica seja constituída, exige-se a conjunção de três fatores: (i) a vontade humana criadora, (ii) a observância dos requisitos legalmente previstos para a sua formação e (iii) a liceidade de seus objetivos⁵.

Quanto à natureza da pessoa jurídica, não há consenso entre os autores, sendo esta talvez uma das questões mais intrincadas do direito. Fábio Ulhoa Coelho⁶ esforça-se para organizar as opiniões em

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1. 20. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 297.

5 Op. cit., p. 298.

6 "Muitas foram as soluções tentadas pelos teóricos para organizar o argumento da questão ontológica da pessoa jurídica. Essas soluções dividem-se, fundamentalmente, em duas. De um

duas correntes principais: a pré-normativista — chamada por Francisco Amaral de teoria realista⁷ — e a normativista — chamada por Francisco Amaral de teoria da ficção⁸. A primeira corrente, pré-normativista, considera a pessoa jurídica uma entidade cuja existência antecede ao direito, dele independentemente. O ordenamento jurídico, assim, ao regular esses entes, estaria apenas reconhecendo algo pré-existente ao

lado, as teorias pré-normativistas, que consideram as pessoas jurídicas seres de existência anterior e independente da ordem jurídica. [...] De outro lado, encontram-se as teorias normativistas sustentando o oposto, isto é, as pessoas jurídicas como criação do direito. Fora da previsão legal correspondente, não se as encontram em nenhum lugar” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 8-9). Caio Mário da Silva Pereira, por outro lado, agrupa as teorias acerca da natureza da pessoa jurídica em quatro categorias: (i) teorias da ficção, da propriedade coletiva, da realidade e institucional: “[t]eorias da ficção. Sob esta epígrafe podem ser agrupadas as que negam a existência real da pessoa jurídica procurando explicá-las como ente fictício. [...] A primeira delas, a mais típica, é a que considera a pessoa jurídica como mera criação legal, cuja existência só encontra explicação como ficção da lei, ou da doutrina. [...] Propriedade coletiva. Dando combate à teoria da ficção, que não satisfaz, surgiu a teoria da propriedade coletiva [...] que, em linhas gerais, assim se pode resumir: ao lado da propriedade individual existe a propriedade coletiva, e, sob a aparência de uma pessoa civil, o que existe é a massa de bens possuída por um grupo mais ou menos numeroso de pessoas, subtraída ao regime da propriedade individual. Este patrimônio, criado em razão das finalidades a que se propõem os indivíduos que se associam, distingue-se do patrimônio de cada um dos aderentes. [...] Assentada a idéia na propriedade coletiva dos associados sobre um acervo de bens, ficam desde logo excluídas as que não os possuem e, portanto, a teoria é imperfeita por não abranger todos os tipos de entidades. [...] Teoria da instituição. Institucionalista, Hauriou transpôs para a caracterização da pessoa jurídica a idéia da instituição imaginando os entes morais como organizações sociais que, por se destinarem a preencher finalidades de cunho socialmente útil, são personificadas. [...] A teoria institucionalista não encontra explicação para a concessão de personalidade jurídica às sociedades que se organizam sem a finalidade de prestar um serviço ou preencher um ofício. Teorias realistas. [...] Verifica o direito que, desde os tempos antigos, houve agrupamentos de indivíduos com a finalidade de realizar os seus interesses ou preencher as exigências sociais. O direito sempre encarou estes grupos destacadamente de seus membros, o que significa que a ordem jurídica considera estas entidades como seres dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que os criaram. Diante dessa realidade objetivamente perceptível, a ordem legal atribuiu personalidade jurídica a qualquer agrupamento suscetível de ter uma vontade própria e de defender seus próprios interesses” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, cit., pp. 309-310).

7 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 281.

8 Op. cit., p. 281.

direito, à semelhança do que ocorreria com as pessoas naturais. Elenca Fábio Ulhoa, como subteorias dessa primeira corrente, a teoria “orgânica” e a teoria da “realidade objetiva”⁹. Ao lado da corrente pré-normativista está a teoria da realidade técnica, segundo a qual as pessoas jurídicas seriam, sim, uma realidade, mas produto da ordem jurídica, ou seja, uma realidade técnica.

Já a segunda grande corrente, normativista, vê na pessoa jurídica uma ficção, criação do direito, não pré-existindo a ele. O principal expoente da tese seria o próprio Hans Kelsen, para quem não só as pessoas jurídicas, como também as próprias pessoas naturais seriam construções do ordenamento¹⁰. Já para outros normativistas, pressupõe-se que o homem é o único sujeito de direitos, sendo a pessoa jurídica uma criação contrária à realidade, imposta pelas circunstâncias, a quem o Estado concede “personalidade jurídica, fingindo-se que existe uma pessoa, sujeito de direitos”¹¹.

Para grande parte da doutrina brasileira, a teoria mais adequada para explicar a natureza das pessoas jurídicas seria a da realidade técnica, “que se situa entre duas posições antagônicas (ficção e realidade orgânica)”¹². Segundo esta teoria, como já mencionado, a pessoa jurídica existe na realidade, embora sua personalidade seja produto do ordenamento jurídico. Tal característica, inclusive, seria comum às pessoas naturais, já que, a rigor, também a sua personalidade é criação do direito, “reconhecida quando a ordem legal a concede, e negada quando (escravos) o ordenamento jurídico a recusa”¹³.

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., pp. 8-9.

10 Op. cit., pp. 8-9.

11 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 281.

12 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 110.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, cit., pp. 309-310, que complementa: “encarando a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica, aceitamo-la e à sua personalidade sem qualquer artifício”.

Traçando a evolução histórica do conceito, Francisco Amaral apresenta três momentos distintos, o romano, o medieval e o moderno¹⁴. Na época do direito romano, a noção de pessoa jurídica como ente distinto de seus membros ainda não estaria suficientemente desenvolvida, não havendo uma conceituação técnica que conferisse aos conjuntos de pessoas ou de bens personalidade própria. Já no pensamento jurídico medieval teria aflorado a noção de pessoa jurídica como uma abstração, com personalidade distinta dos indivíduos que a compõem. Nas palavras de Francisco Amaral, “deve-se, portanto, aos canonistas e, particularmente, a Inocêncio IV, o verdadeiro início da teoria da pessoa jurídica”¹⁵. Chegada a modernidade, consolidar-se-ia o conceito, surgindo a designação de pessoa moral, já considerada como verdadeira realidade ao lado das pessoas naturais. Nessa fase, importante contribuição seria a da doutrina alemã que, ao sistematizar o direito civil, considerou a existência de sujeitos de direitos diversos da pessoa física, dotados de personalidade e, assim, capazes de titularizar relações jurídicas.

2. Personalidade, capacidade e subjetividade

Como visto, a despeito da discussão ontológica quanto à natureza da pessoa jurídica, o fato é que a elas o legislador conferiu personalidade. A noção aproxima-se de outros conceitos, em especial a capacidade e a subjetividade.

A personalidade traz em si uma dúplici noção. De um lado, em seu aspecto subjetivo, ela se apresenta como a capacidade para titularizar direitos e contrair obrigações¹⁶, sendo atributo tanto das pessoas físicas quanto das jurídicas.

14 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., pp. 277-280.

15 Op. cit., p. 279.

16 Leciona Pietro Perlingieri que a titularidade é justamente a relação entre o sujeito e a situação jurídica subjetiva, e que “[o] sujeito não é elemento essencial para a existência da situação. [...]”

Esta capacidade, entretanto, não é exclusiva dos entes personalizados, na medida em que o ordenamento atribui capacidade a certos entes despersonalizados. É o caso, por exemplo, do condomínio, a quem o Código de Processo Civil, em seu artigo 12, confere capacidade processual. Vê-se, assim, que a subjetividade — “possibilidade, conferida pelo ordenamento, de se tornar sujeito de direito”¹⁷ — pode existir sem a imputação de personalidade¹⁸.

Abre-se, aqui, um parêntese para mencionar a posição de Lamartine Corrêa, para quem, em princípio, não seria possível atribuir subjetividade a entes não dotados de personalidade, de modo que não faria sentido haver partes processuais sem capacidade para titularizar direitos e obrigações. Em suas palavras, “a capacidade de ser parte é, em verdade, totalmente incompatível com a ausência de personalidade”¹⁹. Nessa linha, ao analisar as entidades a quem, apesar de desprovidas de personalidade, o Código Civil conferiu a possibilidade de representação judicial ativa e passiva, conclui o autor que (i) ou

A estrutura da relação jurídica é a ligação entre situações subjetivas. A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 107 e 115).

17 TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

18 Na lição de Fábio Ulhoa Coelho, uma das distinções entre as pessoas e os entes despersonalizados estaria em que “[a]o personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica dispensa-se de especificar quais atos esse algo ou alguém está apto a praticar. Em relação às pessoas, a ordem jurídica apenas delimita o proibido; a pessoa pode fazer tudo, salvo se houver proibição. Já em relação aos sujeitos despersonalizados, não existe a autorização genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente definidos. Para as não-pessoas, a ordem jurídica não delimita o proibido, mas o permitido [...] Esse o traço diferencial entre o regime das pessoas e dos entes despersonalizados” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., pp. 9-11).

19 OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo Saraiva, 1979, p. 203.

essas entidades não são sujeitos, mas sim objetos de direitos (seria o caso da massa falida, do espólio e da herança jacente e vacante), ou (ii) essas entidades seriam, sim, dotadas de personalidade (seria o caso do condomínio)²⁰.

De outro lado, o viés objetivo da personalidade implica sua significação como objeto de direitos, verdadeiro bem jurídico, os direitos da personalidade²¹. Esse aspecto da personalidade está atrelado à noção de pessoa humana, tendo o Código Civil estendido a proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas por simples conveniência, e apenas no que for cabível²².

Nessa linha de raciocínio, cumpre mencionar que, apesar da previsão do artigo 52, certos direitos não devem ser assegurados às pessoas jurídicas, por incompatíveis. Deveria ser o caso, por exemplo, do dano moral, não obstante o teor da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)²³. Isso porque tanto a concepção subjeti-

20 Op. cit., pp. 201-228.

21 Nas palavras de Gustavo Tepedino, “[s]ob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27).

22 Como determina o artigo 52 do Código Civil, “[a]plica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Gustavo Tepedino lembra que “[a]ndou bem o legislador, desta feita, em não conferir à pessoa jurídica direitos informados por valores inerentes à pessoa humana. Limitou-se aqui o art. 52 a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, apenas no que couber, à proteção da pessoa jurídica. Esta, embora dotada de capacidade para o exercício de direitos, não contém os elementos justificadores da proteção à personalidade, concebida como bem jurídico, objeto de situações existenciais” (TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXVI).

23 Súmula 227 do STJ: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

va²⁴ quanto a concepção objetiva²⁵ dessa espécie de dano não se coaduna com as pessoas jurídicas. De um lado, a concepção subjetiva do dano moral — que o relaciona à idéia de dor, sofrimento ou humilhação, tomando em consideração os efeitos extrapatrimoniais da lesão na pessoa do ofendido — é incompatível, pois as pessoas jurídicas são inaptas a experimentar sentimentos próprios de pessoas humanas. De outro lado, também a concepção objetiva é inconciliável com o dano moral, já que a tutela da dignidade protege apenas as pessoas físicas²⁶.

De maneira sintética, Francisco Amaral diferencia as duas acepções da personalidade, ao afirmar que enquanto “as pessoas jurídicas têm capacidade de direito” — viés subjetivo da personalidade —, “não dispõem de certas formas de proteção da personalidade, representadas pelos chamados direitos da personalidade”²⁷ — seu viés objetivo.

A importância de o ordenamento atribuir personalidade às pessoas jurídicas está em que, além da subjetividade, que a permite titularizar direitos e contrair e obrigações, a pessoa jurídica é dotada

24 No Brasil, expoente da teoria subjetiva do dano moral é José de Aguiar Dias, para quem o dano moral é “[...] a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atualizado por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.006).

25 Precursora da corrente objetiva do dano moral é Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana — dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327).

26 Na opinião de Pietro Perlingieri, enquanto os interesses relativos às pessoas físicas merecem proteção por serem essenciais ao seu pleno e livre desenvolvimento, os interesses concernentes às pessoas jurídicas não poderiam ser protegidos com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana, encontrando fundamento inteiramente diverso: “[p]ara as pessoas jurídicas o recurso à cláusula geral da tutela dos ‘direitos invioláveis’ do homem constituiria uma referência totalmente injustificada” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., pp. 157-158).

27 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 220.

de autonomia patrimonial, o que implica responsabilidade própria pelas obrigações por ela contraídas. Tal característica é fundamental para o desenvolvimento econômico, a segurança jurídica e a preservação da livre iniciativa.

3. Pessoa jurídica e autonomia patrimonial: as sociedades empresárias

Da personalização das pessoas jurídicas, como visto, decorre (i) a atribuição de subjetividade para que titularizem direitos e contraiam obrigações, bem como (ii) o princípio da autonomia patrimonial, que implica responsabilidade da pessoa jurídica, distinta da de seus membros²⁸. A autonomia patrimonial, pode-se dizer, é o principal efeito da personalização, pois com a separação entre o patrimônio social e os patrimônios de seus membros, a própria pessoa jurídica passa a ser proprietária de certos bens que, integrando seu patrimônio, eventualmente servirão para arcar com as dívidas por ela contraídas.

No caso das sociedades empresárias, em especial a sociedade limitada e a sociedade por ações, a distinção fica clara quando se nota que os sócios não são co-proprietários do patrimônio social. No patrimônio dos sócios encontra-se a participação societária, enquanto os bens sociais são de titularidade exclusiva da própria sociedade.

28 Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam conseqüências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionadas ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações. Três exemplos ilustram as conseqüências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., p. 14).

“Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade”²⁹.

Deste modo, em princípio, respondem pelas obrigações da sociedade apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém por dívida de outrem, a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é de seus sócios.

Nessa linha de raciocínio, em princípio a obrigação do acionista, no caso da sociedade por ações, está limitada à integralização do valor das ações por ele subscritas³⁰; já no caso do sócio de sociedade limitada, apesar de a responsabilidade de cada sócio estar limitada ao valor de suas quotas, todos respondem solidariamente pela integralização do capital social³¹, previsão essa que objetiva garantir maior segurança a terceiros que contratem com a sociedade. Aliás, os diferentes níveis de responsabilidade atribuídos aos sócios, a depender do tipo societário, resulta na necessidade de concessão de direito de recesso diante de deliberação que aprove a transformação societária, pois nesse caso as responsabilidades dos sócios poderão ser alteradas. Basta imaginar a transformação de uma sociedade por ações em limitada, sem que o capital social tenha sido totalmente integralizado.

29 Op. cit., p. 15. O autor complementa: “[n]ão existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com uma sua parcela ideal”.

30 Conforme estabelece o artigo 1º da Lei nº 6.404/1976: “[a] companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

31 Código Civil, artigo 1.052. “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

Para além dessa responsabilidade, a responsabilização pessoal do sócio pelas obrigações sociais terá lugar apenas em situações excepcionais, que permitem afastar a regra da autonomia patrimonial, para que seja possível executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade. Trata-se de situação excepcional na medida em que, em regra, a garantia dos credores é representada pelo patrimônio do próprio devedor, no caso, a pessoa jurídica.

O princípio da autonomia patrimonial é fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica, pois baliza a possibilidade de perdas nos investimentos mais arriscados. Isso porque, diante da irresponsabilidade dos sócios, em regra, pelas obrigações sociais, motivam-se os investidores a aplicar seu dinheiro em atividades potencialmente mais arriscadas, sem necessariamente comprometer o seu patrimônio particular. “Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais. No final, o potencial econômico do país não estaria eficientemente otimizado, e as pessoas em geral ficariam prejudicadas, tendo menos acesso a bens e serviços. O princípio da autonomia patrimonial é importantíssimo para que o direito discipline de forma adequada a exploração da atividade econômica”³². A autonomia patrimonial, assim, “há de ser respeitada, para a preservação dos princípios constitucionais da livre iniciativa, indispensável à ordem democrática, e da segurança jurídica, este último associado à previsibilidade das garantias contratuais”³³.

32 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., p. 16.

33 TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., p. 4.

Joaquim P. Muniz, em estudo acerca da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, elenca uma série de fatores que justificam economicamente a limitação da responsabilidade dos sócios³⁴. Para este autor, de um lado, a ilimitação da responsabilidade dos sócios geraria aversão extrema ao risco. Em suas palavras, “caso os sócios corressem o risco de responder, com seu patrimônio pessoal, pelas perdas incorridas em virtude de investimentos em novos negócios, as empresas seriam orientadas a ter estratégias muito mais conservadoras”³⁵. Além disso, dentre outros fatores³⁶, lembra o autor que a ilimitação da responsabilidade desincentivaria a diversificação de investimentos. Isso porque, enquanto, em se tratando de sociedades de responsabilidade limitada, “a moderna teoria econômica sustenta que a diversificação de investimentos reduz o risco do investidor”³⁷, no caso de ilimitação de responsabilidade “o raciocínio muda inteiramente. Quanto maior o número de sociedades ilimitadas em que uma pessoa for sócia, maior o risco de que ela tenha que comprometer seus bens pessoais para pagar as dívidas da sociedade”³⁸.

34 Embora, a rigor, tal limitação não seja consequência obrigatória da autonomia patrimonial, já que há tipos societários em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, ainda que de modo subsidiário.

35 MUNIZ, Joaquim P. “Princípio da autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica”. In: *Revista de direito empresarial IBMEC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 149.

36 Os outros fatores citados pelo autor são os seguintes: (i) a ilimitação de responsabilidade dificultaria a mudança de controle em sociedades ineficientes, (ii) distorceria a avaliação da sociedade, e, de outro lado, (iii) a limitação de responsabilidade reduziria os custos de fiscalização da administração, e (iv) reduziria o custo do monitoramento das condições financeiras dos sócios. Para mais detalhes, v. MUNIZ, Joaquim P. “Princípio da autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica”, cit., pp. 148-152.

37 MUNIZ, Joaquim P. “Princípio da autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica”, cit., p. 150.

38 Op. cit., p. 150.

4. Desconsideração da personalidade jurídica

4.1. Considerações gerais

Como visto, o princípio da autonomia patrimonial determina a separação entre o patrimônio social e os patrimônios particulares de seus sócios, de maneira que apenas o primeiro será afetado pelas obrigações contraídas pela própria sociedade. Há casos, entretanto, que se autoriza a desconsideração da personalidade jurídica para, diante da situação concreta, alcançar o patrimônio dos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, para a satisfação dos credores sociais.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi primeiro desenvolvida no direito anglo-saxão, a partir de alguns precedentes jurisprudenciais. O conhecido caso *Salomon vs. Salomon & Co* pode ser considerado como decisão paradigma, uma das primeiras aparições da teoria da desconsideração de que se tem notícia. No referido caso, ocorrido em 1897, decidiu-se por levantar o véu da pessoa jurídica, para atingir o patrimônio pessoal de seus sócios, por ter se constatado que a constituição da sociedade, naquele caso, teria sido motivada fundamentalmente para limitar a responsabilidade um de seus sócios, em prejuízo de seus credores, relacionando-se, assim, a situação de fraude. Como explana Gustavo Tepedino em artigo sobre o tema, “o comerciante Aaron Salomon e seis componentes de sua família constituíram uma companhia e, cedendo aquele seu fundo de comércio, passou a titularizar 20.000 ações representativas do capital social e recebeu 10 mil libras esterlinas, ao passo que os demais sócios receberam apenas uma ação. Na prática, o comerciante apenas amealhou o seu fundo de comércio e passou a se utilizar da companhia como mera fachada para a sua proteção patrimonial. Posteriormente, a companhia começou a atrasar seus pagamentos e, após um ano, entrou em liquidação, ocasião em que se verificou que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações assumidas. O liquidante, em nome e no interesse dos credores quirografários, alegou que Salomon havia constituído a sociedade apenas como fa-

chada com vistas à limitação de sua responsabilidade, devendo, por isso, ser condenado ao pagamento dos débitos da companhia. A pretensão do liquidante foi acolhida pelo magistrado de 1ª instância e pela Corte”³⁹.

Quanto aos requisitos necessários à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica há, basicamente, duas correntes de pensamento. De um lado, a formulação da chamada teoria maior da desconsideração atrela a possibilidade de a personalidade jurídica ser desconsiderada a episódios de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, casos em que o julgador estaria autorizado a ignorar o princípio da autonomia patrimonial, e alcançar bens particulares dos sócios para a satisfação de obrigações sociais. De outro lado, a chamada teoria menor da desconsideração admite invocar o recurso diante da simples constatação de prejuízo do credor diante da

39 TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., pp. 7-8. Como esclarece Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, apesar de a decisão de primeira instância e o Tribunal de Apelação terem acolhido o pedido do liquidante, a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) reformou por unanimidade a decisão, de modo que o deslinde do caso não permitiu alcançar o patrimônio pessoal de Salomon, privilegiando-se a autonomia patrimonial. O precedente é considerado precursor da teoria da desconsideração, então, porque diante da decisão final, “a consideração da autonomia da pessoa jurídica em relação aos sócios para legitimar situações injustas e lesivas ao direito de terceiros gerou críticas da doutrina e repercutiu por toda a Europa e Estados Unidos” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. “Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano — influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 13-16. O autor descreve detalhadamente o precedente *Salomon vs. Salomon & Co.*). Sobre o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, ver também BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 14-15, e BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 3-7. Este último autor recorda que “o ‘leading case’ que deu origem à denominada ‘disregard doctrine’ não desconsiderou a personalidade jurídica; pelo contrário, manteve a separação entre os entes de direito, a pessoa física e pessoa jurídica”, e que as debêntures emitidas pela sociedade em benefício de Aaron Salomon foram consideradas créditos legítimos no procedimento de liquidação.

insuficiência do patrimônio social, o que por si só já autorizaria o afastamento do princípio da autonomia patrimonial.

A teoria maior da desconsideração abrange, em si, duas diferentes situações que autorizariam a medida, sendo uma objetiva e outra subjetiva⁴⁰. Nas situações subjetivas, a desconsideração da personalidade teria lugar diante da constatação de fraude ou abuso de direito, de forma que, para ser possível a desconsideração, exigem-se “a demonstração de fatos atribuíveis ao sócio ou administrador que frustrem legítimo interesse do credor mediante a manipulação fraudulenta da pessoa jurídica”⁴¹.

Nas situações objetivas, por outro lado, a teoria da desconsideração será aplicada quando, mesmo sem ter havido comprovação de fraude ou abuso da personalidade jurídica, tiver se tornado inútil ou ineficaz a organização societária, o que ocorre, por exemplo, em situações de confusão patrimonial em que se confundem os patrimônios

40 Nas palavras de Gustavo Tepedino, “as formulações objetiva e subjetiva consistem em desdobramentos da teoria maior, uma vez que ambas procuram estabelecer pressupostos para a desconsideração” (TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., p. 22). Fábio Ulhoa Coelho esclarece que, enquanto nas situações subjetivas, caberia ao prejudicado a comprovação da fraude ou abuso, nas situações objetivas, a constatação da confusão patrimonial já geraria a presunção de fraude, facilitando, assim, a tutela em juízo dos interesses do credor (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., pp. 44-45). Em acórdão recentemente publicado, a Ministra Nancy Andrighi esclarece que a teoria maior da desconsideração abarca, em si, duas vertentes: “[...] A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente” (STJ, 3ª T., REsp 970635/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.11.2009, v.u., DJe 01.12.2009, RB vol. 554 p. 29, REVJUR vol. 386 p. 163).

41 TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., pp. 9-10.

do sócio e da sociedade, em prejuízo dos credores. É o caso “do sócio que se utiliza do patrimônio da pessoa jurídica para efetuar pagamentos pessoais e vice-versa, circunstâncias em que não existiria uma separação entre as atividades da pessoa jurídica e da pessoa física”⁴².

4.2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi trazida ao Brasil pela doutrina, no final da década de 1960, em um seminário de autoria de Rubens Requião⁴³. Na época, o autor defendeu a adequação da teoria ao direito brasileiro independentemente de específica previsão legal, já que se trataria de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Deixar de aplicá-la, a seu ver, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude⁴⁴.

Foi somente na década de 1990 que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada, pelo Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), diploma legal incidente tão-somente sobre as relações de consumo que, por sua vez, costumam envolver uma parte hipossuficiente, o consumidor. O artigo 28 do CDC determina que “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-fé da administra-

⁴² Op. cit., p. 11.

⁴³ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.

⁴⁴ O histórico da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é traçado por Fábio Ulhoa Coelho (Op. cit., p. 38).

ção”. O parágrafo 5º deste mesmo artigo vai além, conferindo à teoria da desconsideração no âmbito das relações de consumo uma amplitude muito mais alargada, na medida em que autoriza a sua aplicação independentemente de qualquer requisito, exigindo-se, apenas, a constatação de prejuízos ao consumidor: “[t]ambém poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Ao que parece, então, o CDC teria adotado a teoria menor da desconsideração.

Este artigo, em especial o seu § 5º, foi alvo de duras críticas por parte da doutrina brasileira⁴⁵, justamente por ter admitido a aplicação da teoria da desconsideração a despeito da comprovação de fraude, abuso ou confusão patrimonial, representando, assim, uma séria ameaça à autonomia patrimonial das sociedades empresárias. Só não representou uma ameaça maior pois seu âmbito de aplicação restringe-se às relações consumeristas. Além disso, muitos autores⁴⁶

45 Veja-se, por exemplo, a crítica de Fábio Ulhoa Coelho: “No direito brasileiro, o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28. Contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria” (Op. cit., p. 50). Igualmente severas são as críticas de (i) TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 130; (ii) NICOLAU, Gustavo Rene. In: AZEVEDO, Alvaro Villaça (coord.), *Código Civil Comentado*. V. 1. São Paulo, Atlas, 2007, pp. 132-134; e (iii) BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

46 Dentre outros, (i) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., pp. 52-53; (ii) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002”. In: *Revista dos Tribunais*. V. 846. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 22; (iii) RODRIGUES, Simone Gomes. “Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do consumidor”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 19; (iv) GLOGER, Christian. “A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo — uma nova análise do art. 28 do CDC”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. V. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 107; e (v) TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., p. 19. Este último autor argumenta que se deve “conferir interpretação sistemática do dispositivo [art. 28 do CDC] associando o *caput* ao § 5º, de modo que o § 5º somente irá se aplicar caso ocorra uma das hipóteses contidas no *caput* do art. 28”.

vêm tentando mitigar o teor do referido parágrafo 5º, numa leitura em conjunto ao *caput* do artigo 28. Entretanto, a jurisprudência brasileira tem adotado, em algumas oportunidades, a interpretação literal do referido parágrafo⁴⁷.

Posteriormente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada em outros diplomas legais, no âmbito da legislação extravagante. Em 1994, a Lei Antitruste a previu em seu artigo 18⁴⁸. Pouco depois, a legislação ambiental, aplicando, assim como a legislação consumerista, a teoria menor da desconsideração⁴⁹.

Na seara da Justiça Trabalhista, apesar de inexistir dispositivo específico atinente à desconsideração, a personalidade jurídica de sociedades empresárias vem sendo desconsiderada injustificadamente, pela simples “falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas”⁵⁰. No Tribunal Superior do Trabalho, afirma-se, de maneira recorrente, que “da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador aplicável na execução trabalhista, de acordo com o artigo 2º, § 2º, da CLT, e consagrada no artigo 28 da Lei n.º 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor —, resulta o reconhecimento da responsabilidade do sócio, caso evi-

47 O caso paradigma desta orientação jurisprudencial é o REsp 279273, que será analisado adiante. Ver também: TJSP, 19ª CDPriv., Ap. 7270948700, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 15.12.2008, v.u.; TJSP, 35ª CDPriv., AI 1230963005, Rel. Des. Artur Marques, j. 19.01.2009, v.u..

48 Lei nº 8.884/1994, art. 18. “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 administração”.

49 Lei nº 9.605/1998, art. 4º. “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente”. Nas palavras de Gustavo Tepedino, “essa lei, levada às últimas conseqüências, faria tábua rasa da autonomia patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, pois estabeleceria a desconsideração sempre que houvesse dificuldade para o ressarcimento de danos causados ao meio ambiente” (TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., p. 16).

50 TST, 1ª T., AI em Recurso de Revista 1048/2005-008-19-40.0, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 22.10.2008, DJ 14.11.2008.

denciada a incapacidade da empresa de satisfazer suas obrigações trabalhistas, revestidas, como é cediço, de natureza alimentar e privilegiadas em relação a quaisquer outros créditos”⁵¹. Em casos tais, tem se aplicado a teoria menor da desconsideração.

Tal aplicação desenfreada da teoria da desconsideração na seara trabalhista, inclusive, já foi objeto de reflexão pelo professor Gustavo Tepedino, que ponderou o seguinte:

Assiste-se, com efeito, em alguns setores da magistratura, à generalização desmedida da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo-se tábula rasa da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esta seria, a julgar por certos julgados, um entrave formal e de some-nos contra a justiça substancial. Em conseqüência, os limites da responsabilidade patrimonial das empresas, estipulados por lei e em contratos sociais, são desprezados, bastando que o autor seja considerado menos poderoso do que o réu. [...] No âmbito do direito do trabalho, basta que a empresa empregadora se torne insolvente para que os ex-sócios sejam chamados a responder, muitas vezes sem o contraditório e a ampla defesa. Já se afirmou, na instância máxima do Judiciário Trabalhista, que sendo a sociedade ‘mera construção jurídica que se materializa na figura dos sócios’, é de se presumir que, ‘se a Reclamada foi regularmente citada na fase de conhecimento, os sócios foram plenamente cientificados da existência de demanda em face da pessoa jurídica, que é mera ficção legal’ (AIRR, Proc. Nº 2024/2005-071-02-40, 6ª Turma do TST). Em face de tão teratológico raciocínio, pelo qual o sócio não administrador, independentemente de qualquer abuso ou irregularidade, vê-se diante de penhora *on line*

51 TST, 1ª T., AI em Recurso de Revista 1048/2005-008-19-40.0, citado. No mesmo sentido, TST, 1ª T., AI em Recurso de Revista 1235/1992-007-08-40.1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 03.09.2008, DJ 19.09.2008: “[j]ustifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. [...] Ante a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a satisfação do crédito reconhecido judicialmente, conforme salientado pela Corte de origem, resulta incensurável o procedimento adotado no Juízo da execução”. E ainda: TST, 1ª T AI em Recurso de Revista 201/2006-432-02-40.1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 21.05.2008, DJ 20.06.2008.

de sua conta bancária sem que sequer tenha sido citado, valeria indagar se tal solução pode ser considerada, de qualquer ponto de vista, progressista. E se não seria a hora de uma reflexão profunda sobre a execução na Justiça do Trabalho⁵².

Com o advento do Código Civil de 2002, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada de maneira genérica, incidindo, justamente, nas relações paritárias. Para as relações de consumo, continuou a prevalecer a norma especial. Diferentemente do CDC, o artigo 50 do Código Civil enumera certos requisitos necessários à incidência da teoria — abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Eis o teor do dispositivo:

Art. 50. 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.

Assim, nas relações regidas pelo Código Civil — que adotou a teoria maior —, a desconsideração da personalidade jurídica que, quando empregada, resulta na responsabilização pessoal dos sócios ou administradores, incide, na prática, quando há o preenchimento de um determinado suporte fático de incidência, qual seja, a existência de (i) confusão patrimonial, ou (ii) atuação fraudulenta ou abusiva dos sócios e administradores. Presentes tais requisitos, é imperativo desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, para atingir os bens particulares dos sócios ou administradores, e ressarcir terceiros lesados pela atuação irregular. Ressalte-se, apenas, que no caso da desconsideração por conta da confusão patrimonial, não há necessi-

52 TEPEDINO, Gustavo. “Perigos da desconsideração imprudente da personalidade jurídica”. In: *Revista de direito trimestral de direito civil*. V. 38. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2009, pp. III a V (editorial).

dade de comprovação, por parte do prejudicado, de ato ilícito, bastando a verificação, na prática, de que não há clara separação entre as atividades da pessoa jurídica e da pessoa física, em prejuízo de terceiros e credores sociais. A presunção de fraude, nesse caso, atua em benefício do credor social⁵³.

Diante da desconsideração, entretanto, nem todos os sócios terão necessariamente seu patrimônio pessoal atingido, sendo preciso verificar, no caso concreto, quais deles estavam de fato envolvidos no evento que deu causa à desconsideração, para que não se responsabilizem inadequada e injustamente aqueles sócios que não concorreram para a prática do ato abusivo ou fraudulento⁵⁴.

Além disso, diante da situação concreta, a autorização da desconsideração da personalidade jurídica deverá ficar adstrita às repercussões do ato fraudulento. O Código Civil é expresso nesse sentido, ao determinar que a desconsideração será episódica, para que apenas “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios”. A decisão judicial que autoriza o afastamento episódico da autonomia patrimonial da sociedade, assim, “não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata-se, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica de eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins”⁵⁵.

53 Para Fábio Ulhoa Coelho, a desconsideração decorrente da confusão patrimonial facilita a tutela dos interesses dos credores sociais em juízo, pois faz presumir a utilização fraudulenta da autonomia patrimonial (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., p. 45).

54 “[P]ode-se apontar um limite de ordem subjetiva à aplicação da teoria da desconsideração: nem todos os membros da pessoa jurídica, em caso de seu mau uso, terão seu patrimônio atingido, visto que apenas aqueles que concorreram para a prática do ato abusivo e fraudulento serão responsabilizados” (CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 4-6).

55 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., p. 41.

Cabe lembrar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica só terá lugar quando, em princípio, em virtude da personalidade, o sócio ou o administrador não poderia ser responsabilizado. Assim, nas situações em que cabe a responsabilização pessoal direta dos sócios ou administradores, não há necessidade de se recorrer à teoria da desconsideração, o que seria mesmo uma impropriedade. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, [clabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como obstáculo à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração⁵⁶.

Seria o caso, por exemplo, da responsabilidade dos sócios administradores, em relação a débitos tributários da sociedade, quando tiverem atuado com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social⁵⁷.

56 Op. cit., p. 43. Em sentido semelhante, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves lembra que “uma das maiores dificuldades da jurisprudência brasileira [...] é definir as reais dimensões e pretensões da teoria [da desconsideração], sem confundi-la com institutos completamente diferentes e já existentes há muito na legislação nacional, como a responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. “Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano — influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*, cit., p. 2).

57 É o que determina o artigo 135 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966): “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: [...] III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”. Como se vê, nesses casos, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, pois já há previsão de responsabilidade pessoal dos administradores. A principal controvérsia, a respeito dessa responsabilidade pessoal por débitos fiscais, diz respeito à amplitude do artigo 135. Enquanto alguns entendem que qualquer descumprimento de lei (p. ex., o não recolhimento de tributos) ensejaria a responsabilização, outros tendem a restringir a aplicação do dispositivo, exigindo a presença de elementos de fraude ou dolo: “é claro que, se o sócio gerente ou diretor não só atrasa ou se omite no pagamento de tributos — e até aqui não há como se presumir

Por fim, verifica-se certa tendência doutrinária, em resposta à “superutilização” da desconsideração da personalidade jurídica (em especial na seara trabalhista, consumerista e, em menor escala, ambiental), que visa restringir a todo custo a sua incidência. Trata-se de uma espécie de resposta à banalização da teoria. No fundo, o que essas manifestações repudiam é a sua aplicação descriteriosa e equivocada, sendo louváveis, nesse sentido. Porém, por outro lado deve-se atentar para não cair no extremo oposto, deixando de se aplicar a teoria quando, de fato, estiver presente o seu suporte fático de incidência. Assim, estando devidamente comprovados os requisitos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade, o procedimento deve ser levado adiante, para responsabilizar os sócios ou administradores que até então estavam protegidos pelo manto da personalidade, sob pena de ocasionar sérios e injustos prejuízos a terceiros⁵⁸.

fraude ou dolo, tal circunstância sendo o cerne da questão —, mas dissolva irregularmente a sociedade, ou seja, extinga a pessoa jurídica sem quitação de tributos, aí sim sua responsabilização pessoal aparece, nítida, com base naquele art. 135 do CTN” (ROCHA, João Luiz Coelho da. “A responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. V. 60. São Paulo: Dialética, set./2000, pp. 88-89). No âmbito jurisprudencial, a “jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal” (STJ, 1ª T., AgRg no Ag 775621/MG, Rel. Min. José Delgado, j. 05.10.2006, v. u., DJ 26.10.2006, p. 235).

58 Como leciona Fábio Ulhoa Coelho, “[a] teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam. [...] [A] desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade da própria sociedade. [...] Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto. A percepção dessa nuance é a diferença entre as teorias maior e menor da desconsideração” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., pp. 39-40).

4.3. Precedentes jurisprudenciais relevantes do Superior Tribunal de Justiça

Diante de uma série de precedentes jurisprudenciais, em que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) foi chamado a interpretar, na prática, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, é possível extrair certas assertivas que expressam o entendimento majoritário na Corte a respeito do tema. Desta forma, neste item serão analisados alguns acórdãos relevantes no que tange à desconsideração da personalidade jurídica, bem como expostas certas linhas de orientação do STJ.

Nessa linha, primeiramente merecem destaque dois recentes acórdãos julgados pelo STJ, em que ficou clara a necessidade de preenchimento de certos requisitos para que seja viável a desconsideração. No primeiro caso, os sócios que viram seu patrimônio pessoal alcançado ajuizaram um mandado de segurança visando suspender a decisão judicial que autorizou a desconsideração. O pedido foi deferido pelo STJ, sob o fundamento de que, para ultrapassar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, é imprescindível a verificação de vícios na utilização da pessoa jurídica:

[...] A possibilidade de ignorar a autonomia patrimonial da empresa e responsabilizar diretamente o sócio por obrigação que cabia à sociedade, torna imprescindível, no caso concreto, a análise dos vícios no uso da pessoa jurídica por se tratar de medida que excepciona a regra de autonomia da personalidade jurídica, e como tal, deve ter sua aplicação devidamente justificada, pois atinge direito de terceiro que não fez parte da relação processual original. 3. Na hipótese em exame, o magistrado, sem apresentar qualquer justificativa, sem, até mesmo, afirmar que estava desconsiderando a personalidade jurídica da empresa, arrestou mais de 800 (oitocentos) hectares de terra e um caminhão de propriedade de um dos sócios. [...] [N]ão encontra suporte jurídico no direito brasileiro a chamada ‘teoria menor’ da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiên-

cia de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica. Na verdade, embora a jurisprudência pátria dispense ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, somente em casos de abuso de direito — cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 —, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (Fábio Konder Comparato, RT 1976: 292), é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a ‘teoria maior’ da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a ocorrência objetiva de tais requisitos para sua configuração. De outra parte, a desconsideração da pessoa moral opera-se de forma episódica, não havendo, verdadeiramente, um desfazimento da personalidade jurídica⁵⁹.

No segundo caso, pretendeu-se desconsiderar a personalidade jurídica diante do falecimento de um dos sócios, para atingir o patrimônio pessoal do sócio remanescente. No julgamento do acórdão, esclareceu-se, em primeiro lugar, que o falecimento de um dos sócios não implica, necessariamente, a dissolução da sociedade, que poderá subsistir com o sócio remanescente, ostentando a sociedade, temporariamente, o caráter unipessoal. Em segundo lugar, esclareceu-se que a desconsideração da personalidade não se justifica pelo simples fato de não ter havido a regular “baixa” do registro na Junta Comercial:

[...] No caso ora em análise, é incontroverso que o capital social foi integralizado, e que as atividades da sociedade foram encerradas, em função da morte do sócio-gerente, em 05 de agosto de 2000. Contudo, não houve a regular ‘baixa’ do registro na junta comercial. Tal circunstância, porém, não implica, por si só, em fraude ou abuso de direito e, tampouco, desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica da empresa⁶⁰.

59 STJ, 4ª T., RMS 25251/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.04.2010, v.u., DJe 03.05.2010.

60 STJ, 4ª T., REsp 846331/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.03.2010, v.u., DJe 06.04.2010.

Especificamente sobre a questão do encerramento irregular das atividades da sociedade, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado 282, é enfático: “o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica”. Esse Enunciado já foi, inclusive, apontado pelo STJ para fundamentar o descabimento da desconsideração da personalidade jurídica em certo caso concreto, em que “houve a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, sem [...] explicitação das razões para esta providência. [...] No caso a desconsideração teve fundamento no fato de ser a controlada (devedora) simples *longa manus* da controladora, sem que fosse apontada uma das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil de 2002”⁶¹.

Para além desses julgados, há outros precedentes merecedores de destaque. No julgamento do Recurso Especial nº 693.235, considerou-se inviável a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal dos administradores de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico de outra, sua controladora, submetida a procedimento falimentar. A vedação ao recurso da desconsideração fundou-se na inexistência “de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios”⁶². Ainda sobre grupos econômicos, o STJ já se manifestou, em algumas oportunidades, no sentido de “ser

61 STJ, 4ª T., REsp 744107/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.05.2008, v.u., DJe 12.08.2008. Em sentido semelhante, no julgamento do Recurso Especial nº 876974, esclareceu a ministra Nancy Andrighi que “o simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios” (STJ, 3ª T., REsp 876974/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, v.u., DJ 27.08.2007, p. 236).

62 STJ, 4ª T., REsp 693235/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.11.2009, v.u., DJe 30.11.2009. Referido acórdão restou assim ementado: “Falência. Arrecadação de bens particulares de sócios-diretores de empresa controlada pela falida. Desconsideração da personalidade jurídica (‘disregard doctrine’). Teoria maior. Necessidade de fundamentação ancorada em fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Recurso provido”.

possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal”⁶³. A desconsideração, entretanto — como afirma o próprio STJ —, deve ser excepcional, apenas em casos de confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores: “a desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores”⁶⁴.

De fato, como leciona Lamartine Corrêa, “desconsiderar a pessoa jurídica controlada, imputando seu comportamento à controladora, e fazendo-o na mera circunstância do controle é mais que desconsiderar: é já pôr em dúvida o próprio sistema, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo”⁶⁵.

Outra questão que recorrentemente é julgada pelo STJ tem relação com a viabilidade de aplicação da teoria da desconsideração independentemente de ação autônoma. A esse respeito, tem decidido o STJ pelo cabimento da medida: “a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma”⁶⁶, e “a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a

63 STJ, 4ª T., REsp 1071643/DF, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.04.2009, v.u., DJe 13.04.2009.

64 STJ, 5ª T., REsp 968564/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.2008, v.u., DJe 02.03.2009.

65 OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., pp. 594-595.

66 STJ, 5ª T., AgRg no REsp 798095/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06.06.2006, v.u., DJ 01.08.2006, p. 533.

desconsideração da personalidade jurídica é medida cabível diretamente no curso da execução”⁶⁷.

Vale, ainda, mencionar a confusão esporádica, no próprio STJ, entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade direta dos sócios e administradores. Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 140564, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, afirmou-se, à luz do artigo 10 do Decreto nº 3.708/1919, que a responsabilidade do sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em casos de excesso de mandato ou atos praticados com violação da lei ou do contrato, seria uma das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica⁶⁸. Trata-se, como visto, de equívoco conceitual, na medida em que a teoria da desconsideração tem lugar justamente quando ausente a possibilidade de responsabilização direta dos sócios ou administradores.

Por fim, cumpre citar importante precedente do STJ sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações consumeristas⁶⁹. Tratava-se o caso concreto de acidente ocorrido em *shopping center*, que ocasionou danos materiais e morais em diversos consumidores. Pretendeu-se, para satisfazer às vítimas, desconsiderar a personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal dos administradores do *shopping*. De um lado, os Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito entenderam que o art. 28, § 5º, do

67 STJ, 3ª T., REsp 920602/DF, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 27.05.2008, v.m., DJe 23.06.2008.

68 STJ, 4ª T., REsp 140564/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.10.2004, v.m., DJ 17.12.2004, p. 547, RSTJ vol. 200, p. 355: “O sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada responde com seus bens particulares por dívida da sociedade quando dissolvida esta de modo irregular. Incidência no caso [...] [do artigo] 10 do Decreto n. 3.708, de 10.1.1919. [...] O art. 10 do Decreto n. 3.708, de 10.1.1919, atribui aos sócios-gerentes a responsabilidade pelas obrigações assumidas em nome da sociedade, solidária e ilimitadamente, ‘pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei’. [...] A hipótese dos autos retrata, em última análise, o que a doutrina costuma denominar de ‘desconsideração da personalidade jurídica’.

69 STJ, 3ª T., REsp 279273/SP, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andriahi, j. 04.12.2003, v.m., DJ 29.03.2004, p. 230, RDR vol. 29, p. 356.

CDC só responsabiliza os sócios e administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*. Deste modo, o só obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores não seria suficiente para a responsabilização, sendo inaplicável a teoria menor da desconsideração. Por outro lado, a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencedor, opinou pela aplicação da desconsideração, pois, segundo ela, “no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei nº. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º). [...] [F]ato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o ‘caput’ do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica”. Apesar desse precedente jurisprudencial, como já adiantado, ainda não há, na jurisprudência, entendimento predominante quanto à interpretação do artigo 28 do CDC e seus parágrafos.

4.4. Desconsideração às avessas ou inversa

Como visto, a aplicação da teoria da desconsideração visa coibir abusos perpetrados pelo uso indevido da personalidade jurídica, quando é possível alcançar diretamente o patrimônio dos sócios ou dos administradores, a depender do caso concreto. É possível, entretanto, visualizar situação inversa, quando, justamente, a personalidade jurídica é utilizada para proteger o sócio de seus próprios credores pessoais. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa física que transfere grande parte ou mesmo todo o seu patrimônio para a titularidade de certa pessoa jurídica que controla⁷⁰, de modo a blindá-lo de seus credores pessoais. A fraude encontrada nessas situações é, assim, basicamente o desvio de bens.

70 Para a desconsideração inversa, é crucial que praticamente 100% do capital social seja de titularidade de sócio que tenha realizado o desvio de bens, de modo a não prejudicar, com a desconsideração inversa, outros sócios.

Outro caso típico de aplicação da desconsideração inversa tem lugar quando, diante da separação iminente de um casal, um dos cônjuges transfere bens para a titularidade de uma sociedade, com o objetivo de excluí-los da partilha decorrente da separação. Figurando esse cônjuge como sócio administrador, ele poderá, inclusive, sem necessidade de outorga conjugal, alienar os bens integrantes do patrimônio social a terceiros⁷¹, dificultando ainda mais a divisão, entre o casal, de tais bens⁷².

Em tais situações, poderá haver a chamada desconsideração às avessas ou desconsideração inversa, quando o patrimônio da sociedade é atingido para satisfazer obrigações pessoais dos sócios. Em síntese, é possível “desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação de sócio”⁷³.

Tem-se notícia de aplicação da desconsideração às avessas no Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso concreto, tratava-se de devedor — pessoa física — de obrigações referentes a honorários advocatícios. Na fase executória do processo, não foi encontrado nas contas correntes e aplicações financeiras do devedor numerário suficiente para satisfazer à penhora. Diante disso, e tendo se constatado ser o devedor o controlador de uma grande sociedade revendedora de veículos — “a maior da América Latina” — autorizou-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para satisfazer a divi-

71 Cf. artigo 978 do Código Civil: “O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

72 No âmbito jurisprudencial, há vários precedentes envolvendo direito de família, em especial sobre partilha de bens e prestação alimentícia, que giram em torno da admissibilidade, ou não, da aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Dentre outros, (i) TJ/RJ, 3ª CC, AI 0024861-02.2010.8.19.0000, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito, j. 29.09.2010; (ii) TJ/RJ, 13ª CC, AI 0016038-73.2009.8.19.0000 (2009.002.24324), Rel. Des. Name-tala Machado Jorge, j. 17.09.2009; (iii) TJ/RJ, 1ª CC, AI 0014699-16.2008.8.19.0000 (2008.002.04463), Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, j. 17.11.2009; e (iv) TJ/RJ, 15ª CC, AI 0021791-79.2007.8.19.0000 (2007.002.30958), Rel. Des. Helda Lima Meireles, j. 18.03.2008.

73 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2, cit., p. 46.

da particular do sócio, numa aplicação clássica da teoria da desconsideração inversa⁷⁴.

Em recente decisão, publicada em 03 de agosto de 2010, o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu a viabilidade da aplicação dessa teoria, por meio de uma interpretação teleológica do artigo 50 do Código Civil. Com efeito, no julgamento no Recurso Especial nº 948.117, a ministra Nancy Andrighi asseverou o seguinte:

A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. Considerando-se que a finalidade da ‘disregard doctrine’ é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador es-

74 Veja-se a ementa do referido precedente: “Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença condenatória. Deferimento de penhora ‘on line’ de numerário existente em contas bancárias/aplicações do devedor. Frustração da penhora em face da informação da inexistência de saldo nas contas bancárias. Devedor é sócio controlador de sociedades empresárias e considerado o maior revendedor de veículos da América Latina [Hyundai]. Pedido de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica para que a penhora recaia em saldos bancários das sociedades empresárias controladas pelo devedor. Indeferimento pelo juiz de primeiro grau. Reconhecimento da possibilidade de se declarar a desconsideração da personalidade jurídica incidentalmente na fase de execução da sentença, não se exigindo ação autônoma, mas, observando-se o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. **Prova de que o sócio devedor é, em rigor, ‘dono’ da sociedade limitada e da sociedade anônima fechada, das quais é o presidente, controlador de fato, e, apesar da participação minoritária de sua esposa, ficam elas caracterizadas como autênticas sociedades unipessoais.** Confusão patrimonial entre sócio e sociedades comprovada. Patrimônio particular do sócio controlador constituído de bens que, na prática, mesmo que penhorados, não seriam convertidos em pecúnia para a satisfação do credor. Oferecimento de bens imóveis à penhora, que, por se situarem no Estado da Paraíba, distantes mais de 2.600 km de São Paulo, onde tramita a execução, com nítido escopo de se opor maliciosamente à execução, empregando ardis procrastinatórios, que configura ato atentatório à dignidade da justiça. **Agravo provido, para deferir a desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades empresárias indicadas** (Limitada e S/A fechada), autorizada a penhora virtual de saldos de contas bancárias” (TJ/SP, 29ª Câmara de Direito Privado, AI 1.198.103- 0/0, Rel. Des. Pereira Calças, j. 26.11.2008, v.u. — grifou-se).

vazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma⁷⁵.

No caso concreto, alegou o autor que a personalidade jurídica da sociedade, de que eram sócios o réu e sua esposa, estaria sendo usada como “um escudo para a defesa do executado frente à execução”, e pleiteou, assim, a desconsideração da personalidade às avessas. O pedido foi deferido em primeira e segunda instâncias, sob a justificativa de ser “possível aplicar a regra da desconsideração da personalidade jurídica na forma inversa quando haja a evidência de que o devedor se vale da empresa ou sociedade à qual pertence, para ocultar bens que, se estivessem em nome da pessoa física, seriam passíveis de penhora”. Em grau de recurso especial, o STJ manteve a decisão, argumentando que “impedir a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese dos autos implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores em detrimento da realização da execução”. Daí se vê que, embora não haja previsão expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da desconsideração inversa ou às avessas, ela vem sendo reconhecida pela jurisprudência, seja pela interpretação teleológica do artigo 50 do Código Civil, seja com base nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria teoria da desconsideração, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores.

75 STJ, 3ª T., REsp 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22.06.2010, v.u., DJe 03.08.2010.

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

OS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE A DÍVIDA DECORRENTE DA OBRIGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE CAPITAL E A INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL APÓS A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA SOCIEDADE¹

THE EFFECTS OF BANKRUPTCY ON THE DEBT RESULTING FROM COMPULSORY CAPITAL CONTRIBUTION, AND PAYING UP A COMPANY'S CAPITAL AFTER IT GOES BANKRUPT

Luís Fernando Paiva

Resumo: O trabalho analisa, os efeitos da falência sobre a responsabilidade do sócio de sociedade limitada e acionista de sociedade por ações quanto ao capital prometido e não integralizado e sobre a ação de contribuição de capital ajuizada contra sócio de sociedade limitada ou acionista de sociedade por ações, bem como traça um paralelo entre (i) a obrigação de contribuir para o capital social, (ii) as demais responsabilidades assumidas pelo sócio ou acionista e (iii) as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, para concluir que a responsabilidade pela integralização do capital subscrito subsiste na hipótese de decretação de falência da sociedade limitada ou por ações e não se confunde, seja quanto ao seu objeto ou quanto

1 Este trabalho foi extraído de dissertação apresentada em conclusão a programa de mestrado sob o título "Os efeitos da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial sobre a obrigação de contribuição de capital de sócio de sociedade limitada ou acionista de sociedade por ações", ainda não publicada, e adaptado para esta publicação.

aos meios processuais para sua apuração, com as demais responsabilidades examinadas.

Palavras-chave: Falência. Subscrição e Integralização de Capital. Responsabilidade do Sócio e do Acionista. Desconsideração de Personalidade Jurídica. Ação de Integralização de Capital. Ação de Responsabilidade.

Abstract: The work analyzes the effects arising from bankruptcy over the liability of the quotaholder of a limited liability company and of the shareholder of a joint-stock company in connection with the capital that was subscribed but not paid up and upon a claim for capital pay up filed against the partner or shareholder, as well as compares (i) the obligation of paying up the quota or share capital, (ii) the other liabilities undertaken by a quotaholder or shareholder and (iii) the hypothesis of disregard of the legal entity, in order to conclude that the liability of paying up the capital subscribed survives in the event the limited liability or joint stock-company is decreed bankrupt, and is not related, as for its object or the procedural instruments for its verification, with any of the other of liabilities reviewed.

Keywords: Bankruptcy — Subscription and Capital Pay Up — Liability of the quotaholder and shareholder, controlling quotaholder or shareholder and of the officer — Disregard of the Legal Entity — Claim for Capital Pay Up — Civil Liability Claim.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O regime da legislação revogada — O Decreto-lei 7.661/1945. 3. Da tramitação do projeto que resultou na LRF — Da proposta de Fábio Ulhoa Coelho. 4. Direito atual — A polêmica redação do artigo 82 da LFR — Paralelo com a legislação argentina. 5. Da ação de integralização de capital, da ação de apuração de responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e administradores da sociedade falida. 5.1. Objeto e causa de pedir. 5.2 Legitimação ativa. 5.3 Legitimação passiva. 5.4. Rito processual. 5.5. Antecipação dos efeitos da tutela vs. medida acautelatória. 5.6. Juízo competente. 5.7. Requisitos específicos — Vencimento da obrigação e desnecessidade de prova da insuficiência do ativo. 6. Conclusão.

1. Introdução

A decretação da falência não extingue² nem suspende a obrigação do sócio ou acionista em transferir à sociedade, agora massa falida, o capital não integralizado até a data da decretação da quebra. Os sócios devedores solidários e o acionista remisso devem voluntariamente³ integralizar o capital faltante sob pena de imporem perdas aos credores na hipótese de insuficiência patrimonial da massa falida, de um lado, e, de outro, aos demais sócios ou acionistas na hipótese de saldo do ativo após pagamento dos credores, em virtude da desproporção entre a contribuição prometida e a efetivada por cada um dos sócios ou acionistas.

Há, contudo, controvérsias e, especialmente, pouco aprofundamento da doutrina sobre o procedimento a ser seguido na hipótese de não-cumprimento voluntário da obrigação de integralizar capital.

2. O regime da legislação revogada — O Decreto-lei 7.661/1945

A lei de falência revogada pela Lei 11.101/05(“LRF”) continha dois dispositivos legais para tratar da responsabilidade de sócios e acionistas:

Art. 6.º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade

2 Acerca da extinção da obrigação de integralização, confira-se interessante posição de CARAVANTES, Eduardo; CASTRO, Eurydes. *Falência*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1937. p. 115: “O acionista que fôr, ao mesmo tempo, credor da sociedade póde compensar seu credito com a importância exigida para integralização de suas ações”.

3 Já era assim no começo da República: “Sobrevindo a falência, esse sócio está obrigado a integrar a quota (art. 53 princ. D Lei 2.204), devendo fazê-lo amigavelmente, logo que avisado, sob pena de lhe ser imposta a ação competente”. CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Compensação entre o crédito do sócio comanditário e a sua dívida de capital. Pareceres e falências*. Atualizador: Flávio Luiz Zanta Junior. Sorocaba: Minelli, 2006. p. 361.

de limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1.º.

Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o sequestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade.

Art. 50. Os acionistas e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas, nos estatutos, ou no contrato da sociedade.

§ 1.º A ação para integralização pode ser proposta antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo, sem necessidade de aprovar-se a insuficiência deste para o pagamento do passivo da falência.

§ 2.º A ação pode compreender todos os devedores ou ser especial para cada devedor solvente.

A utilização de dois dispositivos legais para tratar de responsabilidades distintas não deixava dúvidas quanto à aplicação do artigo 50 nas hipóteses de existência de sócio ou acionista remisso em uma sociedade falida e o dever dos então síndicos de promover ação de execução para cobrança do capital prometido:

Ao síndico compete propor contra os sócios a ação executiva para integralização do capital. Assim, o acionista de companhias e o quotista de sociedades limitadas que venham a falir têm de integralizar o capital social. Essa obrigação se acha expressa não só na lei de falências, mas também nas leis reguladoras da sociedade limitada (art. 9.º da Lei n. 3.708, de 10.01.1919) e da sociedade anônima (arts. 106 e 107 da Lei n. 6.404, de 1976). Para a propositura desses executivos, em caso de falência, não há necessidade de se apurar, antes, o ativo nem de se provar a insuficiência de fundos da massa falida, podendo ser dirigidos contra todos os devedores ou contra cada um particularmente.⁴

4 PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 336-337.

A respeito do tema, J.X. Carvalho de Mendonça analisou a legislação do início da República e suas conclusões demonstram não ter havido, desde então, substanciais alterações quanto à obrigação dos sócios de integralizar, após a decretação da falência, o capital social faltante:

CONSULTA... Nos executivos, a massa pede a cada um acionista, em processo especial (há acionistas em várias localidades e a ação coletiva seria muito morosa), a integralização da quota subscrita e não realizada porque não se pode prever o que se receberá afinal de cada um deles, sendo possível o concurso de rateio com outros credores; também a massa e os liquidantes, com o contratempo, não podem saber a quanto montará afinal o passivo a solver (passivo de credores e encargos da massa).

Os liquidatários cobram as entradas a realizar dos acionistas, a quota de capital por eles subscrita e não paga, e afinal cumprirão o disposto no art. 133...

PARECER... Os acionistas são devedores à sociedade da importância que falta para integrar as ações de que são titulares (Cód. Com., art. 289; De. n. 434, de 4 de julho de 1891, art. 15).

Decretada a falência da sociedade, os liquidatários têm o dever de exigir este crédito social, elemento do ativo da massa, garantia oferecida a terceiros desde o início da sociedade.

O art. 53 da Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, disciplina o modo, o processo e o tempo para aquela exigência.

Esta disposição hoje é recebida sem discrepância pela jurisprudência dos povos cultos e imposta pela moralidade que deve haver nas sociedades anônimas...

O acionista nada tem a ver com a realização do ativo da falência nem com as medidas e atos tomados ou resolvidos pelos síndicos ou liquidatários sobre a resolução, rescisão ou liquidação dos contratos a termo em que fora parte o Banco falido.

Válidos ou nulos estes contratos, bem ou mal liquidados pelos representantes da massa, proveitosa ou não esta liquidação, certa ou errada a verificação de créditos, tudo isso escapa à discussão e apreciação do acionista-devedor, no processo executivo a que se refere o art. 53 § I da Lei n. 2.024...

Os liquidatários têm por dever solver o passivo da falência; para este fim a massa tem o direito a haver dos acionistas a quota social prometida e não entregue à sociedade, garantia primeira dos credores.⁵

3. Da tramitação do projeto que resultou na LRF — Da proposta de Fábio Ulhoa Coelho

A LRF deve a sua origem à iniciativa do Governo do Presidente Itamar Franco, à época em que era Ministro da Justiça Maurício Corrêa, que nomeou uma comissão de juristas e profissionais militantes na área falimentar para preparar um anteprojeto de lei que viesse a substituir por completo o Decreto-lei 7.661/1945.

Concluído o anteprojeto, foi ele encaminhado à Câmara dos Deputados e lá foi recebido como Projeto de Lei 4.376, de 1993. O projeto de lei tramitou por cerca de dez anos naquela Casa Legislativa, e, após receber 484 emendas e 5 substitutivos, foi aprovada em Plenário na forma de Subemenda Substitutiva de Plenário, apresentada pelo relator Osvaldo Biolchi em sessão deliberativa de 15.10.2003.

Encaminhado ao Senado Federal, foi o projeto identificado como Projeto de Lei da Câmara 71, de 2003, tendo a Comissão de Assuntos Econômicos promovido nos meses de janeiro e fevereiro de 2004 audiências públicas, nas quais foram ouvidos centrais sindicais, representantes de associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal e especialistas em direito falimentar.

Entre os diversos debates havidos e contribuições recebidas, destaca-se a audiência pública realizada na 5.^a reunião da Comissão

5 CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. Integralização do capital pelos acionistas. *Pareceres e falências*. Atualizador: Flávio Luiz Zanta Junior. Sorocaba: Minelli, 2006. p. 236-237 e 241-242.

de Assuntos Econômicos do Senado Federal, ocasião em que Fábio Ulhoa Coelho encaminhou 29 sugestões de emendas ao projeto de lei. As emendas propostas foram divididas em três grupos, sendo o primeiro relacionado a dispositivos que estavam em conflito com os objetivos da reforma; o segundo grupo visava o aperfeiçoamento técnico de dispositivos previstos no projeto; e o terceiro grupo se referia a sugestão de inclusão de dispositivos com o fim de sanar lacunas da lei.

A sugestão de Emenda 24 apresentada por Fábio Ulhoa Coelho tinha a seguinte redação:

Art.... Os acionistas e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital da sociedade falida, não obstante quaisquer restrições ou condições estabelecidas nos estatutos, na lista ou boletim de subscrição ou no contrato social.

A justificativa para a sugestão de emenda acima consistia na lacuna do projeto de lei quanto ao tratamento a ser dado ao capital não integralizado na hipótese de falência de sociedade anônima ou limitada. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, seria importante manter na lei a figura da “ação de integralização” prevista no art. 50 da lei então em vigor, que segundo o autor tratava de forma eficaz a questão.

Após as audiências públicas, o relator do Projeto de Lei no Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, submeteu à Comissão de Assuntos Econômicos um Substitutivo que deu nova redação ao projeto de lei aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados. Na proposta do Senador Tebet, dos 222 artigos constantes do texto original aprovado pela Câmara dos Deputados, apenas oito foram integralmente aproveitados na redação proposta. Posteriormente à aprovação da proposta do Senador Tebet, o projeto ainda sofreu alterações em seu texto final, seja por meio de emendas de plenário no próprio Senado Federal, ou até em virtude dos vetos presidenciais.

Apesar de o projeto de lei ter sido reescrito por completo, lamentavelmente não foi acolhida a proposta de emenda de Fábio

Ulhoa Coelho acima transcrita, fato que resultou em uma lacuna na lei, pois não há, a nosso ver, dispositivo a regular a obrigação do sócio e do acionista em integralizar capital na sociedade falida.⁶ O ponto central deste trabalho decorre, pois, de uma lacuna apontada por Fábio Ulhoa Coelho na tramitação do projeto de lei que viria a se tornar a LRF, lacuna esta que gera, conforme será demonstrado a seguir, celeuma na doutrina, com interpretações bastante destoantes e que merecem ser mais bem estudadas.

4. Direito atual — A polêmica redação do artigo 82 da LFR — Paralelo com a legislação argentina

J.X. Carvalho de Mendonça, como mencionado acima, já anotava, há mais de um século, que a obrigação de integralização do capital subscrito permanecia com a decretação da falência, tratando-se de princípio adotado sem discrepância pelos povos cultos.

Na Argentina, o artigo 150 da Lei 24.522 (lei de falências em vigor) prevê de forma expressa⁷ a exigibilidade, na falência, do capital não integralizado pelos sócios:

6 “Em minha opinião, o ideal teria sido a disciplina em norma específica da ação de integralização. Englobá-la no mesmo contexto da ação de responsabilização por ilícito não me parece conveniente, tendo em vista que a obrigação de integralizar o capital subscrito independe de culpa ou dolo do sócio ou acionista. Além do mais, a obrigação de integralizar o capital subscrito incumbe ao sócio ou acionista, qualquer que seja sua posição no quadro societário (controlador ou minoritário, administrador ou não etc.), mas a letra do dispositivo acabou não se abrindo a todas as possibilidades” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 211).

7 “Art. 150. Sociedad aportes. La quiebra de la sociedad hace exigibles los aportes no integrados por los socios, hasta la concurrencia del interes de los acreedores y de los gastos del concurso.

La reclamación puede efectuarse em el mismo juicio por via incidental y el juez puede decretar de inmediato las medidas cautelares necesarias para asegurar el cobro de los aportes, cuando no se trate de sócios ilimitadamente responsable.”

En esa situación, la declaración de la quiebra hace exigibles de inmediato las obligaciones pendientes de cumplimiento por los ex socios de la fallida, a raíz de haber cesado el funcionamiento de la sociedad cuya constitución originó tales obligaciones. Los socios devén, entonces, integrar el saldo de capital social suscrito.

Los aportes comprometidos por los socios al constituir la sociedad y todavía no integrados al momento de declararse la quiebra, son de tanta importancia como los substraídos por vía del receso, pues en ambos casos se está frente a la integridad del capital social y la responsabilidad de los socios antes los acreedores.⁸

A LRF disciplina a questão da responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada em seu artigo 82:

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1.º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no *caput* deste artigo.

§ 2.º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

A LRF, contudo, não contém, assim como a lei revogada, um dispositivo específico para tratar da questão do capital não integralizado na falência. À ausência de um dispositivo específico, vários au-

8 ROUILON, Adolfo A. N. (Dir.); MARENGO, Mario. Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular. In: ALONSO, Daniel F. (Coord.). *Código de Comercio comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. IV-B, p. 352.

tores⁹⁻¹⁰ entendem que a ação de responsabilidade prevista no artigo 82 é a apropriada para a cobrança do capital não integralizado:

Independentemente disso, o cotejo entre o atual dispositivo e o anterior art. 6.º do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, põe em evidência o tratamento conjunto dispensado pela Lei de Recuperação e Falências a duas hipóteses distintas de responsabilidade: (i) seja aquela decorrente da prática de ato ilícito, (ii) seja aquela decorrente do descumprimento da obrigação de integralização do capital social subscrito e não-integralizado nas sociedades de responsabilidade limitada.^{11_12_13_14}

9 PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 204.

10 CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 312.

11 VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 301.

12 No mesmo sentido: “O cotejo entre o atual dispositivo e o antecedente põe em evidência, inicialmente, o tratamento conjunto — em um único artigo — dispensado pela Lei a duas hipóteses distintas de responsabilidade: (i) a decorrente da prática de ato ilícito; e (ii) a decorrente do descumprimento da obrigação de integralização do saldo de capital social subscrito e não-integralizado nas sociedades de responsabilidade limitada, aqui abrangida as sociedades anônimas quanto as anônimas”. ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenado por de Francisco Satiro Souza Junior e Antonio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 354.

13 “Diversamente é o que ocorre quando a massa é autora e a ação regulada pela Lei falimentar. Neste caso, o Juízo que decretou a falência torna-se o competente para processar e julgar a causa. Todas as ações dessa natureza serão distribuídas necessariamente ao Juízo falimentar: [...]”

A ação pretendendo a responsabilidade solidária dos diretores das sociedades por ações e dos sócios e administradores das sociedades limitadas, dos sócios comanditários ou dois sócios ocultos por violação das regras societárias (art. 82); A ação para a integralização de cotas ou ações que os sócios de responsabilidade limitada subscreveram para o capital (art. 82). [...] É possível que, em alguns desses casos, já exista ação distribuída a outro Juízo antes da falência, como, por exemplo, ação de integralização de subscrição de ação promovida pela sociedade contra acionista ou ação de integralização promovida por sócio cotista contra outro. O administrador judicial deve assumir o pólo ativo da demanda, que será redistribuída ao Juízo fali-

Ricardo Negrão relaciona todas as responsabilidades que poderiam ser apuradas por meio da ação de responsabilidade prevista no artigo 82:

No primeiro caso, duas classes de ações são possíveis, com curso no Juízo falimentar independentemente de prova de insuficiência do patrimônio social para cobrir o passivo:

(1) Ações pessoais por atos de responsabilidade praticados por administradores na gestão da sociedade ou deliberações sociais tomadas por sócios.

(2) Ações pessoais para integralização de quota ou recomposição do capital social que, por sua vez, compreendem: a) ação para responsabilização quanto à exata estimação dos bens (CC, art. 1055); b) ação para responsabilizar pela evicção o sócio que transmitiu domínio ou posse (CC, art. 1005); c) ação para responsabilizar pela solvência de crédito cedido a sociedade (CC, art. 1005); d) ação para integralização do capital social (CC, art. 1052); e) ação para recompor os fundos retirados (CC, art. 1003); f) ação revocatória de reembolso dos fundos retirados pelo acionista, na hipótese de redução do capital social (LSA, art. 45, § 8.º).¹⁵

Há autores, por outro lado, que sustentam que a ação de responsabilidade prevista no artigo 82 teria alargado o espectro da ação de responsabilidade prevista no artigo 6.º da lei revogada, para

mentar” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 295-296).

14 “A ação de responsabilização prevista neste artigo tanto pode ter origem em prejuízo causado por prática de ato ilícito como por falta de integralização do capital social. A responsabilidade dos sujeitos está prevista no regime jurídico aplicável ao tipo social que integram. A lei argentina ao tratar da responsabilidade de terceiros nos artigos 173 e 176 traz por pressuposto o dolo e ação que tramita pelo juízo ordinário prescrevendo em dois anos da decisão que decretou a quebra.” VIDOTTE, Maria Cristina. In: DE LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 348.

15 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 385.

abranjer e regular a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito falimentar:

Antes da vigência da nova lei de falências, a teoria [da desconsideração] até mesmo por ser de recente aplicação no campo do direito falimentar, vinha sendo aplicada das mais variadas formas, algumas até de modo a nos causar preocupação, o que foi reparado com a redação do art. 82, que determina a estrita observância do procedimento ordinário para buscar a desconsideração.¹⁶⁻¹⁷

Como é sabido, a legislação falimentar contém normas de direito processual que regem não só o processo falimentar e seus incidentes processuais, mas também as ações de natureza falimentar. Além dessas disposições, contém normas processuais específicas aplicáveis em demandas quando uma das partes é falida ou encontra-se em processo de recuperação (ou procedimentos análogos) e regras de direito material relativas a efeitos da quebra quanto à pessoa, bens e direitos do falido, bem como a direitos da empresa em recuperação judicial ou em recuperação extrajudicial.

Leis de falências devem se preocupar, portanto, em regular as

16 MANDEL, Júlio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 156.

17 Vasconcelos, por sua vez, faz importante ressalva quanto a não ser a ação de responsabilização do artigo 82 uma vala comum para todos e qualquer pleito de reparação de danos: "Ocorre que nenhuma indicação clara e objetiva foi exposta para definir em quais situações tal responsabilidade deveria efetivamente ser apurada por meio dessa 'ação de responsabilização'. Ademais, não deve ela servir como meio para apuração de fraudes e nem deve ser aplicada quando existam outros meios legais de se obter o mesmo resultado, como no caso de atos praticados em prejuízo dos credores na falência e que possam ser declarados ineficazes perante a massa falida ou revogados, nas formas previstas nos arts. 129 e 130 da Lei de Recuperações Judiciais e Falências.

Assim é que a ação de responsabilização e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica poderão ser efetivamente utilizadas para a apuração da responsabilidade dos sócios, desde que não se desconsiderem as demais previsões expressas na legislação federal ordinária. Os sócios solidários respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, de modo que os bens sociais e particulares se confundem (LRF, art. 5.º)" (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 301).

situações em que a mudança de estado do devedor provoca alterações nos processos em que será ou está envolvido, ou nos direitos das pessoas que se relacionam com a massa falida. Quando a lei de falências é silente, aplicam-se as regras de direito comum, isto é, aquelas aplicáveis a qualquer pessoa, independentemente de seu estado econômico-financeiro, de tal forma que a massa falida e o devedor em recuperação continuam sujeitos à legislação comum.

Portanto, inúmeras são as ações não reguladas pela lei falimentar e que têm plena aplicação à massa falida, seja ela autora ou ré, salvo por eventuais e pontuais alterações introduzidas pela lei falimentar. A título de exemplo, vale mencionar a ação de despejo, regulada por lei própria.

Essa interpretação aplica-se aos casos de ação de integralização de capital social.¹⁸ O fato de a LFR não repetir redação semelhante à do artigo 50 da lei revogada não significa, a nosso ver e por uma interpretação de exclusão, que tal ação passou a ser regulada pelo artigo 82, conforme será demonstrado a seguir, pois tais ações possuem objeto, causa de pedir, legitimidade passiva e requisitos distintos.

5. Da ação de integralização de capital, da ação de apuração de responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e administradores da sociedade falida

5.1. Objeto e causa de pedir

A ação de integralização de capital prevista na legislação societária tem por objeto a cobrança (execução) do valor do capital social a que o sócio ou o acionista remisso se obrigou a integralizar, que

¹⁸ E também aplica-se à ação para desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida.

não se confunde com a ação de reparação de danos proveniente da mora na integralização.

A ação de responsabilidade prevista no artigo 82 da LRF tem por objeto apurar responsabilidade aquiliana e solidária dos controladores e administradores de sociedades por ações e de responsabilidade de sócios e administradores de sociedade limitada.

A ação para descon sideração da personalidade jurídica tem por finalidade obter o reconhecimento da prática dos atos previstos no artigo 50 do Código Civil e, como consequência, impor responsabilidades não só aos sócios ou acionistas, mas também a eventuais terceiros na hipótese, por exemplo, de confusão patrimonial. Há quem sustente também a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica na hipótese de subcapitalização da sociedade falida.

Em termos processuais, a causa de pedir da ação de integralização é a mora do sócio ou acionista em aportar o capital prometido, ao passo que a causa de pedir da ação de responsabilização é a prática de ato ilícito causador de dano passível de reparação, ou existência de obrigação solidária, podendo em certos casos resultar na descon sideração da personalidade jurídica da sociedade falida.

5.2. Legitimação ativa

Em caso de sociedade não falida, há quem sustente, a legitimidade de sócio minoritário, além da própria sociedade, ajuizar a ação de integralização, em especial quando é remisso o sócio majoritário, tendo em vista a esperada ausência de autorização deste para ajuizamento da ação pela sociedade.

Na hipótese de falência, tal justificativa deixa de ser aplicável na medida em que o administrador judicial não precisa de autorização dos sócios da sociedade falida para ajuizar a demanda. A ação de integralização de capital deve, pois, ser proposta pelo administrador judicial em nome da massa falida. Há quem afirme, em raciocínio

aplicável também ao sistema legal argentino, a legitimidade do credor em promover a ação:

Aunque la ley no lo diga, es evidente que la acción puede ser ejercida también por los acreedores del concurso, aun cuando en este caso lo será bajo su responsabilidad y, para entablar medidas cautelares, deberán otorgar la caución o fianza que lleva ínsita este tipo de medidas procesales, por los eventuales daños que pudieren derivarse.¹⁹

De fato, tem o administrador judicial no Brasil o dever legal de realizar o ativo, o que significa dizer que tem o dever legal de cobrar os créditos da massa falida, de modo a fazer caixa para pagar os credores da massa, observada a ordem de classificação dos respectivos créditos. Deve, na administração da massa e, portanto, na cobrança dos créditos, tomar todas as medidas esperadas do administrador médio.

A legitimidade ativa para ajuizamento de ação de responsabilidade, assim como para ajuizamento da ação de integralização, é da massa falida, representada pelo administrador judicial.

Há, contudo, a possibilidade de o administrador judicial quedar-se inerte e deixar de ajuizar a ação de integralização de capital ou a ação de responsabilidade. A lei não prevê a hipótese de substituição processual nesses casos, a exemplo da previsão do artigo 132 da LRF que trata da possibilidade de Ministério Público ou qualquer credor propor ação revocatória ante a inércia do administrador judicial.

A solução nesse caso parece ser a de requerer a destituição do administrador judicial²⁰ por ausência de cumprimento de suas obrigações e cobrar que o novo administrador judicial ajuíze as demandas necessárias, o que inclui o ajuizamento, além das ações acima, de

19 ESCUTI, A. Ignacio; BAS, Junyent Francisco. *Derecho concursal*. Madrid: Astrea, 2006. p. 285.

20 A redação da LRF parece não ter sido feliz quando trata, no parágrafo único do artigo 23, da destituição do administrador judicial, pois não faz distinção entre substituição e destituição.

ação contra o ex-administrador judicial para condenação ao pagamento de perdas e danos sofridos pela massa falida.

5.3. Legitimação passiva

A análise da legitimidade passiva para figurar no pólo passivo de cada uma das ações examinadas deve levar em conta, em primeiro lugar, se a sociedade falida é constituída na forma de sociedade limitada ou por ações.

Quanto à ação de integralização de capital, somente o acionista remisso²¹ tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação movida por administrador judicial de sociedade por ações falida, ou seja, somente aquele que subscreveu ações e não integralizou o respectivo capital é o devedor a ser cobrado.

Já no caso de falência de sociedade limitada têm legitimidade todos os sócios da sociedade falida, ante a solidariedade da obrigação de integralizar capital, pouco importando se o sócio já aportou integralmente a sua quota-parte.

Quanto à ação de responsabilidade, de notar que o artigo 82 não prevê de forma expressa a legitimação passiva do acionista, utilizando a expressão genérica “sócios de responsabilidade limitada”. Entendemos que a menção a “sócios” nesse dispositivo deve ser interpretada como referência ao gênero, do qual fazem parte os sócios de sociedades limitadas e acionistas de sociedades por ações. Já a alusão a sócios de “responsabilidade limitada” deve ser interpretada em oposição à disposição do artigo 81, que é dirigida a sócios ilimitadamente responsáveis.

21 Nem sempre foi assim: “A falência da sociedade anônima não se estende aos administradores nem aos acionistas, ressalvados os casos de culpa ou dolo, mas os acionistas, cedentes e sucessivos cessionários são solidariamente responsáveis pela integralização das ações subscritas”. BRAGA, Rúben. *Falências e concordatas*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia., 1938. p. 102-103.

A redação é infeliz e de má técnica, pois em dois dispositivos, a saber os artigos 43 e 104, (b), a LRF faz menção expressa a sócios e acionistas, quando deveria utilizar cotista e acionista, tal como feito na redação do artigo 43. Ou seja, a falta de uniformidade das expressões poderia dar a entender que, ao se referir somente a sócio no *caput* do artigo 82, ao contrário do que fez nos dois outros dispositivos mencionados, o legislador teria optado por não incluir o acionista como parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de responsabilidade, o que, no nosso entendimento, não é o caso.

De outro lado, quer parecer que não teve o legislador, em nenhum dispositivo da LRF, a intenção de restringir ou eliminar direitos da pessoa jurídica titular de direitos pelo simples fato de ter a falência sido decretada. Aliás, prevalece a regra que determina que, decretada a falência, todo o ativo da falida existente ao tempo da quebra é transferido para a massa falida.

Nessa linha de raciocínio, não faria sentido algum o legislador impor ao quotista a obrigação de integralizar o capital na falência e dispensar o acionista de cumprir idêntica obrigação (fosse a ação do artigo 82 admitida como ação de integralização, como aponta a doutrina), ou eximir o acionista das responsabilidades que devem ser apuradas na falência.

De toda forma, é certo que na ação de responsabilidade, em especial se se entender que é ela a adequada para coibir a confusão patrimonial, terceiros deverão também figurar no pólo passivo, conforme destaca Manoel Justino Bezerra Filho:

Portanto, apurando-se que os diretores, controladores, administradores praticaram atos lesivos ao interesse dos credores, será proposta ação de responsabilidade pelo rito ordinário, estando legitimados também para o pólo passivo as pessoas mencionadas, sejam ou não sócias do falido.²²

22 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 210.

Assim, entendemos que podem figurar no pólo passivo da ação de responsabilidade acionistas, controladores ou não, e administradores da sociedade falida, se organizada na forma de sociedade por ações, ao passo que, se se tratar de sociedade limitada falida, podem integrar o pólo passivo os sócios, controladores ou não, e administradores.

5.4. Rito processual

A ação de responsabilização tem indiscutivelmente a natureza de um processo de conhecimento que objetiva apurar responsabilidades pessoais, segundo expressa redação do artigo 82 da LRF. Essa característica parece ser suficiente para distingui-la da ação de integralização de capital, que não visa apurar qualquer responsabilidade, mas tão somente cobrar o capital prometido e não integralizado.

A ação de integralização é, por definição legal, uma ação de execução²³ e não parece haver razão para interpretar que o legislador impôs ao administrador judicial a renúncia ao rito mais célere da execução para ajuizar processo de conhecimento. Em nossa opinião, a ação do artigo 82, portanto, não é ação de integralização de capital, ação esta que não foi regulada pela LRF e que segue as disposições da legislação societária, inclusive quanto ao rito processual, que é de execução.

Aliás, mesmo à época da legislação falimentar revogada, em que havia expressa previsão no artigo 50 acerca da ação de integralização, a doutrina era unânime ao reconhecer que a ação deveria seguir o rito do processo de execução. Assim, a par da lacuna da LRF ao não prever a ação de integralização de capital, lacuna esta derivada do não acolhimento da sugestão de emenda apresentada por Fábio Ulhoa Coelho, entendemos que a ação de integralização continua

23 Execução contra devedor solvente na hipótese de a integralização ser em dinheiro e execução para a entrega de coisa certa, quando se trata de integralização em bens.

regulada na falência pela legislação societária, e não pelo disposto no artigo 82 da LRF.

É certo, por outro lado, que não é possível pleitear na ação de execução para integralização de capital a reparação das perdas e danos sofridos em virtude da mora na integralização, pleito este que, se o caso, merecerá o ajuizamento de ação autônoma, na forma, agora sim, do artigo 82 da LRF, na qual o dano ou a existência de cláusula penal deverão ser comprovados.

Em uma situação de normalidade, isto é, quando não falida a sociedade, o processo de execução pode gerar consequências diversas. A primeira solução consiste na satisfação do crédito pelo pagamento efetuado pelo próprio investidor, pela entrega compulsória dos bens²⁴ que se prometeu integralizar, ou por meio da alienação de bens outros de sua propriedade. Neste caso, tendo sido adimplida a obrigação, ainda que por meio de execução forçada, o dinheiro passa a integrar a sociedade, sendo atribuído à conta de capital social integralizado. O acionista ou sócio continua a exercer, na plenitude, seus direitos societários.

A segunda solução consiste na penhora das próprias ações não integralizadas total ou parcialmente, e sua alienação no bojo no processo de execução. Neste caso, o investidor executado perde a sua condição de acionista, que é assumida pelo arrematante.²⁵ A peculiaridade desta situação diz respeito ao valor de venda destas ações. Se o investidor executado não tiver integralizado nenhuma parcela, o valor de venda das ações não pode ser inferior ao seu valor nominal, conforme dispõe o artigo 13 da Lei das S.A.

Decretada a falência, a execução deve: (i) prosseguir, assumindo a massa falida a condução do processo, se já iniciada antes de

24 BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 167.

25 Não se vai aqui tratar das limitações para alienação das quotas sociais de uma sociedade limitada.

sua decretação; ou (ii) ser ajuizada o quanto antes. Na situação da falência parece remotíssima a possibilidade de interessados na aquisição das quotas ou ações serem encontrados, tendendo a zero o valor das ações e quotas, sendo praticamente afastada a utilidade da segunda solução descrita acima. Além disso, ter-se-ia que enfrentar a discussão concernente ao alcance das restrições impostas pelos artigos 116 da LRF, que restringe o direito de retirada dos sócios ou o recebimento do valor de suas quotas ou ações. Entendemos que tal previsão não impede a alienação judicial e forçada de ações ou quotas da sociedade falida, nem a alienação das quotas ou ações.

O mais provável, embora também difícil na prática, em razão de medidas que habitualmente são tomadas por sócios ou acionistas em situações pré-falimentares, é que o administrador judicial busque a penhora de outros bens do sócio ou acionista para garantir a execução.

Se a execução for bem-sucedida, os valores integram a massa falida e devem ser destinados a pagamento dos credores habilitados.

5.5. Antecipação dos efeitos da tutela vs. medida acautelatória

O artigo 82 da LFR é expresso ao permitir ao juiz ordenar, ainda que de ofício, a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano processual, até o julgamento da ação de responsabilização. Trata-se de inovação na legislação, seja por introduzir a possibilidade de atuação de ofício parte do magistrado, seja por simplificar as exigências para a decretação da indisponibilidade.

Essa criação parece inspirada em disposição presente na Lei 6.024/1974, que tem funcionado de maneira bastante eficiente na liquidação e falência de instituições financeiras, embora muitas vezes, até pela demora processual, se mostre um remédio muito amargo e extremo em determinadas situações. O ideal para não impor sacrifícios desmesurados aos réus é que o juiz se atenha, ao impor as me-

didadas de indisponibilidade, à extensão do dano que se pretende reparar, guardando certa proporcionalidade com o patrimônio sobre o qual irá recair a indisponibilidade.

A imposição da medida deve também levar em consideração a dignidade humana (no caso de réu pessoa física), ressaltando-se a impenhorabilidade de certos bens prevista em lei e o atendimento às necessidades básicas do ser humano, por exemplo, o resguardo de um montante mínimo de recursos para a subsistência do réu, em especial oriundo de recursos provenientes de recebimento de salário.

Não há dispositivo idêntico para a hipótese de ação de integralização. No entanto, considerando que a ação pode ser distribuída de imediato após a decretação da falência e que se trata de ação de execução, ao contrário da ação de responsabilização, não há necessidade de qualquer medida acautelatória específica, sendo suficientes as proteções ao processo de execução, além da proteção conferida à hipótese de fraude à execução.

Isto porque as recentes reformas do Código de Processo Civil (“CPC”) tiveram por objetivo básico conferir maior celeridade e eficácia ao processo de execução. Nesse contexto de efetividade do processo de execução destaca-se a possibilidade de o juiz deferir medidas acautelatórias urgentes pleiteadas pelo credor, com amparo nos artigos 615, inciso III, e 798 do CPC.

A doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento acerca da viabilidade da concessão de medida acautelatória urgente no âmbito da própria execução, independentemente do ajuizamento de ação cautelar específica e da citação do devedor, visando assegurar o resultado útil do processo executivo e preservar os direitos do credor, na forma do artigo 615, inciso III, do CPC:

4. Inciso III — medidas acautelatórias urgentes: O exequente tem o direito de propor toda e qualquer medida de urgência com o escopo de assegurar o resultado do processo executivo, que consiste precisamente na tutela jurisdicional satisfativa. As medidas acautelatórias

urgentes não exigem sempre a propositura de ação autônoma, podendo ser feitas, em algumas situações, por meio de simples requerimento dirigido ao processo executivo em curso. Aliás, se as medidas acautelatórias urgentes, em última análise, têm por objetivo assegurar a prestação jurisdicional pretendida pelo demandante e o próprio Estado tem a preocupação de conceder uma tutela real tempestiva, um exacerbado formalismo deve ser definitivamente afastado, tal como a exigência absoluta de a medida acautelatória urgente ser sempre veiculada por meio de ação autônoma. O art. 615, III, reafirma e consagra o poder geral de cautela *in executivis*, que pode ser exercido, as mais das vezes, independentemente de uma ação cautelar autônoma.²⁶

Agravo de instrumento. Bens arrestados em processo de execução. Possibilidade. Inteligência do art. 615, III, do CPC. A cumulação da cautelar de arresto com a ação de execução forçada está prevista no art. 615, inc. III, do Código de Processo Civil, corolário do poder geral de cautela inerente ao órgão jurisdicional, uma vez que a cautela processual abrange qualquer tipo de processo, seja de conhecimento, seja de execução (AI 7.172.643-3, 24.^a CCTJSP, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 25.10.2007).

Execução. Cautelar de arresto. Cumulação possível. Juntada de cópia do título executivo. Possibilidade. É permitida a realização de pedido cautelar de arresto no bojo da ação executiva, nos termos do art. 615, inciso III do CPC. É possível a instrução da inicial da execução com cópia do título executivo, se houve requerimento de juntada posterior do documento original (Apelação 1.0024.06.226547-5/003(1), TJMG, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 12.4.2007).

Para o Superior Tribunal de Justiça é possível, para assegurar o êxito do arresto pretendido, que a medida seja deferida liminarmente, antes mesmo da citação do executado. Isto porque a experiência mostra que, ciente do processo, o executado pode se apressar em tomar medidas para frustrar a efetivação da constrição pretendida:

26 MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1827.

Processual civil. Poder cautelar do juiz. Arresto. I — Jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que arresto decretado pelo juiz da execução, de ofício, no exercício de seu poder cautelar e para garantia do processo e eficácia da decisão, é cabível e pode ser efetivado sem audiência da parte adversa. II — Recurso não conhecido (REsp 12583/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j.17.2.1998. No mesmo sentido: RMS 5345/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 16.5.1995).

5.6. Juízo competente

A respeito do juízo competente para conhecer e julgar a ação de integralização, a doutrina é unânime ao afirmar ser o juízo universal da falência.

Ao que parece, a doutrina chega a essa conclusão partindo da premissa de que a ação do artigo 82 abrange a responsabilidade pela integralização de capital. Assim, a doutrina entende tratar-se de ação regulada pela LRF e assim, embora seja a massa falida autora da ação, conclui ser a ação de integralização atraída para o juízo falimentar.²⁷⁻²⁸

27 “O que se aplica nesse caso é uma disposição processual no sentido de que a demanda pode ser ajuizada mesmo antes de apurado o ativo. Em outras palavras, não há necessidade de se aguardar a fase final do processo de falência para saber se todos os credores foram pagos ou não. A responsabilização dos sócios e administradores da empresa falida se faz por meio de demanda pelo rito ordinário (CPC, art. 282 e ss.). Essa pretensão deverá ser formulada perante o juízo universal e por dependência ao processo de falência” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 292).

28 “A ação destinada a apurar a responsabilidade pessoal do sócio, controlador ou administrador insere-se dentre as que não resistem à força atrativa do juízo factual. A Lei repete, neste ponto, solução idêntica à preconizada pelo decreto-lei, devendo tais ações ser propostas e processadas no juízo da falência. Cuida também a Lei de afastar qualquer possibilidade de condicionar tal apuração de responsabilidade à realização do ativo e prova de sua insuficiência para cobrir o passivo. Vale dizer: estando-se diante de hipótese autorizadora da responsabilização, deve a responsabilidade ser apurada no juízo da falência, ainda que venha a trazer recursos excedentes aos necessários para o atendimento do passivo do devedor” (ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenado por de Francisco Satiro Souza Junior e Antonio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 355-356).

Ao se admitir, contudo, como proposto neste trabalho, que a ação de integralização não esteja compreendida na ação de responsabilidade do artigo 82, podemos concluir que a ação de integralização não é regida pela LRF, uma vez que, conforme demonstrado acima, a LRF não repete em nenhum dispositivo a previsão contida no artigo 50 da lei revogada.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação, *a contrario sensu*, do disposto no artigo 76 da LRF permite concluir que, por ser a massa falida a autora da ação, e não sendo a ação regulada pela LRF, a ação de integralização não sofre a *vis attractiva* do juízo universal da falência. A respeito das premissas adotadas, confira-se a lição de Sérgio Campinho:

Contudo, a regra comporta certas exceções. Existem ações não falimentares, consistentes naquelas cuja existência independe do processo concursal. São as não reguladas na Lei Falimentar, “em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo” (artigo 76, *caput, in fine*). A expressão legal não é feliz. Após a falência, a massa falida é quem ocupará o pólo ativo da demanda que envolver os bens, negócios e interesses do devedor falido. Ele demandará em nome próprio nos feitos que envolverem questões estritamente pessoais, não relacionadas com a falência, e estes, por óbvio, não são atraídos pelo juízo falimentar.²⁹

A respeito do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu:

As ações que devem ser tangidas no Juízo Universal da quebra são as intentadas contra a massa.

Trata-se de causas em que a massa é ré, não daquelas em que seja autora. Nestas, salvo quando consideradas na Lei de Falências, seguem-se as regras comuns relativas à competência (RT 128/671).³⁰

29 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 296.

30 Apud ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 126.

Portanto, a LRF, ao não regular a ação de integralização de capital, deixou de atrair para o juízo universal a ação, passando a estar sujeita às regras aplicáveis, por exemplo, às ações de cobrança ou ações de despejo movidas pela massa falida.

A opção ou descuido do legislador é relevante, pois altera regra vigente em legislações anteriores, impedindo-se, sob pena de violação do juízo natural, a distribuição ao juízo da falência.

A esse respeito, interessante a disposição da lei argentina que faculta ao administrador judicial o ajuizamento da ação de integralização de forma incidental à falência e, portanto, perante o juízo universal, sem impedir que este opte, se julgar mais adequado aos interesses da massa falida, pelo ajuizamento da ação perante o juízo natural:

Juez Competente para Entender En El Reclamo de Integración de Aportes Sociales. La pretensión de efectivización de aportes no integrados por socios de la sociedad fallida tiene por finalidad recomponer el activo liquidable, al igual que las acciones de los arts. 119, 162 y 173 a 176 de la LCQ, por lo que la ley sigue el mismo criterio en orden a atribución de la competencia, asignándosela al juez Del concurso. No es un supuesto de competencia Del juez Del concurso derivado Del fuero de atracción sino de principios de conexidad. La doblemente negativa de la última parte del segundo párrafo del art. 150, LCQ (“cuando no se trate de socios ilimitadamente responsables”) puede, ciertamente simplificarse sustituyéndose por “cuando se trate de socios limitadamente responsables”. En estos casos, cuando se enderece la reclamación por aportes no integrados a la fallida, contra sus socios limitadamente responsables, es cuando “puede efectuar-se en el mismo juicio por vía incidental”. También, claro está, la sindicatura puede escoger el tribunal natural y la vía procesal ordinaria si lo estimase más conveniente, pero ello no obsta a que sea el juez de la quiebra quien deba entender si echa mano a la opción incidental reconocida en el art. 150, LCQ.³¹

31 ROUILON, Adolfo A. N. (Dir.); MARENCO, Mario. Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular. In: ALONSO, Daniel F. (Coord.). *Código de Comercio comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. IV-B, p. 353.

Para concluir a questão, as disposições do Código do Processo Civil de modificação de competência, em especial por conexão ou continência, não têm aplicação na hipótese estudada e não autorizam a distribuição da ação de integralização ao juízo da falência.

Quanto à ação de responsabilidade, conforme indicado acima, a doutrina é pacífica e não há nenhuma dúvida de que é o juízo da falência o competente para apreciar e julgar a ação.

5.7. Requisitos específicos — Vencimento da obrigação e desnecessidade de prova da insuficiência do ativo

A redação do artigo 82 da LFR, ao tratar da ação de responsabilidade, é clara ao estabelecer que a ação pode ser ajuizada a qualquer momento após a decretação da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrar o passivo. Isto significa que, em princípio, não é causa excludente da responsabilidade a existência de ativos suficientes a gerar a expectativa de pagamento integral dos credores. Por outro lado, é de perguntar se não haveria perda do objeto da ação se, no curso do processo, todos os credores fossem pagos, fato que demonstraria a ausência de prejuízo e a rigor permitiria a declaração de extinção de obrigações do falido.

Essa questão é comum também à ação de integralização de capital. Não parece haver dúvidas de que a sociedade falida é a primeira prejudicada, seja com a mora na integralização do capital, seja com a prática de atos que gerem direito à reparação de danos na forma do artigo 82 da LFR. Os credores da sociedade falida são prejudicados por via reflexa, isto é, somente na hipótese de a ausência de contribuição de capital gerar insuficiência de ativos para pagamento dos credores. A sociedade falida, contudo, é a prejudicada direta, esteja ou não insolvente.

É certo que a falência gerará o término da personalidade jurídica da pessoa jurídica falida. Há quem sustente, porém, a possibili-

dade de a pessoa jurídica continuar a existir como sociedade regular mesmo após a extinção da falência³². Sem entrar no mérito dessa discussão, é indiscutível que o falido tem direito às sobras de ativo após pagamento integral de todos os credores. Isto significa que, no caso de a falida ser pessoa jurídica, as sobras deverão ser distribuídas aos sócios ou acionistas, destinando-se em primeiro lugar ao pagamento das contribuições de capital que, apesar da natureza intangível, não deixam de ser dívidas contraídas pela sociedade e que devem ser pagas, quando possível, por ocasião da liquidação da pessoa jurídica.

A situação mais comum é a de não existirem sobras ou de não existirem sobras suficientes para pagamento integral das contribuições. Na primeira hipótese, o prejudicado pela não-integralização do capital é o credor da sociedade que não tenha sido pago integralmente. Na segunda hipótese, o prejudicado é o sócio ou acionista que aportou o valor integral do capital por ele prometido e que receberá apenas parte do valor investido, provavelmente em proporção diversa daquele sócio ou acionista que não aportou parte ou parte nenhuma do capital prometido.

Portanto, nessa última situação, a ação de integralização não perderia o objeto, pois teria por finalidade compelir o sócio ou acionista remisso a aportar o capital faltante, de forma a garantir que a partilha das sobras seja feita em idêntico percentual a cada sócio ou acionista, respeitada a participação de cada um no capital social.

Também não haveria perda do objeto se se considerar que, antes de se proceder à extinção da pessoa jurídica, ato decorrente do

32 Nesse sentido BEZERRA FILHO, Manoel Justino: “6.5 A conclusão é, portanto, no sentido de que a falência é causa de dissolução e forma de liquidação da sociedade empresária, que, porém, não se extingue após a finalização do processo falimentar e conserva sua personalidade jurídica intacta, podendo voltar normalmente à sua atividade empresarial, com o mesmo registro na Junta Comercial” (Dissolução, liquidação e extinção da sociedade empresária à luz da legislação civil e falimentar (a falência como causa (ou não) da extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos, Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*, Coordenação de Marcelo Vieira von Adamek, São Paulo:Malheiros Editores, 2011. p. 636.

encerramento da falência, é imperiosa a realização dos ativos, não obstante seja possível a partilha dos bens objeto do acervo, nele incluído o crédito contra o sócio ou acionista remisso.

Por este motivo, a melhor solução parece ser a de permitir o ajuizamento da ação de integralização independentemente de prova da insuficiência dos ativos para pagamento do passivo. A esse respeito, há lacuna no direito brasileiro, pois a legislação societária não trata da questão e o artigo 82 da LFR não regula a ação de integralização, embora possa nesse aspecto ser aplicado por analogia, assim como o § 1.º do artigo 50 da lei revogada.

A legislação argentina adota posição diversa, conforme majoritária doutrina:

Tratándose de socios de una SRL o de accionistas de una SA que no hayan cumplido el aporte prometido, el art. 150 de la ley 24.552 es claro: dichos aportes no integrados son exigibles hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso, no más allá. Entendemos que esta exigibilidad surgirá cuando se determine que el activo de la fallida no alcanza a cubrir el pasivo concurrente, y no antes, pues esto significará imponerle a los accionistas un sacrificio innecesario, configurativo de un verdadero abuso de derecho (art. 1071, párr. 2.º, Cód. Civil).³³

Analisando a questão à luz da legislação brasileira, Fábio Ulhoa Coelho demonstra existir o dever de o administrador judicial dar início à execução contra o sócio. Contudo, uma vez garantido o juízo da execução pela penhora de bens dos sócios suficientes à satisfação da dívida, a execução, em razão da regra da subsidiariedade da responsabilidade do sócio, deveria ser suspensa. O bem deveria ser alienado judicialmente somente após a realização completa do

33 FARINA, M. Juan; FARINA, V. Guillermo. *Concurso preventivo y quiebra*. Madrid: Astrea, 2008. t. 2, p. 397-398.

ativo da massa falida e na hipótese de o dinheiro apurado não ser suficiente para pagamento integral dos credores.³⁴

Por fim, há a questão da exigibilidade da contribuição de capital quando a obrigação de integralização foi diferida no tempo ou quando, no caso específico de sociedade anônima, o boletim de subscrição e os estatutos da companhia, ou o contrato social no caso das limitadas, são omissos quanto ao prazo para integralização. Neste caso, decretada a falência, a sociedade deve proceder à chamada de capital ou antecipá-la.

Trata-se de exceção à regra geral de que a decretação da falência não gera o vencimento de créditos detidos pela massa falida. Isto porque a falência de sociedade credora não causa, como regra geral, o vencimento antecipado das obrigações do devedor solvente, sob pena de imputar a ele uma pena por ato para o qual não contribuiu ou não tem nenhuma responsabilidade.³⁵⁻³⁶

34 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 423.

35 “Podrá el síndico del concurso exigir al suscriptor de acciones de la SA en quiebra la inmediata integración, a pesar de tener a su favor un plazo pendiente para ello? En cuanto a la responsabilidad que establece el art. 150 de la LSC para la SRL, entendemos que el art. 150 de la ley 24.522 debe interpretarse en el sentido de que la exigibilidad depende de que el socio no tenga un plazo pendiente a su favor, pues no advertimos cuál es la razón para desconocerle dicho derecho emergente de un contrato y colocarlo en la obligación de pagar de inmediato lo que debía pagar a plazo. El mismo razonamiento cabe para el caso de la SA. Una interpretación distinta significará aplicar una sanción al socio de estos tipos societarios no prevista por la ley y carente de toda fundamentación y razonabilidad, que lo convertirá en deudor moroso a partir del requerimiento hecho por el síndico, todo lo cual puede significar un serio desequilibrio económico al socio, pues al tornarse exigibles los aportes no integrados, para lo cual tiene concedido un plazo, daría lugar a que el síndico del concurso ejecute al suscriptor, embargue sus bienes y pueda llegar a rematarlos” (FARINA, M. Juan; FARINA, V. Guillermo. *Concurso preventivo y quiebra*. Madrid: Astrea, 2008. t. 2, p. 396).

36 “Ahora bien, que sea exigible el aporte en razón de la quiebra no significa que se opere la caducidad del plazo para integrarlo, que dentro de los límites contractuales y legales (arts. 36, 37, 149 y 166, L.S.) tengan los socios, pues ello supondría, como bien lo destaca Favier Dubois (p.), poner a cargo del social accionista in bonis una obligación inmediata e imprevista de cuyo eventual incumplimiento no podría ser responsabilizado. Luego, si los aportes están sujetos a plazos no vencidos, sólo serán exigibles en última instancia, es decir, cuando los fondos

No caso específico das dívidas de contribuição de capital, a melhor solução parece ser outra, seja porque: (i) o diferimento da contribuição do capital, ainda que não seja causa principal da derrocada, é sempre causa concorrente; (ii) a sociedade falida terá, independentemente da insuficiência de ativos para pagamento do passivo, e conforme demonstrado acima, interesse em promover ação de integralização antes de sua dissolução.

Assim, considerando que a falência é causa de extinção da personalidade jurídica, respeitadas opiniões em contrário, não há razão para aguardar o pagamento dos credores para dar início à ação de integralização de capital, mesmo que por prazo indeterminado ou não vencido o prazo para integralização.

Nesse sentido, confira-se lição de Roullion, perfeitamente adequada ao sistema legal brasileiro:

Según la LSC, art 94 inc. 6.º, la declaración de quiebra produce la disolución de la sociedad fallida. Así, concordante con ello, el art. 848, 1.º según párrafo, Cód. Com., establece que la disolución o liqui-

sociales sean insuficientes para satisfacer las deudas, los que no es forzoso que ocurra, puesto que la cesación de pagos no supone necesariamente un pasivo aritméticamente superior al activo...

En cualquier hipótesis, para exigir efectivamente al socio los aportes pendientes de integración, ya sea que tengan su playo vencido o no, habrá que esperar que la sentencia de quiebra queda firme, es decir, que haya pasado el plazo previsto en el art. 90 del régimen falencial, tiempo en el cual la fallida se encuentra habilitada para convertir su quiebra en concurso preventivo. Creo que tanto se debe respetar el plazo otorgado societariamente para integrar el aporte — con la salvedad, incluso, del art. 166, 2.ª parte de la L.S. por el que ante la ausencia de previsión en el estatuto de la sociedad fallida respecto del plazo para integrar los aportes de los socios, se hace aplicable el plazo para integrar los aportes de los socios, se hace aplicable el plazo máximo de dos años para ‘el pago del saldo adeudado’ —, como que debe ello subordinarse a las necesidades falenciales por las cuales, incluso, se podría reclamar a los socios morosos que integraran sus aportes, si fuera el caso, el resarcimiento de los daños e intereses que refiere el art. 37 de la L.S., pese a que no lo diga explícitamente el art. 150 de la L.C. ya que, en caso contrario, la obligación del socio sería mayor estando la sociedad in bonis en quiebra” (MORO, E. Carlos. *Ley de concursos*: comentada, anota y concordada. Cidade: Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, ano 2005, t. II, p. 1859-1860).

dación de la sociedad produce, con respecto a las obligaciones vencidas, la exigibilidad inmediata de las mismas. En esa situación, la declaración de la quiebra hace exigibles de inmediato las obligaciones pendientes de cumplimiento por los ex socios de la fallida, a raíz de haber cesado el funcionamiento de la sociedad cuya constitución originó tales obligaciones. Los socios deben, entonces, integrar el saldo de capital social suscripto.

Los aportes comprometidos por los socios al constituir la sociedad y todavía no integrados al momento de declararse la quiebra, son de tanta importancia como los sustraídos por vía del receso, pues en ambas casos se está frente a la integridad del capital social y la responsabilidad de los socios ante los acreedores.³⁷

6. Conclusão

Por todas as razões expostas neste trabalho, entendemos que a ação de integralização de capital não está regulada pela LRF e não se confunde com a ação de responsabilidade prevista no artigo 82 da LRF.

37 ROUILON, Adolfo A. N. (Dir.); MARENGO, Mario. Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular. In: ALONSO, Daniel F. (Coord.). Código de Comercio comentado y anotado. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. IV-B, p. 352.

**DEEPENING INSOLVENCY CLAIMS AND
FIDUCIARY DUTIES IN CORPORATIONS IN THE
ZONE OF INSOLVENCY: WHETHER THERE IS AN
AFFIRMATIVE DUTY TO LIQUIDATE UNDER
DELAWARE LAW AND UNDER BRAZILIAN LAW¹**

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR AGRAVAMENTO DE
INSOLVÊNCIA E DEVERES FIDUCIÁRIOS EM COMPANHIAS NA
ZONA DE INSOLVÊNCIA: DEVEDORES POSSUEM A OBRIGAÇÃO
DE PROMOVER A AUTOFALÊNCIA EM DELAWARE E NO BRASIL?**

Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da Cunha

Resumo: Baseado no Direito Falimentar vigente em Delaware e no Brasil, o presente artigo discute se credores podem ou devem poder ingressar com ações de responsabilidade civil por agravamento de insolvência e se o conselho de administração de sociedades empresárias possui ou deve possuir deveres fiduciários perante credores. Esse artigo encontra-se estruturado em quatro partes principais. A primeira parte analisa as razões que teoricamente justificam ações de responsabilidade civil por agravamento de insolvência, bem como os sujeitos que tais ações se propõem proteger. A segunda parte discute a natureza e a extensão dos deveres fiduciários dos conselheiros de administração com base na jurisprudência consolidada a partir da

1 The author would like to thank Professors Mark Bienenstock from Harvard Law School and Márcio Souza Guimarães from Fundação Getúlio Vargas — Rio for their comments that inspired this paper.

decisão proferida pela Corte de Delaware em *Credit Lyonnais*. A terceira parte investiga as questões que ainda não se encontram solucionadas em Delaware em ambos os tópicos após a Corte de Chancelaria desse Estado ter se recusado a preliminarmente julgar improcedente uma ação de responsabilidade civil movida por um credor com base no agravamento de insolvência em *The Brown School* (“*TBS*”). A quarta parte relaciona o entendimento vigente sobre o tema em Delaware com a suposta obrigação que devedores possuem de requerer autofalência, consoante o disposto no art. 105 da Lei 11.101/05 conforme interpretado pela 2ª Vara de Direito Empresarial do Estado do Rio de Janeiro em agosto de 2010 ao decidir o caso *VARIG*. Este artigo possui dois argumentos principais. Em primeiro lugar, independentemente das incertezas deixadas pelo resultado preliminar em *TBS*, a decisão da Suprema Corte de Delaware em *Gbeewalla* restringe o escopo dos deveres fiduciários de conselheiros de administração unicamente à companhia e aos acionistas. Dessa forma, essa decisão, juntamente àquela proferida em *Trenwick*, deve orientar o resultado final em *TBS*, contrariamente à procedência de ações de responsabilidade civil por agravamento de insolvência. De acordo com o Direito vigente em Delaware, credores podem ingressar com ações baseadas em seus direitos contratual ou legalmente reconhecidos, ou ainda ingressar com ações derivativas em nome da companhia. Em segundo lugar, esse artigo argumenta que, com base no Direito Falimentar de Delaware e no Brasil, credores não possuem e nem devem possuir o direito de ingressar com ações de responsabilidade civil por agravamento de insolvência. Contrariamente aos fundamentos que embasaram a decisão proferida em agosto de 2010 no caso *VARIG*, os conselheiros de administração devem ter como salvaguarda a regra de proteção à decisão negocial por decisões tomadas de boa-fé e de maneira informada, independentemente do resultado que delas decorra. Essa proteção deve também abranger a decisão de não requerer autofalência com base no art. 105, da Lei Falimentar brasileira.

Palavras-Chave: Ações de Responsabilidade Civil por Agravamento de Situação Econômica-Financeira. Deveres Fiduciários. Fa-

lência. Recuperação Judicial. Plano de Recuperação Judicial. Credores. TBS. VARIG. Trenwick. Credit Lyonnais.

Abstract: This paper presents two positive and two normative claims. Based on Delaware Law and Brazilian Bankruptcy Law, it discusses whether deepening insolvency claims constitute or should constitute an independent cause of action, and whether the board of directors owes or should owe fiduciary duties directly to creditors. For these purposes, this paper is structured in four parts. First, it analyses the rationale behind deepening insolvency claims and whom they are meant to protect. Second, it discusses the nature and the extent of the duties owed by directors under the *Credit Lyonnais* line of cases. Third, it looks into the questions that remain unsolved under Delaware Law on both matters after the Court of Chancery refused to dismiss a deepening insolvency claim in *The Brown School* (“*TBS*”) decision. And fourth, it relates the current understanding on deepening insolvency claims under Delaware Law with the alleged affirmative duty imposed on debtors to file for bankruptcy pursuant to Brazil’s Chapter 7 (Lei 11.101/05, Art. 105) as interpreted by the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro in the August 2010 *VARIG* decision. I have two central claims. First, I argue that, in spite of the uncertainties left by the preliminary outcome in *TBS*, the Supreme Court of Delaware decision in *Gheewalla* limits the extension of the fiduciary duties owed by directors to the company itself and its shareholders. This decision coupled with the Court of Chancery holding in *Trenwick* should orientate the final outcome in *TBS* against recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action. Under Delaware Law, creditors may either file direct claims based on their contractually and legally recognized rights or derivative claims on behalf of corporations. Second, I claim that neither under Delaware Law nor under Brazilian Bankruptcy Law creditors have or should have an independent cause of action for deepening insolvency claims. Contrary to the reasoning that led to the August 2010 *VARIG* outcome, under both bodies of law, directors of corporations in

the zone of insolvency should be entitled to the protection given by the business judgment rule for informed decisions taken in good faith and regardless of their outcome. This protection should also cover the decision not to file for liquidation under Chapter 7.

Key-Worlds: Deepening insolvency Claims. Fiduciary Duties. Bankruptcy. Reorganization. Plan of Reorganization. Creditors. TBS. VARIG. Trenwick. Credit Lyonnais.

Table of Contents: I. Deepening insolvency claims: who they are meant to protect and what incentives they actually produce. II. Directors and officers' fiduciary duties: the outcome in Gheewalla and rereading the Credit Lyonnais decision. III. What questions remain unsolved after the refusal of the Delaware Court of Chancery to dismiss a deepening insolvency claim in TBS. IV. Is there an affirmative duty to liquidate pursuant to current Delaware law and under Brazil's chapter 7 (Lei 11.101/05, Art. 105)? V. Conclusions: reconciling deepening insolvency claims and the business judgment rule.

I. Deepening insolvency claims: who they are meant to protect and what incentives they actually produce

Although the argument that deepening insolvency claims should constitute an independent cause of action is generally introduced as a protective measure to benefit all corporate constituencies,² it actually intends to safeguard creditors of insolvent corporations. By definition, deepening insolvency claims are meant to function as a

2 Concerning the origins of the deepening insolvency claims' doctrine, Joseph M. McLaughlin explains that: "In *Schacht v. Brown* [1983], the Seventh Circuit rejected the assertion "that the fraudulent prolongation of a corporation's life beyond insolvency is automatically to be considered a benefit to the corporation's interests." Rather, interpreting Illinois law, the court reasoned, "the corporate body is ineluctably damaged by the deepening of its insolvency, through increased exposure to creditor liability." McLaughlin, Joseph M. *Directors' and officers' liability the deepening insolvency debate* (2007), available at www.stblaw.com/content/publications/pub599.pdf.

backdoor anticipatory remedy to push directors toward the liquidation of corporations in the zone of insolvency for the alleged benefit of creditors.³ The complexity of the discussion on whether deepening insolvency claims should provide creditors with an autonomous cause of action refers to the intricate definition of the interests that should govern corporations in the zone of insolvency.⁴ Nonetheless, the case for recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action arises from a misconstrued understanding of the benefits and incentives that they actually create.

Those that claim that directors have the affirmative duty to liquidate insolvent corporations, as opposed to incur risks of eventually deepening financial strained positions, argue that corporate insiders should not be allowed to indefinitely benefit from the corporate form in detriment of creditors. On the contrary, as the argument follows, terminating the existence of insolvent corporations by ordering their timely liquidation would ideally constrain them within the boundaries set forth by the social purposes corporations should serve. These limits would ultimately be representative of the creditors' interests as financiers of the corporate enterprise. Under this rationale, creditors should be entitled to legal protection against corporations deemed financially inviable. Nevertheless, the arguments favorable to recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action are flawed and inconsistent with both the American business judgment rule⁵ and the spirit of the Brazilian Bankruptcy Statute.

3 North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 99, at 4 (Del. 2007); Production Res. Group v. NCT Group, Inc., 863 A.2d at 782 (quoting Siple v. S & K Plumbing & Heating, Inc., 1982 WL 8789, at 2).

4 ALLEN, William; KRAAKMAN, Reinier; & SUBRAMANIAN, Guhan. *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 3rd Ed. New York: Aspen Publishers, 2009, p. 141-142.

5 Elizabeth Warren questions: "Why not simply provide for the orderly liquidation of business that cannot pay their debts? What possible justification is there for permitting the continued operation of a business that is not paying its legitimate debts? And answers: "Chapter 11 preserves economic value [...] Going concerns typically bring higher values, increasing the potential recovery for many creditors". WARREN, Elizabeth. *Chapter 11: Reorganizing American Businesses*, New York: Aspen Publishers, 2008, p. 10-11.

First, the deepening insolvency claim argument illogically implies that business strategies should be legally evaluated by their results rather than by the fundamentals on which they are based. It intrudes into the business judgment rule and constrains the ability that directors of insolvent corporations have to pursue value-enhancing strategies in good faith and in an informed manner.

As all corporate constituencies, creditors benefit from meritorious decisions and are harmed by unfortunates that every once in a while affect businesses. Recognizing that deepening insolvency claims constitute an independent cause of action forces companies that could otherwise overcome financial difficulties into liquidation and therefore is inconsistent with the spirit embodied in Chapter 11 and in the Brazilian Bankruptcy Statute.

The argument in favor of recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action assumes directors have a clear business decision to make in the case of companies in the zone of insolvency, namely to file under Chapter 7. Nevertheless, the notion of deepening insolvency claims misconstrues the term “zone of insolvency” under Delaware Law.

As the Delaware Supreme Court discussed in *Gheewalla*, the concept of zone of insolvency is sufficiently vague and therefore should be interpreted on a case-by-case basis, “Corporations operate in the zone of insolvency by either showing: (1) a deficiency of assets below liabilities with no reasonable prospect that the business can be successfully continued in the face thereof, or (2) an inability to meet maturing obligations as they fall due in the ordinary course of business.”⁶

Thus, a sound regulatory policy does not derive from understanding that an affirmative obligation to file under Chapter 7 should

6 North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 99, at 4 (Del. 2007); Production Res. Group v. NCT Group, Inc., 863 A.2d at 782 (quoting Siple v. S & K Plumbing & Heating, Inc., 1982 WL 8789, at 2).

be triggered by an undefined event, namely entering the zone of insolvency, and thereby directors may be held liable for failing to do so. On the contrary, courts should be restrained from assessing beyond the reasonableness of the board decision to either attempt to overcome financial distress positions or disrupt and liquidate the corporate entity.⁷ Indeed, as in any business strategy, boards are in a better position to decide whether to file under Chapter 7 than courts. For this reason, under Delaware Law and under Brazil's Bankruptcy Statute, directors of corporations in the zone of insolvency should be entitled to the protection given by the business judgment rule in deciding whether to file for liquidation.

In addition, denying deepening insolvency the status of an independent cause of action advances the best interests of creditors. Employees and creditors with long-term relationships with corporations are likely to benefit from rules that assure the continuity of the business form, rather than from provisions that push corporations under financial distress toward liquidation. Moreover, recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action distorts incentives that creditors and directors of corporations in the zone of insolvency have for two reasons.

First, creditors only have incentives for filing deepening insolvency claims if, at the time, they expect to benefit from the returns

7 Similarly, the decision-making process of defining whether a corporation in the zone of insolvency should continue to operate or be liquidated pursuant to the Brazilian Bankruptcy Law is directly related to what Fábio Ulhoa Coelho calls providing businesses with a market solution to define its viability. The author explains: "Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos — materiais, financeiros e humanos — empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza". "Not every bankruptcy is an evil. Companies that are technologically outdated, undercapitalized or poorly organized should indeed be liquidated. For the benefit of the economy as a whole, material, financial and human resources employed in unsuccessful activities should be reallocated for being capable of optimizing the production of wealth". Free translation by the author. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações Judiciais (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*, 5a Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 115-116.

from liquidating corporate assets. Therefore, providing creditors with an independent cause of action in that matter would likely create a “gold race” for filing deepening insolvency claims premised on how one’s credit is ranked amidst the corporate indebtedness. Second, the uncertainties derived from such a rule would diminish the incentives directors of corporations in the zone of insolvency have to pursue value-enhancing business strategies and, as a result, damage regular creditors.

The only way to provide directors with adequate incentives to assess the fundamentals of businesses under distress is to ensure that the decision on whether to file for liquidation is protected by the business judgment rule. Therefore, courts should entitle boards of corporations in the zone of insolvency to decide on the viability of businesses in good faith and in an informed manner, rather than lead them to push corporations that could otherwise be restructured into liquidation.

A possible argument in favor of recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action would rely on the fact that creditors are already entitled to push debtors into liquidation pursuant to Chapter 7 and under Brazilian Bankruptcy Law (Lei No 11.101, art. 97, IV).⁸ Nevertheless, under Chapter 7, a court may deny liquidation if a debtor fails the so-called means test under 11 U.S.C. § 707(b) or if a creditor is eligible for reorganization either under Chapter 11 or pursuant to Chapter 13.⁹ Accordingly, under Brazilian Bankruptcy Law, a debtor is allowed to file motion for reorganization in

8 Lei No 11,101 de 9 de Fevereiro de 2005, Diário Oficial da União [D.O.U.] de 9.2.2005 (Braz.), available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

9 Although in the US creditors can also file for a debtor’s bankruptcy, they rarely do. As Elizabeth Warren explains: “Involuntary bankruptcy petitions (filed by creditors) are so rare that the Administrative Office of the United States Courts quit publishing the data on the number of involuntary cases nearly twenty years ago. Occasionally, a creditor may see reason to force a debtor into bankruptcy, particularly in cases when the creditor suspects fraud or otherwise wants a court to intervene”. Warren, *supra* note 5, at 23; United States Courts, <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter7.aspx>.

response to a bankruptcy filing from creditors (Lei No 11.101, art. 95).¹⁰ Besides formal requisites, it is this paper claim that courts are not in the best position to evaluate the board's decision on whether to continue the corporate enterprise, regardless of the possible outcome.

An alternative approach to the broad understanding that deepening insolvency claims should constitute a valid cause of action would limit their viability to situations in which debtors have behaved fraudulently. From this perspective, deepening insolvency is conceived as: "an injury to the debtors' corporate property from the fraudulent expansion of corporate debt and prolongation of corporate life."¹¹

Even though this view gives greater deference to the business judgment of boards by acknowledging fraud as a requisite for recognizing deepening insolvency claims as a cause of action, it misconceives the real motive that should render a debtor liable. For example, in *Lafferty*, the United States Court of Appeals for the Third Circuit affirmed an order of the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania in favor of recognizing deepening insolvent claims as a valid cause of action under Pennsylvania State Law in the context of a Ponzi scheme, but, at the same time, denied damages for parties that were in *pari delicto* with the debtor.¹² In *Lafferty*, it was

10 Lei No 11,101 de 9 de Fevereiro de 2005, Diário Oficial da União [D.O.U.] de 9.2.2005 (Braz.).

11 Official Comm. of Unsecured Creditors v. R.F. Lafferty & Co., 267 F.3d 340, 347, at 5 (3d Cir. 2001). PHELPS, Kathy. *Deepening Insolvency Claims as a Cause of Action and as a Theory of Damages*, Association of Insolvency and Restructuring Advisors, 26th Annual Bankruptcy & Restructuring Conference, San Diego, CA, 2010, p. 5. Available at <http://www.dgdk.com/pdfs/AIRIDeepeningInsolvencyFinal.pdf>. That is the prevailing understanding in various Circuits: Thabault v. Chait, 541 F.3d 512, 522 (3d Cir. 2008). Silverman v. KPMG, LLP (In re Allou Distribs., Inc.), 395 B.R. 246, 264-65 (E.D.N.Y. 2008). Vieira v. AGM II, LLC (In re Worldwide Wholesale Lumber, Inc.) 378 B.R. 120 (Bankr. D.S.C. 2007). Schnelling v. Crawford (In re James River Coal Co.), 360 B.R. 139 (Bankr. E.D. Va. 2007).

12 Official Comm. of Unsecured Creditors v. R.F. Lafferty & Co., 267 F.3d 340, 347, at 5 (3d Cir. 2001). Phelps, *Id.* That is the prevailing understanding in various Circuits: Thabault v. Chait, 541 F.3d 512, 522 (3d Cir. 2008). Silverman v. KPMG, LLP (In re Allou Distribs., Inc.), 395 B.R.

not the board's failure to timely file under Chapter 7, but rather the Ponzi scheme, which led the debtor corporation to fraudulently issue debt securities and thereby be rendered insolvent, that justified the dismissal of the claim for damages from parties that were in *pari delicto* with the original debtor.

Notice that the Court in *Lafferty* could have achieved the same outcome by simply denying claimants an independent cause of action for deepening insolvency. Such a holding would not impede creditors in good faith and that did not contribute to the bankruptcy of debtors to pursue the creditors' claims, since they would still have a cause of action for fraud under state law.

Putting it differently, as the Delaware Court of Chancery reasoned in *Trenwick*: "Under Delaware Law, "deepening insolvency" is no more of a cause of action when a firm is insolvent than a cause of action for "shallowing profitability" would be when a firm is solvent. Existing equitable causes of action for breach of fiduciary duty, and existing legal causes of action for fraud, fraudulent conveyance, and breach of contract are the appropriate means by which to challenge the actions of boards of insolvent corporations."¹³

That alternative rationale for deciding *Lafferty* would at best limit the recognition of deepening insolvency claims as an extent of damages, as opposed to understanding them as a valid and independent cause of action.¹⁴ Even so, such an understanding would

246, 264-65 (E.D.N.Y. 2008). *Vieira v. AGM II, LLC (In re Worldwide Wholesale Lumber, Inc.)* 378 B.R. 120 (Bankr. D.S.C. 2007). *Schnelling v. Crawford (In re James River Coal Co.)*, 360 B.R. 139 (Bankr. E.D. Va. 2007).

13 *Trenwick Am. Litigation Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168, 204-205 (Del. Ch. 2006), *aff'd*, 931 A.2d 438, at 4 (Del. 2007).

14 In that respect, Joseph M. McLaughlin explains that: "The Third Circuit revisited deepening insolvency in *In re CitX Corp.* and clarified that "Lafferty holds only that fraudulent conduct will suffice to support a deepening-insolvency claim under Pennsylvania law." The Third Circuit refused to expand the theory, holding that deepening insolvency is not a valid theory of damages in a negligence action, and that allegations of negligence cannot support a cause of action for deepening insolvency". McLaughlin, *supra* note 2.

only be plausible in the case of companies that became insolvent as a result of a tortious conduct. Under this view, which is more logical than *Lafferty's* reasoning, a debtor could be held liable for an independent tort such as fraud to the extent that the insolvency was caused or worsened by the misbehavior in question.¹⁵⁻¹⁶

Nevertheless, even the understanding of deepening insolvency as a measure for damages is troublesome because it assumes that the debtor's decision to preserve the corporate form is what damaged creditors in the first place.¹⁷ Accordingly, this view on deepening insolvency as a measure of damages does not represent the dominant understanding in other circuits.¹⁸

In particular, the argument against recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action is strengthened by the debate on the subjective extension of the fiduciary duties directly owed by directors. For this purpose, part II discusses whether directors owe or should owe fiduciary duties to creditors.

15 As Kathy Phelps explains: "Many courts find that, to the extent that a party has committed an independent, legally cognizable tort, they may be liable to the extent that the misconduct led to the deepening insolvency of the debtor, even though they may not recognize deepening insolvency as an independent cause of action". Phelps, *supra* note 11. That is the dominant understanding in various Circuits: *Thabault v. Chait*, 541 F.3d 512, 522 (3d Cir. 2008). *Silverman v. KPMG, LLP (In re Allou Distrib. Inc.)*, 395 B.R. 246, 264-65 (E.D.N.Y. 2008). *Vieira v. AGM II, LLC (In re Worldwide Wholesale Lumber, Inc.)* 378 B.R. 120 (Bankr. D.S.C. 2007). *Schnelling v. Crawford (In re James River Coal Co.)*, 360 B.R. 139 (Bankr. E.D. Va. 2007).

16 COFFINO, Dianne F.; & JEANFREAU, Charles H. *Delaware Hits the Brakes: The Effect of Gheewalla and Trenwick on Creditor Claims*, 17 Norton J. Bankr. Law and Pract., 2007 p. 77. Available at <http://www.cov.com/files/Publication/38698323-7a53-4e03-82ea-01eb83cd7e72/Presentation/PublicationAttachment/514fa7cb-685e-43da-ac48-01e8abc49d9f/Delaware%20hits%20the%20Brakes%20-%20The%20effect%20of%20Gheewalla%20and%20Trenwick%20on%20Cred.pdf>

17 BIENENSTOCK, Martin J. *A Fiduciary Duty to Kill a Company? Lessons from one court's refusal to dismiss breach of loyalty claims*, New York Law Journal, (September 15, 2008). Available at <http://www.law.com/jsp/cc/PubArticleCC.jsp?id=1202424499467>.

18 Kathy Phelps explains that: "The Fifth Circuit rejected the theory of deepening insolvency as an independent cause of action and as a theory of damages" in *Wooley v. Faulkner (In re SI Restructuring, Inc.)*, 532 F.3d 355, 363 (5th Cir. 2008). PHELPS, *supra* note 11.

II. Directors and officers' fiduciary duties: the outcome in Gheewalla and rereading the Credit Lyonnais decision

The arguments for stating that deepening insolvency claims constitute a valid cause of action and that directors owe fiduciary duties directly to creditors are flawed for being premised on misconstrued and overbroad interpretations of state case law. As discussed, the understanding that deepening insolvency claims should be acknowledged as an independent cause of action generally derives from a logical misconception of their nature. More specifically, some jurisdictions confound them with fraud and therefore hold that deepening insolvency claims should constitute an independent cause of action while others limit their scope by conceiving them only as a measure for damages in the case of torts that push companies into insolvency. In either case, endorsing the deepening insolvency view is troublesome. The origins of the argument that directors owe fiduciary duties to creditors are clearer, though: they are rooted in a footnote in the *Credit Lyonnais* decision.¹⁹

In the last fifteen years, the Delaware case law has been developed in order to assert that directors of corporations in the zone or in the vicinity of insolvency do not owe fiduciary duties directly to creditors. In spite of the refusal of the Delaware Court of Chancery to dismiss a deepening insolvency claim in *TBS*, directors should not be deemed to have an affirmative duty to liquidate corporations for the alleged benefit of creditors.

Chancellor Allen discussed the intricate decision-making process inherent to corporations in the zone of insolvency in the following hypothetical as dicta in a footnote in the *Credit Lyonnais* decision:

¹⁹ The strongest arguments in support of deepening insolvency claims have similar grounds to those of the argument that directors of corporations in the vicinity of insolvency owe fiduciary duties directly to creditors. MCLAUGHLIN, *supra*, note 1.

“The possibility of insolvency can do curious things to incentives, exposing creditors to risks of opportunistic behavior and creating complexities for directors. Consider, for example, a solvent corporation having a single asset, a judgment for \$51 million against a solvent debtor. The judgment is on appeal and thus subject to modification or reversal. Assume that the only liabilities of the company are to bondholders in the amount of \$ 12 million. Assume that the array of probable outcomes of the appeal is as follows: Thus, the best evaluation is that the current value of the equity is \$ 3.55 million. (\$ 15.55 million expected value of judgment on appeal \$12 million liability to bondholders). Now assume an offer to settle at \$ 12.5 million (also consider one at \$ 17.5 million). By what standard do the directors of the company evaluate the fairness of these offers? The creditors of this solvent company would be in favor of accepting either a \$12.5 million offer or a \$ 17.5 million offer. In either event they will avoid the 75% risk of insolvency and default. The stockholders, however, will plainly be opposed to acceptance of a \$ 12.5 million settlement (under which they get practically nothing). More importantly, they very well may be opposed to acceptance of the \$ 17.5 million offer under which the residual value of the corporation would increase from \$ 3.5 to \$ 5.5 million. This is so because the litigation alternative, with its 25% probability of a \$ 39 million outcome to them (\$ 51 million — \$ 12 million \$ 39 million) has an expected value to the residual risk bearer of \$ 9.75 million (\$ 39 million x 25% chance of affirmance), substantially greater than the \$ 5.5 million available to them in the settlement. While in fact the stockholders’ preference would reflect their appetite for risk, it is possible (and with diversified shareholders likely) that shareholders would prefer rejection of both settlement offers”.²⁰

As a possible outcome, Chancellor Allen suggested:

20 *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Commc'ns Corp.*, No. 12150, 1991 WL 277613, at *55 (Del Ch. Dec. 30, 1991).

“But if we consider the community of interests that the corporation represents it seems apparent that one should in this hypothetical accept the best settlement offer available providing it is greater than \$ 15.55 million, and one below that amount should be rejected. But that result will not be reached by a director who thinks he owes duties directly to shareholders only. It will be reached by directors who are capable of conceiving of the corporation as a legal and economic entity. Such directors will recognize that in managing the business affairs of a solvent corporation in the vicinity of insolvency, circumstances may arise when the right (both the efficient and the fair) course to follow for the corporation may diverge from the choice that the stockholders (or the creditors, or the employees, or any single group interested in the corporation) would make if given the opportunity to act”.²¹

Such statement led various authors²² and courts²³ to discuss

21 Id., at *55.

22 ALLEN, KRAAKMAN & SUBRAMANIAN, *supra* note 4, at 141-142. As cited in North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 99, at *28 (Del. 2007); CAMPBELL JR. Rutheford B. & FROST, Christopher W. *Managers' Fiduciary Duties in Financially Distressed Corporations: Chaos in Delaware (and Elsewhere)*, 32 J. Corp. L. 491 (2007); CIERI, Richard M. & RIELA, Michael J. *Protecting Directors and Officers of Corporations That Are Insolvent or In the Zone or Vicinity of Insolvency: Important Considerations, Practical Solutions*, 2 DePaul Bus. & Com. L.J. 295, 301-02 (2004); JONES, Patrick M. & HARRIS, Katherine Heid. *Chicken Little Was Wrong (Again): Perceived Trends in the Delaware Corporate Law of Fiduciary Duties and Standing in the Zone of Insolvency*, 16 J. Bankr. L. & Prac. 2 (2007); LIN, Laura. *Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, 46 Vand. L. Rev. 1485, 1487 (1993); LIPSON, Jonathan C., *Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation*, 50 UCLA L. Rev. 1189 (2003); RAO, Ramesh K. S. et al., *Fiduciary Duty A La Lyonnais: An Economic Perspective on Corporate Governance in a Financially-Distressed Firm*, 22 J. Corp. L. 53 (1996); SHEINFELD, Myron M. & PIPPIIT, Harris. *Fiduciary Duties of Directors of a Corporation in the vicinity of Insolvency and After Initiation of a Bankruptcy Case*, 60 Bus. Law. 79 (2004); SAHYAN, Robert K. Note, *The Myth of the Zone of Insolvency: Production Resources Group v. NCG Group*, 3 Hastings Bus. L.J. 181 (2006). JELISAVCIC, Vladimir. *Corporate Law — A Safe Harbor Proposal to Define the Limits of Directors' Fiduciary Duty to Creditors in the "Vicinity of Insolvency:"* Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Comm'ns Corp., 18 J. Corp. L. 145 (Fall 1993). See also *Selected Papers from the University of Maryland's "Twilight in the Zone of Insolvency"* Conference: BAI-

whether directors of corporations in the vicinity of insolvency owed fiduciary duties directly to creditors. The Delaware Supreme Court settled this issue in 2007 in *Gheewalla*. In its reasoning, the Delaware Supreme Court clarified that, “While shareholders rely on directors acting as fiduciaries to protect their interests, creditors are afforded protection through contractual agreements, fraud and fraudulent conveyance law, implied covenants of good faith and fair dealing, bankruptcy law, general commercial law and other sources of creditor rights. [...] The general rule is that directors do not owe creditors duties beyond the relevant contractual terms”.²⁴ And concluded: “The creditors of a Delaware corporation that is either insolvent or in the zone of insolvency have no right, as a matter of law, to assert direct claims for breach of fiduciary duty against the corporation’s directors”.²⁵

Accordingly,²⁶ it is this paper’s main argument that deepening insolvency claims do not and should not be recognized as an independent cause of action under Delaware Law as decided in *Trenwick*.

BRIDGE, Stephen M. *Much Ado About Little? Directors’ Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency*, 1 J.Bus.&Tech.L. 335 (2007); CALLISON, J. William. *Why a Fiduciary Duty Shift to Creditors of Insolvent Business Entities Is Incorrect as a Matter of Theory and Practice*, 1 J.Bus.&Tech.L. 431 (2007); RIBSTEIN, Larry E. & ALCES, Kelli A., *Directors’ Duties in Failing Firms*, 1 J.Bus.&Tech.L. 529 (2007); TUNG, Frederick. *Gap Filling in the Zone of Insolvency*, 1 J.Bus.&Tech.L. 607 (2007).

23 As cited in North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 99, at *27 (Del. 2007); Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Commc’ns Corp., 1991 WL 277613 (Del. Ch.); Production Resources Group, L.L.C. v. NCT Group, Inc., 863 A.2d 772 (Del. Ch. 2004); Trenwick America Litig. Trust v. Ernst & Young, L.L.P., 906 A.2d 168 (Del. Ch. 2006); Big Lots Stores, Inc. v. Bain Capital Fund VII, LLC, 2006 WL 846121 (Del. Ch.).

24 North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 99, at 15 (Del. 2007); Wal-Mart Stores, Inc. v. AIG Life Ins. Co., 872 A.2d 611, 625 (Del. Ch. 2005), aff’d in part and rev’d in part on other grounds, 901 A.2d 106 (Del. 2006).

25 *Id.*, at 4.

26 “Under Delaware law, “deepening insolvency” is no more of a cause of action when a firm is insolvent than a cause of action for “shallowing profitability” would be when a firm is solvent. Trenwick America Litig. Trust v. Ernst & Young, L.L.P., 906 A.2d 168, 4 (Del. Ch. 2006).

To support this thesis, part III discusses the questions raised by the refusal of the Delaware Court of Chancery to dismiss a deepening insolvency claim in *TBS* and part IV contextualizes the deepening insolvency debate under Brazilian Bankruptcy Law.

III. What questions remain unsolved after the refusal of the Delaware Court of Chancery to dismiss a deepening insolvency claim in *TBS*

In *TBS*, the Delaware Court of Chancery declined to grant a motion to dismiss a deepening insolvency claim. Such an outcome raised the issue on whether deepening insolvency claims constituted an independent cause of action under Delaware Law, which seemed to be settled after the holding of the Delaware Supreme Court in *Trenwick*. As a result, the decision in *TBS* brought about uncertainties surrounding the scope of the duties owed by directors of corporations in the zone of insolvency. Nevertheless, the facts in *TBS* are particularly relevant to confine speculative assumptions in this regard within their own boundaries.

I argue that the decision in *TBS* should not be interpreted as imposing on debtors an affirmative duty to end a company's existence by filing for bankruptcy under Chapter 7 pursuant to Delaware Law. On the contrary, directors are and should be entitled to the business judgment protection when deciding whether to continue or disrupt a corporate entity in the zone of insolvency.

TBS involved a lawsuit brought by a bankruptcy trustee against the company's controlling shareholder, its directors and its legal counsel.²⁷ The plaintiff alleged that the *TBS* majority shareholder

27 KORNBERG, Alan W; SHIMSHAK, Stephen J. & DEARBORN, Penny L. *In re The Brown Schools: Deepening Insolvency Still Alive*, Paul Weiss, (June 2, 2008), available at <http://www.paulweiss.com/files/Publication/e604fe18-7f7b-43af-a0fe-617519776340/Presentation/PublicationAttachment/c0ca3729-dcfb-4e42-bb81-618c127f0311/2Jun08Brown.pdf>

with a 65% ownership stake, MDC, caused TBS to illegally pay consultancy fees in its favor at the time the company was insolvent. Additionally, the plaintiff argued that TBS's recapitalization plan favored its controlling shareholder and its affiliates in detriment of other creditors, and it worsened TBS's financial situation.²⁸ According to the opinion issued by the Delaware Court of Chancery, the trustee sued the defendants for the following counts: "breach of fiduciary duty, aiding and abetting breach of fiduciary duty, fraudulent and/or voidable transfers, deepening insolvency, civil conspiracy, and declaratory relief". Furthermore, the procedural history of the case stated that: "there was a separate count for corporate waste against the stockholder defendants and directors".²⁹ Based on these charges, the defendants jointly moved to dismiss the trustee's complaint, but the court refused to do so on various grounds.³⁰

The Delaware Court of Chancery deemed the business judgment rule an affirmative defense and as such the Court did not have sufficient grounds for dismissal at that stage.³¹ Nonetheless, nothing in the Court's opinion indicates that it would not give deference to the business judgment if the defendants were found to have met the legal requirements thereof based on the produced evidence.

Despite the constraints with which the *TBS* decision should be interpreted, the Court made the remarkable following statement on the trustee's deepening insolvency claim: "Although the *Trenwick* decision [in which the court found that deepening insolvency claims did not constitute an independent cause of action under Delaware Law] is well-reasoned, the Court is not prepared at this stage to dismiss this count based on that decision. [...] It is likely that this litigation will be

²⁸ *Id.*

²⁹ George L. Miller v. McCown De Leeuw & Co. (In re The Brown Schools), 2008 Bankr., at 1 (Bankr. D. Del. April 24, 2008).

³⁰ *Id.*, at 1.

³¹ In re. The Brown Schools, 368 B.R. 394, 400, at 7 (Bankr. D. Del. 2007).

protracted and further elucidation on this issue [...] by the Delaware Supreme Court may be forthcoming in the interim. Accordingly, the Court will not dismiss the deepening insolvency count”.³²

Alan W. Kornberg suggests that the take-away from the TBS decision is that “equity sponsors must be mindful of participating in transactions that could benefit them at the expense of other creditors”.³³ In this regard, Mark Bienenstock argues that controlling shareholders and directors should be aware of the safeguards available under Delaware Law. For example, submitting the transactions questioned in TBS to the approval of disinterested directors would likely lead the trustee’s claim on breach of loyalty not to survive the pleading stage.³⁴ Therefore, it is essential that, as in financially wealthy corporations, insiders exercise due care to address their duty of loyalty to shareholders and ensure that reorganizations and transactions undertaken by controlled corporations in the zone of insolvency are entirely fair in both its material and procedural dimensions.³⁵ In addition, deepening insolvency implies a somewhat problematic and speculative measure for damages, since an insolvent corporation could have been left under worse financial conditions by alternative business decisions to continue the corporate enterprise.

Based on these assumptions, Mark Bienenstock points out that the TBS decision should not be seen as having resuscitated independent causes of action for deepening insolvency claims under Delaware Law. On the contrary, under the Delaware Court of Chancery limited holding in TBS, controlling shareholders should employ the correct procedures to ensure that agreements made with affiliates are

32 George L. Miller v. McCown De Leeuw & Co. (In re The Brown Schools), 2008 Bankr., at 1 (Bankr. D. Del. April 24, 2008).

33 Kornberg, Shimshak & Dearborn, *supra* note 27.

34 Bienenstock, *supra* note 17.

35 *Id.*

fair and that their duty of loyalty toward financially distressed corporations are entirely met.³⁶

Notwithstanding these remarks, the Delaware Court of Chancery deemed that further elucidating the deepening insolvency count was necessary based on both the *Trenwick* holding and the *TBS* facts. Not much was left unanswered under Delaware Law after *Gbeewalla* and *Trenwick* concerning whether directors owe fiduciary duties to creditors, and whether deepening insolvency claims constitute a valid cause of action respectively. Unless the *TBS* final outcome diverges from these assumptions, both questions should be answered negatively. It is based on these remarks that this paper proceeds to part IV and questions whether under Brazilian Law debtors, controlling shareholders and boards have or should have an affirmative duty to force corporations within the zone of insolvency to liquidate. For this purpose, I discuss the holding of the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro in the August 2010 *VARIG* decision.

IV. Is there an affirmative duty to liquidate pursuant to current Delaware law and under Brazil's chapter 7 (Lei 11.101/05, Art. 105)?

The doubts on whether Brazilian Bankruptcy Law imposes on debtors an affirmative duty to file for liquidation have to do with its ambiguous wording. Brazil's Chapter 7 (Lei No 11.101, art. 105) states in its first part that a "a debtor in economic-financial crisis that finds itself not meeting the requirements to pursue a reorganization plan "must" file for bankruptcy by justifying the impossibility to continue the business enterprise".³⁷ One of the leading cases on the matter re-

³⁶ Kornberg, Shimshak & Dearborn, *supra* note 27.

³⁷ Free translation by the author. Lei No 11,101 de 9 de Fevereiro de 2005, Diário Oficial da União [D.O.U.] de 9.2.2005 (Braz.). In its original: "O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer

fers to the bankruptcy of one of the remaining parts of the once leading airline in Brazil, *VARIG — Viação Aérea Rio-Grandense S.A.*, decided in August 2010.

In summary, since 2005, VARIG went through an intricate reorganization. Besides the sale of its subsidiaries and particular assets, the VARIG reorganization resulted in its split into two separate entities. While what was known as the “new VARIG” and called *VRG Linhas Aéreas S.A.* was sold to *GOL Airlines S.A.*, the so-called “old VARIG” was named *Nordeste Linhas Aéreas S.A.* and operated under *Flex Linhas Aéreas*. After major shortfalls, in August 2010, the trustee of “old VARIG” and of its affiliates petitioned the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro to convert its reorganization into bankruptcy.

As required under Brazilian Law, the Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro pronounced its view on whether the trustee’s motion to convert the reorganization into liquidation should be granted. The reasons favorable to grant the motion were entirely based on the debtors’ arguable affirmative duty to file for bankruptcy protection pursuant to Lei No 11.101, art. 105.³⁸ More specifically, the pronouncement of the Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro was expressively premised on the current understanding of deepening insolvency claims pursuant to both Spanish³⁹ and Delaware Law.

ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial [...]”, available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Notices that under Lei No 11,101 only applies to business entities (sociedades empresárias) and businessmen (empresários individuais). Differently than Chapter 7 that governs the liquidation procedure of both business entities and individuals, under Brazilian Law, the latter is governed by a specific statute under the Code of Civil Procedure (Lei No 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, Arts. 748 — 786-A. Diário Oficial da União [D.O.U.] de 17.1.1973 (Braz.), available at <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>. Lei 11.101 repealed Brazil’s previous bankruptcy statute, Decreto Lei No 7,661, de 21 de Junho de 1945. Diário Oficial da União [D.O.U.] de 31.7.1945 (Braz.).

38 Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Processo No 0260447-16.2010.8.19.0001, August 2010, at 3-7.

39 The Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro argued that: “the duty to file

In particular, with respect to Delaware Law, it stated that debtor and controlling shareholders had an affirmative duty to avoid deepening insolvency on behalf of creditors. As the argument followed, debtors had the duty to confess the bankruptcy of a corporation under severe economic and financial distress, as long as they had rendered a plan of reorganization unviable.⁴⁰

Furthermore, it argued that pursuant to Brazilian Bankruptcy Law (Lei No 11.101, art. 105)⁴¹ directors might be held personally liable for breach of their fiduciary duties to creditors.⁴² It also stated that creditors were theoretically in a better position to have their claims satisfied if a debtor caused the orderly liquidation of its assets by filing for bankruptcy.⁴³ Lastly, it referred to the holding in *TBS* by affirming that: “It is necessary to mention that the Delaware Supreme Court in [*TBS*] confirms the world’s tendency to mandate that direc-

for bankruptcy or deepening insolvency is recognized under Spanish Law under the Real Decreto-ley n: 9/2009, de 27 de Março, de 2009, “Boletín Oficial Del Estado” nº 78, Seção 01, 30367, in 31.3.2009: “Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso. 1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario O Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave. Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”. “Duty to file for bankruptcy relief. 1. A debtor shall file for bankruptcy protection within the months following the awareness of its state of insolvency. 2. Unless proven otherwise, the debtor shall be deemed to have known about its state of insolvency when any of the circumstances that gave rise to the possibility of having its bankruptcy required occurred under the applicable Law O Courts shall presume the existence of the intention to deceive or of gross fault when the debtor, its legal counsel, trustees or liquidators fail to meet their duty to file for bankruptcy relief”. Free translation by the Author. *Id.*, at 4-5.

⁴⁰ *Id.*, at 3-7.

⁴¹ Lei No 11,101 de 9 de Fevereiro de 2005, Diário Oficial da União [D.O.U.] de 9.2.2005 (Braz.), available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

⁴² Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, *supra* note 37, at 5.

⁴³ *Id.*, at 6.

tors and controlling shareholders have the affirmative duty to file for bankruptcy as a means to safeguard their duty of loyalty to creditors.”⁴⁴

Based on the reasoning of the pronouncement of the Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro, the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro granted the trustee’s motion to convert the reorganization of “old VARIG” into bankruptcy. The Court reasoned that “as the Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro well stated, it is the duty of directors of a corporation under severe economic and financial distress, after rendering the corporation’s plan of reorganization unviable, to file for bankruptcy. [...] Failing to do so subjects them to personal liability [...] In that case, extending the corporation patrimonial and financial agony would only harm creditors by increasing liabilities and, most likely, diminishing assets.”⁴⁵

The debtor’s controlling shareholder appealed from the Commercial Court decision and as of April 2011 the Appellate Court of the State of Rio de Janeiro still had not decided on the matter. Three remarks must be made concerning the rationale adopted by the Attorney General’s Office for the State of Rio de Janeiro and by the Rio de Janeiro Court when granting the debtors’ motion in the *VARIG* August 2010 decision.

44 In its original: “É necessário registrar que a Suprema Corte de Delaware, no caso *George L. Miller v. McCown De Leeuw & Co. (In re The Brown Schools)*, [...] confirma a tendência mundial em exigir dos administradores e controladores o dever de confessar a falência, como forma de manifestação do dever de lealdade destes para com os seus credores”. *Id.*, at 6.

45 In the original: “Como bem disse o Ministério Público, é dever dos administradores da sociedade em crise econômico-financeira, que não vislumbrem possibilidade de recuperação, requerer a própria falência, conforme previsto no art. 105 da Lei 11.101/2005, sob pena de responsabilização pessoal, na forma do art. 82 da mesma lei. Nesse caso, o prolongamento da agonia patrimonial e financeira da sociedade somente prejudicaria os credores, com o aumento do passivo e, muito provavelmente, a redução do ativo”. Processo No 0260447-16.2010.8.19.0001, August 2010, at 3.

First, as parts I and II discussed, directors do not owe fiduciary duties directly to creditors under Delaware Law.⁴⁶ Similarly, no provisions in Brazil's Bankruptcy Law suggest that it deviates from the general rule that creditors have their rights protected by contract and statutes of various natures, but not by undefined fiduciary duties. Second, the assumption that creditors could be in a better position if debtors proceeded to liquidate corporations in the zone of insolvency is factual and, in the absence of fraud, it is at best speculative. In the "old VARIG" case, it was the trustee's business judgment that the reorganization was unviable, as opposed to an alleged affirmative duty in this regard. Therefore, for being more aligned with both the rationale behind the deepening insolvency jurisprudence and the law of fiduciary duty, such reasoning would be more appropriate than the Rio de Janeiro Commercial Court fundaments. Third and as part III stressed, the Delaware Court of Chancery in the *TBS* decision did not recognize deepening insolvency claims as a valid cause of action under Delaware Law.

In spite of *Trenwick's* binding authority, the Delaware Court of Chancery decided that it was premature to dismiss the deepening insolvency count based on the *TBS* facts. Unmistakably, Delaware

⁴⁶ "It is well established that the directors owe their fiduciary obligations to the corporation and its shareholders." *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, 930 A.2d 92, 99 (Del. 2007) [...] (citing *Guth v. Loft*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939) and *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5, 10 (Del. 1998))." Furthermore, under the holding in *Gheewalla*, Delaware Courts only recognize that creditors of insolvent corporations may file derivative claims for breach of fiduciary duty. Judith Elkin and Kendyl Hanks explain: "It should be noted that although the *Gheewalla* opinion restricts creditor claims to derivative suits, it nonetheless reaffirms the "insolvency exception" concept, i.e., that a director's duties shift and creditors join the corporate constituency to which directors owe duties. See, e.g., *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196, 208 n.46 (Del. 2008) ("*Gheewalla* confers standing upon creditors to bring a derivative action where the corporation is insolvent, but only because the shareholders of an insolvent corporation no longer have an economic interest in the corporate entity—only its creditors have that interest. Only for that reason and in that context does *Gheewalla* permit creditors to stand in the shoes of the shareholders."). EIKIN, Judith. & HANKS, Kendyl. *Fiduciary Duties in Troubled Times*, at 5 and at 10 (2009), available at <http://ebookbrowse.com/fiduciary-duties-in-troubled-times-pdf-d43549172>.

courts still understand that directors neither have an affirmative obligation to file for Chapter 7, nor fiduciary duties to creditors.⁴⁷ Interestingly enough and as this paper argues, the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro could have achieved the same outcome in VARIG by simply giving deference to the trustee's business judgment when requiring the conversion of the "old VARI" reorganization into liquidation. Nevertheless, and as shown in this case, courts often achieve sound outcomes by inaccurate means.

V. Conclusions: reconciling deepening insolvency claims and the business judgment rule

This paper presented two positive and two normative claims. Based on Delaware Law and Brazilian Bankruptcy Law, it discussed whether deepening insolvency claims constitute or should constitute an independent cause of action, and whether the board of directors owes or should owe fiduciary duties to creditors.

I argued that the rationale behind recognizing deepening insolvency claims as an independent cause of action is flawed and inconsistent with the economic incentives that creditors and directors of corporations in the zone of insolvency have. Furthermore, I explained why deepening insolvency claims should neither constitute an independent cause of action, nor be conceived as a measure for damages. I contended that courts should give deference to the business judgment of boards when deciding whether to file under Chapter 7.

⁴⁷ The Delaware *Trenwick* decision is of particular help in the interpretation of the Brazilian Bankruptcy statute. As it stated: "Delaware law imposes no absolute obligation on the board of a company that is unable to pay its bills to cease operations and to liquidate. Even when the company is insolvent, the board may pursue, in good faith, strategies to maximize the value of the firm. As a thoughtful federal decision recognizes, Chapter 11 of the Bankruptcy Code expresses a societal recognition that an insolvent corporation's creditors (and society as a whole) may benefit if the corporation continues to conduct operations in the hope of turning things around". *Trenwick Am. Litigation Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168, 204-205 (Del. Ch. 2006), *aff'd*, 931 A.2d 438, at 28 (Del. 2007).

By doing so, courts create a superior rule by providing boards of corporations in the zone of insolvency with adequate incentives.

I discussed the reasons that led Delaware courts to refuse to recognize that directors owe fiduciary duties directly to creditors. It is this paper's statement that the TBS outcome should be read narrowly and that Trenwick still has binding authority over Delaware courts. Lastly, I inquired whether debtors and directors have an affirmative duty to file for liquidation under Brazil's Chapter 7 (Lei 11.101/05, Art. 105).

Based on the reasoning presented by the Attorney General's Office for the State of Rio de Janeiro, which was agreed on by the Commercial Court of the State of Rio de Janeiro in the August 2010 VARIG decision, I argued that Brazilian courts should reassess the nature and the subjective extension of the duties owed by boards and controlling shareholders of corporations in the zone of insolvency. Under any legal system and in any business decision, the take-away from TBS and VARIG remains the same. In the words of Judith Elkin & Kendyl Hanks, "the decision whether to file for bankruptcy protection or not should be a matter of business judgment."⁴⁸

⁴⁸ Elkin & Hanks, *supra* note 46.

**NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS**

**ANALYSIS OF AN “ESCROW AGREEMENT” IN AN
M&A TRANSACTION**

**ANÁLISE DE UM CONTRATO DE CONTA VINCULADA NO
ÂMBITO DE UMA OPERAÇÃO DE FUSÃO/AQUISIÇÃO.**

Cristina Celeste Marzo

Abstract: According to an escrow contractual arrangement in an merger and acquisition (M&A) deal, a portion of the purchase price (the “escrow amount”) has to be allocated in a separate banking account (the “escrow account”), in order to satisfy buyer’s indemnification claims against seller during the post-closing period, by virtue of any breach of seller’s representations and warranties provided in the stock purchase agreement (“SPA”). In this regard, the execution of an escrow agreement is of greatest importance to mitigate buyer’s risks during the post-closing period of an M&A transaction.

It should be observed that the terms and conditions of an escrow contract will depend on the circumstances of each M&A, and, hence, there is no “one size-fits-all formulae”.

The major issues regarding the negotiation and drafting of an escrow agreement will be duly analysed hereto with a view to provide valuable guidelines, considering the lack of literature on the subject.

Keywords: M&A, stock purchase agreement, escrow agreement, risk mitigation.

Resumo: De acordo com o contrato de conta-vinculada (“escrow agreement”), no âmbito de uma operação de “merger and acquisition” (M&A), uma parcela do preço de aquisição (“escrow amount”) deve ser depositada em uma conta bancária vinculada (“escrow account”). O valor depositado na escrow account deve ser utilizado para fins de pagamento de eventuais indenizações do comprador contra o vendedor no período posterior a conclusão de venda da companhia (“post-closing”), em virtude do descumprimento pelo vendedor de suas representações e garantias previstas no contrato de compra de ações (“SPA”). Nesse sentido, a celebração de um contrato de conta-vinculada é extremamente importante para mitigar os riscos do comprador no período post-closing de uma operação de M&A.

Cabe observar que os termos e condições de um contrato de conta-vinculada serão negociados de acordo com as circunstâncias de cada operação de M&A. Ou seja, não há uma fórmula padrão (“one size-fits-all formulae”).

As principais questões referentes a negociação e elaboração de um contrato de conta-vinculada serão devidamente analisadas aqui com o objetivo de fornecer importantes diretrizes, tendo em vista a lacuna de artigos sobre o assunto.

Palavras-Chave: M&A, contrato de compra de ações, contrato de conta-vinculada, mitigação de riscos.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Purpose of an Escrow Agreement: a buyer's risk mitigation tool. 3. Main Provisions of an Escrow Agreement. 3.2 Investment and Taxation of Escrow Funds. 3.3 The role and obligations of the Escrow Agent. 4. Execution of ancillary documents. 5. Conclusion

1. Introduction

This paper aims at providing an analysis of the main provisions of an escrow agreement in a private merger and acquisition

(“M&A”) transaction. The study hereto will be conducted taking into consideration a private share purchase deal. The rationale for this assumption relies on the fact that in a share purchase the buyer is exposed to a considerable amount of risk in comparison with an asset purchase¹.

The use of an escrow consideration as a contingent mechanism allows buyer to mitigate risks in the post-closing period by means of depositing a portion of the purchase price in a separate banking account, so that the escrow funds can be utilized for payment of potential liabilities of the target company².

Despite the fact that each M&A transaction has specific and unique circumstances, one can observe that there are some similar provisions in escrow agreements used by buyers for protecting themselves against risks in the post-closing period.

2. Purpose of an Escrow Agreement: a buyer’s risk mitigation tool

An escrow agreement can be defined as the contractual arrangement established by the parties (buyer and seller) in a M&A transaction for allocating a portion of the purchase price in a separate banking account (the “escrow account”) to be managed by an independent third party (the “escrow agent”), which is usually a financial

1 See Patrick A. Gaughan in *Mergers, acquisitions, and corporate restructurings*. John Wiley & Sons, Inc. Fourth Edition. 2007. pp. 23-25. See also Bismark, Nilufer Von (Slaughter & May), *Corporate Acquisitions and Mergers*, Chapter on the UK, in Begg, Peter F.C., *Corporate Acquisitions*, Vol. 3, Kluwer Law Intenational, 2004, pp. 2-4.

2 Please note that the escrow agreements related to earn-out provisions in M&A transaction will not be analysed hereto. For a deep analysis on earn-out provisions, see *American Bar Association Annual Meeting 2004 Earnouts in Business Acquisitions: a practical solution or a trap for the unwary?* — Available at <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0029/materials/pub/10.pdf>

institution³. Typically, under an escrow contractual arrangement, the buyer is the holder of the escrow account and the seller is the beneficiary party⁴. Consequently, one can conclude that the escrow amount has the nature of a trust and cannot be secured by any creditor.⁵

Indeed, it should be highlighted that an escrow account shall be used as a first means of satisfaction of buyer's indemnification claims against seller for any breach or inaccuracy of its representations and warranties of the stock purchase agreement ("SPA")⁶. As a risk mitigation instrument⁷, the escrow agreement aims at securing the buyer with the necessary funds for holding it harmless from any claims, liabilities, and damages in the post-closing period⁸. Thus, the escrow arrangement is an important risk management tool for the buyer, "*alleviating concerns about the seller's ongoing solvency and potential problems in locating the seller's assets for executing judgments*"⁹.

3 See Lou R. Kling & Eileen T. Nugent. *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*. Law Journal Press. 2003, at § 15.06[3][d].

4 See Heminway, Joan MacLeod and McLemore, Timothy M. *Acquisition Escrows in Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement*. The Tennessee Journal of Business Law. 2006. Available at <http://ssrn.com/abstract=1130472> (Accessed on April 3, 2011)

5 See Malak, Paul J. *Escrow Agreements in Business Acquisitions (with Model Agreement)*. The Practical Lawyer. American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education. 2000. p. 2.

6 See DePamphilis, Donald M. *Mergers, acquisitions, and other restructuring activities*. Academic Press. 4th Edition. London. 2008. p. 206.

7 It is interesting to note that a M&A insurance policy is also available for the parties to mitigate the risks associated with potential litigation claims and contingencies during the post-closing period. See Warwaruk, Marshall. *Escrow Provisions in M&A Transactions*, Part 2. 2005, available at <http://www.corumgroup.com/Escrow-Provisions-in-MA-Transactions-Part-2.aspx> (Accessed on April 3, 2011). See also Abbe Dienstag, Howard Spilko and Stephanie Dinkes, *Escrow and Insurance Protections in Public Deals*, in *Mergers & Acquisitions*. New York Law Journal. 2004. NY.

8 See Brown, Robert L., JD. *The Concise Guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting, tax, and process aspects*. Palgrave Macmillan. 1st Edition. NY. p. 33.

9 See Walton, Leigh and Krebs, Kevin D. *Purchase Price Adjustments, Earnouts and other Purchase Price Provisions*. 2005. p.7.

However, from a seller's perspective, there is some reluctance to have part of the purchase price deposited in an escrow account, considering that the "retention fund" implies fewer funds to be received by seller at the closing date¹⁰. For example, there is considerable evidence that private equity sellers tend to avoid the inclusion of an escrow provision in SPAs or they attempt to reduce the escrow period¹¹.

In addition, it should be clarified that the term of an escrow agreement corresponds to the "statute of limitations" included in the SPA, which provides the period in which the representations and warranties of seller shall remain in force¹². It is a common practice that this term is fixed by the parties ranging from one to three years, as of the closing date. However, this will depend on each M&A transaction and normally this is a major issue to be negotiated between the parties, since buyer will attempt to increase the indemnification period, as opposite to seller¹³. From a buyer's perspective, it would be convenient to set up the escrow term as the equivalent period set forth in the target company's jurisdiction for filing administrative and judicial

Available at <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0029/materials/pub/10.pdf> (Accessed on April 9, 2011).

10 See Scott, Slorach, J. *Corporate Finance, Mergers and Acquisitions (Legal Practice Course Guides)*. Oxford University Press. 2004. p. 114.

11 See Chalmers, Bruce and Criscuolo, Paul. *Buyers in M&A must take into account indemnification issues when dealing with private equity*. 2008. <http://www.icis.com/Articles/2007/10/22/9071351/buyers-in-m.html> (Accessed on April 3, 2011).

12 See F. Egan, Byron, Vella, Patricia O. and West, Glenn D. *Contractual Limitations on Seller Liability in M&A Transactions*, in American Bar Association Section of Business Law. Spring Meeting Program: Creating Contractual Limitations on Seller Liability that Work Post-Closing: Avoiding Serious Pitfalls in Domestic and International Deals. 2010. pp. 20-23. Available at <http://images.jw.com/com/publications/1362.pdf> (Accessed on April 10, 2011).

13 See Duran, Stanley J. *Top Ten Indemnification Concerns in M&A transactions*. Association of Corporate Counsel. 2009. pp. 1-2. Available at <http://www.acc.com/legalresources/publications/top10/top-ten-indemnification-concerns.cfm?makepdf=1> (Accessed on April 4, 2011).

claims by the competent authorities and third parties (the “prescriptive period”)¹⁴.

Furthermore, in public companies M&A deals one can argue that it is not likely that seller will agree to extend the validity of the representations and warranties clause for the post-closing period. The basic concept intrinsic to this is the fact that the majority shareholders of public companies usually do not want to be solely exposed to any risk of indemnification obligations after closing. Accordingly, it is not feasible to request public shareholders to abide an indemnification provision in the post-closing period. Consequently, the use of an escrow consideration is more common in private M&As¹⁵.

In addition, the parties in an M&A deal should also foresee the existence of an escrow arrangement in the SPA, and as a result, sign an escrow agreement to regulate the terms and conditions applicable to administration and disposition of this contingent consideration. Therefore, the terms of an escrow agreement should be compatible with the provisions of the SPA, in order to avoid any conflict of interpretation¹⁶. For instance, it is certainly advisable that the governing law and dispute resolution mechanism in an escrow agreement should be carefully chosen by the parties according to the terms of the SPA. As a practical matter, there is a tendency for escrow agents to persuade the parties to choose the law of its state to govern poten-

14 See Ketchum, Harold. A, Geould, Walter B., Kirkpatrick, Neil, Persbacker, Victor L. and Rodgers, Charles H., *Mergers and Acquisitions: planning and action*. Financial Executives Research Foundation. 4th Edition. NY. p. 112.

15 See BenDaniel, David J., Rosenbloom, Arthur H. and Hanks Jr., James J. *International M&A, Joint Ventures & Beyond. Doing the Deal*. John Wiley & Sons, Inc. Second Edition. New York. pp. 52-53. See also Abbe Dienstag, Howard Spilko and Stephanie Dinkes, *Escrow and Insurance Protections in Public Deals*, in *Mergers & Acquisitions*. New York Law Journal. November 8th, 2004. NY.

16 See Heminway, Joan MacLeod and McLemore, Timothy M. *Acquisition Escrows in Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement*. The Tennessee Journal of Business Law. 2006. Available at <http://ssrn.com/abstract=1130472> (Accessed on April 3, 2011).

tial disputes involving the escrow agent.¹⁷ In the following section, the main provisions of an escrow agreement will be discussed.

3. Main Provisions of an Escrow Agreement

3.1 Payment of Indemnity Claims and Release of Escrow Funds

It is of greatest importance to regulate under the escrow agreement the trigger events for payment of indemnity claims with the escrowed funds, as per the terms of the indemnification clause of the SPA¹⁸. The escrowed funds shall be released by the escrow agent for payment of indemnification claims brought by buyer or third parties under the terms of the escrow contract. For example, the parties can negotiate that the escrowed funds shall be disbursed only for payment of environmental or tax claims¹⁹.

Please note that the materiality of the target company's contingencies typically varies according to its size (e.g small, medium or large company) and corporate activity. It is crucial for buyer to conduct a deep due diligence in order to evaluate the financial, accounting, commercial and legal situation of the target, so that buyer can have a true and clear picture of the target's current and potential liabilities. This process is very time consuming but it is a *sine qua non* condition for buyer to negotiate the representation and warranties and indemnification clauses of the SPA, and, therefore, to establish

17 See Fox, Charles M. *Working with Contracts: What Law School Doesn't Teach You*. Practising Law Institute. Second Edition. 2002. p. 80.

18 See Howard L. Shecter, *Selected Risk Issues in Merger and Acquisition Transactions*, Miami Law Review. Vol. 51. 1996-1997. pp. 757-758.

19 See Duran, Stanley J. *Top Ten Indemnification Concerns in M&A transactions*. Association of Corporate Counsel. 2009. pp. 3. Available at <http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/top-ten-indemnification-concerns.cfm?makepdf=1> (Accessed on April 4, 2011).

the purchase price and the amount to be deposited in the escrow account²⁰. There is considerable evidence that in a great number of M&A transactions, the escrow amount corresponds to approximately 10% of the purchase price²¹. Moreover, it is customary to find “baskets and deductibles” provisions in the indemnification provision of the SPA as a form of limitation of the buyer’s indemnification rights. As per the basket clause, the parties can agree that claims in the post-closing period should reach a determined threshold so that buyer can be indemnified. For instance, the claims and losses should be greater than US\$ 100,000 (one hundred thousand dollars) in order that buyer can file a claim notice requesting the escrow account funds. The deductible provision allows the buyer only to recover the excess amount over the basket. The main aim of this provision is to avoid disputes over insignificant amounts²².

Additionally, it is fundamental to regulate in the escrow agreement the applicable procedure for dealing with payment of claims. It should be clear in the escrow document when the escrow agent has to release the funds²³. Thus, the escrow agreement should provide

20 See Healy, David W. *M&A Deals: Key Issues, Tips and Tactics*. 2005. Fenwick and West LLP. pp. 4-5. Available at http://macabacus.com/docs/fenwick_deals.pdf (accessed on April 11, 2011).

21 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, *Model Stock Purchase Agreement with Commentary*. 1995. p. 206.

22 See F. Egan, Byron, Vella, Patricia O. and West, Glenn D. *Contractual Limitations on Seller Liability in M&A Transactions*, in *American Bar Association Section of Business Law. Spring Meeting Program: Creating Contractual Limitations on Seller Liability that Work Post-Closing: Avoiding Serious Pitfalls in Domestic and International Deals*. April 22, 2010. p. 46. Available at <http://images.jw.com/com/publications/1362.pdf> (accessed on April 10, 2011). See also Warwaruk, Marshall. *Escrow Provisions in M&A Transactions, Part 1*. 2005. Available at <http://www.corumgroup.com/Escrow-Provisions-in-MA-Transactions-Part-1.aspx> (accessed on April 6, 2011).

23 See Malak, Paul J. *Escrow Agreements in Business Acquisitions (with Model Agreement)*. The Practical Lawyer. American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education. June, 2000. p. 2.

“comprehensive mechanics and guidelines for all possible situations which could arise during the life of the agreement”²⁴.

Please note that during the term of the escrow agreement, whenever buyer has a claim against seller for any breach of the representations and warranties, buyer has to send a notice to both seller and escrow agent. Seller can file an objection to buyer’s claim within a certain period, as of the receipt of buyer’s notice. In case seller disputes buyer’s claim, the escrowed funds cannot be released by escrow agent until the resolution of the dispute. If seller does not object the claim, the escrow agent shall withdraw the necessary amount from the escrow funds for payment of buyer’s claim²⁵.

With respect to third party claims against the target, it is worth mentioning that buyer can defend such a claim and be reimbursed from all the legal costs in connection thereto or the parties can agree that seller should conduct the defence. This provision should be duly reflected in the escrow agreement²⁶.

At the expiration of the escrow agreement, the escrow agent shall release to seller any remaining escrow amount, except for escrowed funds that might be object of a claim pending a court decision or an arbitral award²⁷.

24 See Muchnyk, Illya. *Escrow Arrangements and Settlements in Cross-Border M&A Transactions Involving Ukraine*. DLA Piper. June 2010. p. 2. Available at http://executive-view.com/knowledge_centre.php?id=11831 (accessed on April 3, 2011).

25 See Malak, Paul J. *Escrow Agreements in Business Acquisitions (with Model Agreement)*. The Practical Lawyer. American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education. June, 2000. pp. 2-3.

26 See Malak, Paul J. *Escrow Agreements in Business Acquisitions (with Model Agreement)*. The Practical Lawyer. American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education. June, 2000. p. 2.

27 See Scott, Slorach, J. *Corporate Finance, Mergers and Acquisitions* (Legal Practice Course Guides). Oxford University Press. 2004. p. 114.

3.2 Investment and Taxation of Escrow Funds

It is worth mentioning that the funds deposited in an escrow account shall be invested by the escrow agent according to joint written instructions of buyer and seller. It should be emphasized that the parties have discretion to establish the term and nature of any permitted investment to be made with the escrow funds²⁸.

The escrow agreement should regulate the types of permitted investment, being a common practice that the escrowed funds be invested in liquid and safety instruments²⁹. The parties can also mutually agree to authorize the escrow agent to effect further investments in addition to the permitted investments described in the escrow contract. This is a customary market practice that allows the parties to have flexibility for investing the escrow amount³⁰.

Furthermore, any interest or other income received on the investment and reinvestment of the escrow funds shall be credited to the escrow account and any losses incurred on such investment and reinvestment shall be debited against the escrow account, respectively. Additionally, the mechanics and procedures for distribution of any income earned by the escrowed funds must be duly regulated in the escrow agreement. Considering that seller is typically the beneficiary of the escrow account, any interest or income might be disbursed to him. However, usually the income is retained in the escrow account for satisfying the payment of potential claims³¹. In this sense, in case

28 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, Model Stock Purchase Agreement with Commentary. 1995. pp. 303-304.

29 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, Model Stock Purchase Agreement with Commentary. 1995. p. 53.

30 See JP Morgan. Treasury Services. Escrow Services: Frequently Asked Questions. p. 1. Available at <http://www.jpmorgan.com/.../BlobServer?...Escrow%20FAQ> (accessed on April 3, 2011).

31 See Malak, Paul J. *Escrow Agreements in Business Acquisitions (with Model Agreement)*. The Practical Lawyer. American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education. June, 2000. p. 2.

there is a need to liquidate the permitted investments to obtain the necessary resources to make claim payments under the terms of the escrow agreement, the parties shall inform the escrow agent (by means of a written notice) which permitted investments shall be liquidated³².

Moreover, the existence of an escrow amount will normally raise some tax issues, mainly for seller, considering that any capital gain should be taxed. However, the tax implications will depend on the governing law of the escrow agreement, as each jurisdiction has a different tax law³³. For instance, there are a considerable number of precedents of the US Tax Court stating that the escrow funds do not represent an “immediate income recognition” for seller, and, as a consequence, seller is not obliged to pay any taxes on capital gain during the escrow period. It is relevant to note that this understanding is based on the fact that under an escrow contractual arrangement seller is not entitled to receive the principal of the funds which are allocated for any potential contingency during the escrow period. However, any escrow interest and income should be duly reported to the tax authorities by seller or buyer depending on the terms of the escrow agreement. An efficient alternative to deal with this issue and avoid a potential conflict between the parties regarding which one should bear the tax burden is to allocate the escrow income in tax-free investments³⁴.

3.3 The role and obligations of the Escrow Agent

The escrow agent should be a third independent party nomi-

32 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, Model Stock Purchase Agreement with Commentary. 1995. pp. 303-304.

33 See Yahya, Renad Haj and Trinh Chubbock, *Oil and Gas Mergers and Acquisitions: contingent consideration and bridging the value gap*, International Energy Law Review. 2011. p. 4.

34 See Koenig, James C. and Boise, Craig M. *Contingent Consideration: The Taxation of Earnouts and Escrows*, in Mergers and Acquisitions. The Monthly Tax Journal. Vol. 2. Number 3. July, 2001. pp. 12-16.

nated by the parties to hold and dispose of the escrowed funds until the termination of the escrow agreement. Accordingly, the escrow agent should remit to the parties statements on the escrow funds under a regular basis with a view to comply with its monitoring and reporting functions regarding the administration of the escrow account³⁵.

In this light, the escrow agent shall act with due diligence and care, strictly pursuant to the terms established in the escrow contract. In fact, the escrow agent cannot be held responsible for any type of financial, tax or business consulting, considering that it has a mere custodian function³⁶. It follows that the escrow agent will not agree to be exposed to any risks related to the management of the escrow account. Based on this fact, it is customary that the escrow agent will require the parties to include a clear and detailed indemnity clause in the escrow agreement, by means of which it can be held harmless and indemnified from and against any loss, liability, damage or expense by virtue of the performance of the escrow contract. The only exception in which the escrow agent should be held liable is whenever it acts with gross negligence or wilful misconduct³⁷.

Typically, the parties share the payment of the escrow agent's fees, but this decision will be object to negotiation³⁸. A study conducted by J.P. Morgan indicates that in the vast majority of M&A deals escrow agent's fees have been shared between sellers and buyers³⁹.

35 See Mahaffy, A. Paul, "Deal killers and deal savers: Escrow agents, M&A insurance and other ways to help close problem asset and share purchases" 2000. p. 5. <http://www.bbburn.com/pmart9.htm> (Accessed on April 3, 2011).

36 See "Citigroup Agency and Trust — Escrow Agent Services" pp. 4-6. http://www.citigroup.com/transactionsservices/home/securities_svcs/agency/mas.jsp (accessed on April 19, 2011).

37 See Lou R. Kling & Eileen T. Nugent. "Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions". Law Journal Press. 2003, at § 15.06[3][d].

38 See American Bar Association Committee on Negotiated Agreements, Model Asset Purchase Agreement with Commentary: Exhibits, Ancillary Documents and Appendices 51. 2001. p. 56.

39 See "J.P. Morgan Issues 2010 M&A Holdback Escrow Report". <http://www.jpomor>

The parties should include a clear provision in the escrow agreement regulating the payment of the agent's fees.

Moreover, the resignation and substitution rules of the escrow agent need to be regulated in the escrow contract. Usually, a written and prior resignation notice should be remitted by the escrow agent to the parties. In the event they cannot appoint a substitute escrow agent, the resigning escrow agent is entitled to deposit the escrowed funds into a competent court⁴⁰.

Finally, it is essential that the parties cooperate with the escrow agent and provide it with all the necessary information and documents in order that it can fulfil its duties and responsibilities.

4. Execution of ancillary documents

It seems beyond doubt that the most important document of an M&A transaction is the SPA, considering that it provides all terms and conditions of the deal, including the execution of the escrow agreement⁴¹. In fact, the execution of an escrow agreement normally constitutes a condition precedent for closing⁴². As it has already been discussed hereto, the terms of the escrow agreement should be compatible with the SPA. Indeed, the escrow agreement can be deemed as an instrumental document to the SPA and, thus, it should be drafted taking into account the SPA provisions. For instance, the payment

gan.com/tss/General/J_P_Morgan_Issues_2010_M_and_A_Holdback_Escrow_/1284071199297 (accessed on April 1st, 2011).

40 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, *Model Stock Purchase Agreement with Commentary*.1995. p. 56.

41 See Scott, Slorach, J. *Corporate Finance, Mergers and Acquisitions* (Legal Practice Course Guides). Oxford University Press. 2004. pp. 111-114.

42 See Heminway, Joan MacLeod and McLemore, Timothy M. *Acquisition Escrows in Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement*. Available at <http://ssrn.com/abstract=1130472> (accessed on April 3, 2011).

of claims clause of the escrow agreement shall be constructed according to the terms of the indemnification and representations and warranties clauses of the SPA. Please refer to item 3.1.

Furthermore, the execution of the following ancillary documents is relevant with respect to an escrow agreement: (i) disclosure letter; (ii) certificate attesting the validity and accuracy of representations and warranties; and (iii) legal opinions⁴³.

The disclosure letter is a document provided by seller outlining the disclosed contingencies and liabilities during the due diligence of the target. This is a crucial instrument, considering that any undisclosed liability shall be indemnified by seller during the post-closing period with the use of the escrowed funds⁴⁴. In this context, it is likely that seller will try not being responsible for disclosed contingencies or will attempt to limit its liability⁴⁵.

Taking into account that the validity and accuracy of the representations and warranties is a condition precedent for closing, both buyer and seller shall provide at the closing date certificates attesting that these statements are still true (“bring-down certificates”). In case there is any change to the representations and warranties, the parties’ officers have to deliver updated certificates attesting the current status of the statements. Bear in mind that such documents are extremely important in order to avoid any conflict between the parties that might arise from false representations and warranties, and, therefore,

⁴³ See BenDaniel, David J., Rosebloom, Arthur H. and Hanks Jr., James J. *International M&A, Joint Ventures & Beyond — Doing the Deal*. John Wiley & Sons, Inc. Second Edition. New York. pp. 66-67.

⁴⁴ See Howson, Peter. *Due Diligence — The Critical Stage in Mergers and Acquisitions*. Gower. 2003. pp. 71-74.

⁴⁵ See Picot, Gerhard. *The Implementation of Mergers and Acquisitions under Business Law Aspects: the Formation of the Transaction Agreement*, in Handbook of International Mergers and Acquisitions: preparation, implementation and integration. Palgrave Macmillan. 2002. NY. p. 65.

jeopardise the deal⁴⁶. It is relevant to emphasise that the escrow funds shall be used to pay indemnity claims, by virtue of a breach in seller's representations and warranties. However, as already discussed hereto, the escrow amount usually corresponds to only 10% of the purchase price⁴⁷. Thus, it is essential that buyer be provided with true, valid and accurate statements of seller.

Finally, the execution of legal opinions by parties' solicitors is of greatest importance in the closing. These opinions provide both parties with assurance that the SPA and ancillary documents, such as the escrow agreement, are valid, binding and enforceable according to a specific jurisdiction. For example, if the target is a foreign company, it is crucial that buyer confirms with a local solicitor that the terms of the escrow agreement are enforceable in the target's jurisdiction and remedies are available in case of breach⁴⁸.

5. Conclusion

It can be concluded that the execution of an escrow agreement is of greatest relevance in an M&A deal to reduce buyer's risks associated with a breach of seller's representations and warranties in the post-closing term.

Indeed, the allocation of part of the purchase price in the escrow account provides buyer with considerable comfort in case seller

46 See Brown, Robert L., JD. *The Concise Guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting, tax, and process aspects*. Palgrave Macmillan. 1st Edition. NY. p. 199.

47 See American Bar Association Committee on Negotiated Acquisitions, Model Stock Purchase Agreement with Commentary. 1995. p. 206.

48 See American Bar Association, Business Law Section, Committee on Legal Opinions, *Third Party Legal Opinion Report including the Legal Opinion Accord*, 47 Bus. Law No. 1. 1991. See also Fuld, James J. *Foreign Legal Opinions in American Business Transactions*. International Business Lawyer 1975. Vol. 3.

does not have enough funds to pay indemnification claims in the post-closing phase. From a buyer's perspective, it is advisable to negotiate a long escrow term, which should be equivalent to the prescriptive period set forth in the target's jurisdiction for filling of actions by competent authorities and third parties.

Finally, there is no one size-fits-all formulae to reach a decision on the exact terms of the escrow contract and, therefore, the circumstances of each transaction will lead to the negotiation of the escrow provisions. Hence, it can be held that clauses regarding escrow amount, permitted investments, payment of claims and release of funds vary according to each M&A deal.

**PROPIEDAD
INTELECTUAL**

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL AUTOR EN EL PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Leonardo Macedo Poli
Luciana Costa Poli

Resumo: O trabalho faz uma releitura dos direitos patrimoniais do autor, elencando suas principais características e apontando sua apresentação pela legislação autoral. Apresenta o texto o descompasso entre a legislação autoral vigente que ainda encontra traços inspiradores no liberalismo, a demonstrar que a atual sistematização do direito autoral não atinge sua finalidade de promoção da cultura, por não garantir ao criador uma adequada compensação financeira pelo uso de suas obras, o que desestimula a atividade criativa e obstaculiza o desenvolvimento cultural. Sustenta-se que a delimitação excessiva do uso privado origina-se da tendência em se garantir a exploração econômica da obra, ao invés de se garantir uma adequada proteção do autor. A excessiva proteção gera uma espécie de censura privada: privatiza-se a linguagem, o discurso e a cultura, o que acaba por ferir interesses sociais, razão pela qual se defende que o direito patrimonial do autor não pode mais ser visto sob o prisma exclusivo do interesse do autor, devendo seu exercício harmonizar-se com a funcionalidade da propriedade intelectual.

Resumen: La obra es una reinterpretación de los derechos económicos del autor, detallando sus principales características y señalando su presentación por la ley de derechos de autor. Muestra el texto la brecha entre la ley de derecho de autor que todavía encuentra la huella de la inspiración en el liberalismo, y muestra que la sistematización actual de los derechos de autor no llega a su objetivo de promover la cultura, por no garantizar la compensación adecuada al creador por el uso de sus obras, lo que desalienta la actividad creativa y obstaculiza el desarrollo de la cultura. Se argumenta que la protección de uso privado excesiva se debe a la tendencia a asegurar la explotación económica de la obra en lugar de garantizar una protección adecuada del autor. El exceso de protección crea una especie de censura privada: si privatiza el lenguaje, el discurso y la cultura, que a la larga perjudicaría los intereses sociales. Se argumenta que los derechos patrimoniales del autor no puede ser visto por el prisma exclusivo del autor sino deben actuar en armonía con la funcionalidad de la propiedad intelectual.

Palavras-Chave: Direitos patrimoniais do autor; proteção autoral. Exploração econômica da obra. Funcionalidade da propriedade intelectual.

Palabras-Clave: Derechos patrimoniales del autor; protección autoral. Exploración económica de la obra. Funcionalidad de la propiedad intelectual.

SUMÁRIO: 1.1 – Direitos patrimoniais de autor. 1.2 – Características dos direitos patrimoniais de autor. 1.2.1 – Transmissibilidade. 1.2.1.1 – Expressa manifestação de vontade e forma escrita. 1.2.1.2 – Interpretação restritiva. 1.2.1.3 – Presunção de onerosidade. 1.2.1.3.1 – Direito de sequência. 1.2.2 – Temporariedade e domínio público. 1.2.3 – Economicidade. 2.1 – Limitações aos direitos patrimoniais de autor. 2.1.1 – Uso privado. 2.1.2 – Considerações finais.

1.1 Direitos patrimoniais de autor

Diferentemente do que ocorreu com o direito moral de autor

que só obteve reconhecimento formal em meados do século XIX, o reconhecimento do direito patrimonial é anterior, remontando ao Direito Romano, ainda que de forma indireta e embrionária. Segundo Dock¹, nas Instituições de Justiniano já se podia identificar proteção patrimonial para a obra literária.

Vê-se assim, que, paradoxalmente², apesar de o direito moral de autor possuir hoje uma proteção mais ampla que o direito patrimonial, as repercussões econômicas da criação alcançaram amparo jurídico muito antes de seus aspectos pessoais.

Os direitos patrimoniais de autor são assegurados no art. 5º, inciso XXVII da Constituição da República que garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. No mesmo sentido, o art. 28 da Lei n.9.610/98 (“LDA”) prevê que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária artística e científica.

Trata-se de conceituação demasiado vaga, considerando-se que o direito exclusivo concedido ao autor restringe-se à sua exploração econômica, uma vez que um direito exclusivo ilimitado de uso possibilitaria ao autor uma ingerência contestável na vida privada alheia.

Segundo Manso³, a utilização a que se refere a Lei restringe-se ao aspecto patrimonial, e estendê-la à utilização intelectual contrariaria o propósito de incentivar a cultura que é a razão de atribuição do direito autoral. Neste sentido, foi mais precisa a definição trazida na legislação italiana que atribui ao autor o direito exclusivo de utilizar economicamente a obra.⁴

1 DOCK, Marie Claude. *Étude sur le droit d'auteur*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 10-16.

2 O direito patrimonial é considerado por muitos como mutação econômica do direito moral (SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*, p. 27).

3 MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral*. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 32.

4 Art. 12 da Lei n. 633 de 22 de abril de 1941.

No mesmo sentido, Ascensão⁵ o define como o direito exclusivo de exploração econômica da obra, e Lipszyc⁶ como a garantia de obtenção pelo autor de um benefício econômico decorrente de sua utilização. É este também o entendimento da Corte Suprema Argentina.⁷

A restrição se justifica porque, como leciona Savatier⁸, a finalidade do direito patrimonial de autor é propiciar ao autor um meio de vida, um sustento.

No aspecto patrimonial, referem-se às faculdades reconhecidas ao autor tanto no singular como no plural.

A expressão singular, direito patrimonial de autor, refere-se ao direito exclusivo de exploração econômica da obra, englobando-se aí todas as modalidades de utilização, tais como reprodução, tradução, publicação, etc.

No plural, a expressão refere-se à decomposição do direito de exploração econômica em tantos direitos quantos sejam as modalidades de utilização da obra, tendo-se assim, o direito patrimonial de reprodução, de tradução, de publicação, etc.

Inicialmente, vê-se a proteção do aspecto patrimonial da criação por essa concepção pluralista. Como ressalta Debois⁹, no Direito Francês a proteção foi gradual, inicialmente se protegeu o direito de representação (1791), seguido do direito de reprodução (1793). Colombet¹⁰, acrescenta à lista o direito de sequência¹¹.

5 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 164.

6 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 50.

7 EMERY, Miguel Angel. *Propiedad intelectual*, Astrea: Buenos Aires, p. 62.

8 SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*. Paris: Librairie Générale de Droit, p. 25.

9 DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*, Paris: Dalloz, p. 307.

10 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 250.

11 O direito de sequência será objeto de análise detalhada no item 3.2.1.3.1.

É lógico que a restrita proteção inicial não é mais suficiente à garantia do exclusivo do autor, tendo-se em vista a grande variedade de modalidades de utilização da criação que se pode empreender nos dias atuais, principalmente após a revolução digital experimentada pela sociedade contemporânea.

Neste sentido, o art. 29 da LDA prevê uma série de modalidades de utilização protegidas pelo exclusivo autoral, tais como:

- Reprodução parcial ou integral;
- edição;
- adaptação, arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- tradução para qualquer idioma;
- inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- distribuição, inclusive para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção mediante interatividade ou pagamento pelo usuário;
- representação, recitação ou declamação;
- execução musical;
- emprego de alto-falante ou sistemas análogos;
- radiodifusão sonora ou televisiva;
- captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- sonorização ambiental;
- exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- emprego de satélites artificiais;
- emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- inclusão em bases de dados, armazenamento em computador, microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.

Apesar de extensa, a enumeração legal das modalidades de utilização não poderia ser restritiva, sob pena de se tornar brevemente-

te obsoleta, tendo em vista a atual velocidade do desenvolvimento tecnológico. Assim, o legislador, no inciso X do art. 29 deixa claro o caráter meramente exemplificativo da enumeração legal, considerando englobadas pelo exclusivo autoral quaisquer outras modalidades de utilização, de existência atual ou futura.

Neste mesmo sentido repousa o entendimento de Lipszyc¹², que defende a idéia de que os direitos patrimoniais de autor não estão sujeitos a *numerus clausus*, sendo tantos quantos forem as formas de utilização factíveis da obra, tanto no momento de sua criação como durante todo o tempo em que ela permanecer no domínio privado.

1.2 Características dos direitos patrimoniais de autor

1.2.1 Transmissibilidade

Diferentemente dos direitos morais, os direitos patrimoniais são transmissíveis por atos *inter vivos* ou *causa mortis*. Isto se dá porque, como já dito anteriormente, o objetivo do direito patrimonial de autor é garantir-lhe o exclusivo de exploração econômica da obra, o que não significa que ele deva ou mesmo que possa fazê-lo pessoalmente. Assim, os direitos patrimoniais atribuem a seu titular uma faculdade de disposição, em sentido objetivo.

A faculdade de disposição pode ser vista sob dois aspectos, um subjetivo e outro objetivo. Subjetivamente se confunde com a capacidade jurídica de seu titular e objetivamente como uma característica intrínseca ao próprio direito.¹³

Na transmissão *causa mortis* será obedecida a ordem sucessória da Lei Civil.¹⁴ Garante-se, assim, uma dilação do domínio privado

12 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 175.

13 PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile* — saggi. Milão: Giuffrè, 1951. p. 7.

14 Art. 41 e seguintes da LDA.

sobre a criação para os herdeiros do autor. Caso o autor faleça sem deixar sucessores, a obra cairá automaticamente em domínio público.¹⁵

A transmissibilidade por ato *inter vivos* depende de autorização do autor e via de regra se faz mediante licença de uso ou cessão de direitos.

O negócio jurídico autoral além de se submeter aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral,¹⁶ deve observar alguns requisitos específicos previstos na LDA.

1.2.1.1 Expressa manifestação de vontade e forma escrita

Segundo Pugliati¹⁷, os atos de disposição de direitos são constituídos por dois elementos: a faculdade de disposição e a manifestação de vontade.

A manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos, em regra, pode ser expressa, tácita ou presumida. Será expressa se for feita por meio de palavras, da escrita ou de mímica. Tácita quando puder ser deduzida do comportamento inequívoco do agente e presumida quando a Lei assim estabelecer.

O art. 29 da LDA exige a manifestação expressa de vontade para a validade do negócio jurídico autoral. Isto significa que a vontade do autor, como regra, pode ser declarada verbalmente, mimicamente ou por escrito, seja em um instrumento formal, seja por meios informais como cartas impressas ou eletrônicas (*e-mails*), mas jamais poderá ser deduzida ou presumida.

15 Art. 45, inciso I da LDA.

16 Art. 166 do Código Civil.

17 PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile* – saggi, Milão: Giuffrè, 1951 p. 7.

A regra do art. 29 da LDA aplica-se, todavia, exclusivamente aos negócios jurídicos que tenham por objeto apenas a licença de uso da obra. É importante ressaltar que a propriedade imaterial, assim como a propriedade material, possui em seu conteúdo várias faculdades que podem ser transferidas em conjunto ou separadamente.¹⁸

Para Enneccerus¹⁹, estas faculdades diferem da propriedade por seu conteúdo. Aquelas permitem apenas um domínio parcial sobre o bem (determinado) enquanto que esta corresponde ao domínio máximo possível (indeterminado).

Utilizando a divisão clássica dos direitos do dono:²⁰ em usar, fruir, dispor e reivindicar, nas licenças de uso o negócio jurídico incide apenas sobre o primeiro elemento.

É importante frisar, ainda, que a licença de uso não limita o direito autoral, uma vez que não confere direito real de uso (*ius in re*), mas simplesmente direito pessoal de uso (*ius in rem*).

Assim, nestes casos, o autor permite a terceiros a utilização da obra sem transferir-lhes a titularidade sobre ela.²¹ Neste sentido o julgamento da Apelação Cível n. 352.565-5 realizado em 28 de fevereiro de 2002 pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que reconheceu que a propriedade intelectual de programa de computador não se exaure pela transferência da cópia.

Direito de uso é o direito de servir-se do bem. É lógico que, apesar de distintas as noções de usar e fruir, tem-se que o uso, mesmo limitado por seus fins econômicos e sociais, não exclui em absoluto a fruição do bem. Segundo Pontes de Miranda²², a noção de uso englo-

18 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 115.

19 ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1944. v. 1, t. III, p. 298.

20 Os direitos autorais reputam-se bens móveis para efeitos legais.

21 Art. 37 da LDA.

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. XIX. p. 349.

ba certos frutos, uma vez que o usuário pode, em regra, usar o bem como poderia fazê-lo o proprietário.

Por outro lado, nos casos de cessão de direitos referidos na LDA, o negócio jurídico pode incidir sobre todos, alguns ou um dos elementos do domínio, (usar,²³ fruir, dispor e reivindicar) transferindo-os a terceiros.²⁴ Nestes casos, se a transferência se der em caráter definitivo, a exigência legal é de que o ato se revista da forma escrita, particular ou pública.²⁵

Esta exigência aplica-se tanto aos casos em que forem cedidos todos os direitos patrimoniais, quanto aos casos em que apenas um ou alguns destes direitos forem cedidos, a teor do art. 50 da LDA.

Caso a obra tenha sido levada a registro pelo autor ou titular originário, a cessão poderá ser averbada à margem do registro respectivo ou, caso contrário, poderá ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos.

O art. 50, § 2º, da LDA exige que conste do instrumento de cessão os seguintes elementos essenciais:

- Objeto;
- Prazo;
- Local de exercício;
- Preço.

A inobservância desta exigência não gera, contudo, a invalidação do ato. No caso de não haver estipulação quanto ao prazo con-

23 Nestes casos o direito de uso é direito real limitado.

24 Há alguns países, a exemplo da Espanha, que não admitem que a transmissão do direito patrimonial importe em perda do mesmo pelo autor, gerando uma espécie de co-propriedade ou condomínio (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 276). Há, ainda, os que sustentam sua inalienabilidade, a exemplo da Alemanha (PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 304).

25 Art. 49, inciso I da LDA.

tratual, a Lei o fixa em cinco anos. No caso de não haver previsão de preço, o contrato será presumidamente oneroso aplicando-se a remuneração de mercado.²⁶ Por fim, não havendo previsão quanto ao objeto do contrato ou quanto ao local de exercício, o contrato será interpretado restritivamente.

1.2.1.2 Interpretação restritiva

Segundo Amaral²⁷, interpretar o negócio jurídico é a busca pelo conteúdo das normas jurídicas que nascem da declaração de vontade.

O negócio jurídico é ato de regulamentação de condutas. Os participantes estabelecem normas que deverão seguir. O instrumento de que se utilizam para estabelecer o conteúdo dessas normas é a sua declaração de vontade.

A identificação do conteúdo da declaração de vontade depende de fatores linguístico-semiológicos, sociais, históricos e pessoais, o que faz da atividade de interpretação questão importante na busca pela segurança negocial, principalmente nos casos em que há desentendimento das partes quanto ao seu conteúdo.

É importante frisar que o que se busca não é a vontade individual (subjéctiva/interna) das partes, mas a vontade negocial (objectiva/externa), que seria a fusão das vontades individuais das partes, que se encontrando, perdem cada uma a sua autonomia própria.²⁸

Apesar de a atividade de interpretação ser uma espécie de intervenção externa sobre o negócio jurídico, é importante frisar que o intérprete deve buscar a vontade das partes e não tentar impor a sua

²⁶ Art. 57 da LDA.

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 418.

²⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 305.

própria, nem tampouco sobrepor algum interesse externo ao interesse negocial.²⁹ A finalidade da interpretação não é modificar o negócio jurídico mas defini-lo.

Daí a importância de regras que conduzam a atuação do intérprete. Segundo Lisboa³⁰, as regras de interpretação contratual dividem-se em objetivas e subjetivas. As regras subjetivas ocupam-se da investigação da vontade das partes e as regras objetivas buscam esclarecer o seu sentido, as primeiras baseiam-se na teoria da responsabilidade (boa-fé subjetiva) e as demais na teoria da confiança (boa-fé objetiva).

Dentre as regras legais que buscam nortear tal interpretação tem-se a regra da prevalência da vontade real sobre a declarada, a interpretação restritiva dos contratos gratuitos, a interpretação contratual em favor do aderente, a regra de lealdade, a conservação do negócio jurídico, etc.

Há também importantes regras doutrinárias consolidadas³¹:

- Os costumes locais estão subentendidos nos contratos;
- A interpretação deve ser segundo a natureza e o objeto do contrato;
- A interpretação deve ser menos onerosa para o devedor (*in dubio, pro debitore*);

Além dessas regras, aplicam-se aos negócios jurídicos autorais, gratuitos ou onerosos, a regra da interpretação restritiva.³²

A atividade de interpretação, de acordo com a extensão de seus efeitos, pode ser classificada em declarativa, extensiva ou restritiva.

29 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 169-174.

30 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. III, p. 200-202.

31 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*, 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 410-411.

32 Art. 4º da LDA.

Na primeira, o intérprete afirma a coincidência entre a linguagem e seu sentido. Na segunda, o intérprete amplia o sentido da linguagem e na última, o diminui, constatando que a linguagem estaria mais ampla do que a vontade real das partes.³³

Assim, os negócios jurídicos autorais não se estendem de pessoa a pessoa, de coisa a coisa, nem de tempo a tempo. Não havendo especificações, o negócio estará limitado ao país e à língua em que foi firmado, às modalidades de utilização existentes à data de sua celebração e às que forem indispensáveis ao cumprimento de sua finalidade.

Um bom exemplo é o caso do *software* livre, que é muitas vezes confundido com *software* gratuito, mas não precisa necessariamente sê-lo. *Software* livre é aquele cujo código fonte é aberto, disponível ao público, de forma irrevogável, tanto em sua versão original como nas ulteriores. Para o cumprimento de sua finalidade, no silêncio da licença de uso, a interpretação restritiva deve garantir ao usuários, no mínimo, as seguintes formas de utilização:

- Liberdade de execução do programa;
- Liberdade de distribuição de cópias das derivações;
- Liberdade de transformação, adaptação ou aperfeiçoamento do programa;
- Liberdade de acesso ao código fonte das derivações realizadas.³⁴

Tratando-se de obra de arte plástica, a alienação do objeto em que ela se materializa transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.

Tratando-se de edição, entende-se que o contrato versa sobre uma edição, que se constitui de três mil exemplares, se não houver

33 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 417.

34 É neste ponto que o *software* livre ou aberto se distingue do domínio público. Um programa de computador em domínio público pode ser aperfeiçoado e comercializado posteriormente na forma fechada ou proprietária (sem acesso a seu código fonte). No caso do *software* livre a licença de uso dada originariamente é dotada de pós-eficácia diferida.

cláusula expressa em contrário. Por fim, a autorização concedida pelo autor para uma modalidade de utilização da obra não se estende a qualquer das demais.

É lógico, contudo, que a regra da interpretação restritiva não tem aplicabilidade absoluta, devendo amoldar-se à regra de boa-fé³⁵, bem como à funcionalidade do direito autoral.

1.2.1.3 Presunção de onerosidade

Quanto à reciprocidade de prestações os negócios jurídicos dividem-se em gratuitos e onerosos. O critério distintivo, neste caso, é a correspondência entre prestação e contraprestação, ou seja, se ambas as partes suportam o ônus correspondente à vantagem que obtêm. A cessão de direitos patrimoniais de autor pode ser gratuita ou onerosa. Será onerosa, se o autor receber remuneração pela cessão dos direitos e será gratuita, se o fizer por ato de liberalidade. A gratuidade da cessão depende de convenção neste sentido. Caso contrário, será presumidamente onerosa.

A cobrança da remuneração do autor, habitualmente denominada de royalties³⁶, *pode ser a preço fixo ou variável, proporcional ao número de exemplares vendidos, podendo ser feita pessoalmente pelo próprio autor, por seus herdeiros, nos casos previstos em lei, ou por seus representantes, legais ou convencionais.*

Segundo o art. 98 da LDA, as associações de gestão coletiva de direitos autorais e conexos são mandatárias de seus associados para a defesa de seus direitos e para a cobrança dos *royalties*. Isso não

35 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 325.

36 Frise-se que os royalties não são direitos autorais, mas direitos creditícios decorrentes do exercício do direito autoral aplicando-se-lhes a disciplina dos direitos de crédito em geral. Para ver mais: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, p. 539.

significa que o titular não possa fazê-lo pessoalmente. Para tanto, basta comunicá-lo previamente à associação a que estiver filiado³⁷.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 101812/SP, realizado em 16 de setembro de 2004, julgou inconstitucional a resolução n. 136/87 do Conselho Nacional de Cinema (CONCINE), considerando-o parte ilegítima para tomar as providências legais contra os infratores de direitos autorais.³⁸

Por exigência legal, as associações mantêm um escritório central (ECAD) para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas e da exibição de obras cinematográficas e audiovisuais que as incluam. Incluem-se aí a transmissão cinematográfica, radiofônica e televisiva, inclusive via cabo, e a retransmissão radiofônica cinematográfica e televisiva feitas por estabelecimentos comerciais como hotéis, motéis, bares, restaurantes, academias, etc.³⁹

A cobrança de direitos autorais é indevida, porém, se é o próprio autor que faz o *show*, conforme entendimento da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que em julgamento da apelação cível 364.599-2, realizado em 05 de setembro de 2002, considerou ilegítima a pretensão do ECAD de recolher direitos autorais do titular do estabelecimento em que se deu evento musical realizado pelo cantor e compositor Jorge Benjor, exclusivamente com músicas suas. É também indevida se houver renúncia do autor da obra musical ao recebimento do que lhe é devido, como ficou decidido pela Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 211621/RS, realizado em 17 de junho de 1999.

A arrecadação pelo ECAD é arbitrada com base nos seguintes critérios⁴⁰:

37 Trata-se, assim, de legitimidade extraordinária concorrente.

38 Sobre CONCINE ver decreto n. 93.881/86.

39 Ver súmula 63 do STJ e apelações cíveis 327.469-9, 371.780-4 e 380.172-1 do TA/MG.

40 ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. *Critérios de arrecadação*. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <http://www.ecad.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2005.

- Grau de importância da obra (primária ou secundária);
- Atividade exercida pelo usuário;⁴¹
- Periodicidade (permanente ou eventual)⁴²;
- Forma de apresentação da obra (mecânica ou ao vivo);⁴³
- Obras utilizadas.⁴⁴

A cobrança poderá ser feita de duas formas, mediante percentual da receita bruta ou por parâmetro físico. Neste caso aplica-se unidade de valor criada pelo ECAD, a UDA.

Em linhas gerais a distribuição da arrecadação feita pelo ECAD é feita da seguinte forma: 18% do valor arrecadado é retido pelo ECAD, 7% é distribuído para as associações que o compõem e 75% dos valores são repassados para os titulares de direitos autorais (2/3) e conexos (1/3) filiados. Neste último caso a distribuição é feita com base no número de execuções da obra captadas (ponto autoral).

Não sendo autorizada a execução ou sendo realizada sem o pagamento dos *royalties*, os responsáveis estarão sujeitos ao pagamento de multa no valor de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.

1.2.1.3.1 Direito de sequência

No caso de alienação do original de obra de arte ou manuscrito, além dos *royalties* contratados, cabe ao autor o direito de perceber

41 No caso de eventos beneficentes o valor da arrecadação será reduzido em até 25%.

42 No caso de usuário permanente, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp 238226/RS, realizado em 20 de abril de 2004, considerou a inversão do ônus da prova, cabendo-lhe a obrigação de solver as mensalidades caso não comprovasse fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral.

43 Se a execução das obras for exclusivamente ao vivo haverá redução de 1/3 do valor da arrecadação, pois não haverá arrecadação de direitos conexos.

44 Se houver execução de obras protegidas e obras não protegidas, o cálculo da arrecadação observará apenas aquelas.

no mínimo cinco por cento sobre o aumento do preço verificável em cada revenda da obra. A valorização da obra é verificada pela diferença entre o preço da última venda e daquela imediatamente precedente.

Caso o autor ou titular não receba seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor ou leiloeiro, se for o caso, será considerado depositário da quantia àquele devida.

O direito de sequência, diversamente dos demais direitos patrimoniais de autor, é inalienável e irrenunciável, sendo, por esta razão, considerado por alguns autores como um direito híbrido.⁴⁵

O direito de sequência foi criado pelo Direito Francês em 1920 com a finalidade, segundo Colombet⁴⁶, de reparar uma injustiça: os autores iniciantes e sem notoriedade normalmente vendiam suas obras a baixos preços, e a valorização da obra decorrente do reconhecimento de seu trabalho era auferida pelos comerciantes de artes. Assim, pareceu razoável que o autor também recebesse uma parte, ainda que modesta, dessas valorizações posteriores. Trata-se de um direito de participação geral que visa proteger o autor das especulações de mercado.

Na LDA adotou-se a idéia de percentual legal único. Na legislação italiana o percentual legal é variável. De início, só será devido o direito de sequência se houver uma valorização significativa da obra, casos em que o percentual devido ao autor variará de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento), dependendo da valorização alcançada pela obra.⁴⁷

Os rendimentos decorrentes da exploração econômica da obra percebidos pelo autor na constância do casamento comunicam-

45 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 236.

46 COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique*, Paris: Précis Dalloz, p. 174.

47 Art.144 e seguintes da Lei Italiana.

se, independente do regime de bens⁴⁸, a teor da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF).⁴⁹ Comunicam-se também se percebidos na constância de união estável.⁵⁰

1.2.2 Temporariedade e domínio público

Não há uniformidade na legislação internacional para o prazo de proteção autoral, variando de vinte e cinco a noventa e nove anos. A maioria dos países adotou o prazo geral de cinquenta anos. No entanto, verifica-se haver uma tendência à ampliação da duração da tutela.

No Direito brasileiro essa tendência já se mostrava presente quando da edição da Lei 3.126 de 18 de abril de 1957, sancionada pelo Presidente Juscelino Kubitschek, que dilatou por um decênio o prazo para fruição dos direitos autorais das obras do Maestro Antônio Carlos Gomes, por seus herdeiros. Posteriormente, a Lei 5.558 de 11 de dezembro de 1968, sancionada pelo Presidente Costa e Silva dilatou-o por mais cinco anos.

Neste sentido a Comunidade Européia adotou diretiva de harmonização da proteção autoral nos países membros pelo prazo de setenta anos.⁵¹ Prazo também escolhido pelo legislador brasileiro na LDA.

Neste ponto, verifica-se que muitas vezes o direito se mostra como um remédio inócuo e tardio. A sociedade da informação não requer mais prazos de proteção tão extensos, visto que a velocidade da informação já permite que um autor se faça conhecer e ser reconhecido em tempo hábil a usufruir dos frutos da autoria. Mas, para-

48 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 223.

49 Ver também art. 1.660, inciso V e art. 1.669 do Código Civil.

50 Art. 1725 do Código Civil.

51 DE SANCTIS, Vittorio M. *I soggetti del diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, p. 269.

doxalmente, os prazos de proteção têm-se tornado cada vez mais extensos. Tem-se hoje o direito de ontem.

Via de regra, em nosso ordenamento, os direitos patrimoniais perduram por setenta anos contados do 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor.

O mesmo prazo aplica-se às obras póstumas, anônimas, pseudônimas, audiovisuais, fotográficas e obras criadas em co-autoria, sendo que, neste último caso, o prazo contar-se-á a partir da morte do último dos co-autores sobreviventes. Nas obras anônimas e pseudônimas a contagem do prazo inicia-se no 1º de janeiro do ano imediatamente posterior à sua publicação⁵². Nas obras audiovisuais e fotográficas o prazo contar-se-á a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Quanto aos programas de computador o prazo de proteção é de cinquenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação, ou, na ausência desta, da sua criação.⁵³

Enquanto perdura o prazo de proteção, a obra está sob domínio privado. Expirado o prazo de proteção, a obra cai em domínio público.

A finalidade de se limitar o prazo de proteção autoral está na necessidade de se permitir à sociedade a fruição gratuita das obras como forma de preservação e fomento cultural. A proteção autoral mostra-se, assim, como uma privação forçada e, portanto, essencialmente temporária. Essa temporariedade funcionaria como a válvula de segurança da sociedade.⁵⁴ Segundo Patterson⁵⁵, o monopólio autoral não encontra sua origem no costume, mas na censura.

52 Desde que assim permaneçam até a morte do autor. Caso contrário contar-se-á o prazo a partir de seu falecimento.

53 Art. 2º § 2º da LDS.

54 DE SANCTIS, Vittorio M. *I soggetti del diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, p. 267.

55 *apud* PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra: Coimbra, 2001 p. 441.

Segundo Lipsyc⁵⁶, os principais argumentos em favor da limitação são:

- Ao criar, o autor se alimenta do patrimônio cultural coletivo, razão pela qual a obra deve, em algum momento, retornar a este patrimônio comum;
- Depois de certo tempo, fica praticamente impossível encontrar todos os herdeiros e mesmo obter um consenso entre suas vontades;
- A perpetuidade custa caro à coletividade, dificultando a circulação e o acesso às obras.

O domínio público pode ser originário ou derivado. Será originário quando a proteção sequer chegar a ser concedida. É o caso das obras ilícitas, das obras não alcançadas e das obras de autor desconhecido. Será derivado quando decorrer o prazo de proteção ou quando o autor falecer, se não deixar herdeiros.

Em relação às obras de autor desconhecido é importante fazer-se a ressalva relativa às obras folclóricas. O art. 48 da legislação autoral que precedeu a LDA previa expressamente que integravam o domínio público as obras de autor desconhecido transmitidas pela via oral, onde sóia incluir as obras folclóricas.

Realmente as obras folclóricas escapam à tutela autoral, pois com o passar do tempo, mesmo que tenham sido inicialmente criadas por um indivíduo, perdem essa individualidade e se transformam em expressão cultural coletiva. Nada impede, por outro lado, a concessão da tutela autoral a obras derivadas de obras folclóricas ou a proteção dos direitos conexos dos artistas, intérpretes e executantes. Acertada, também, a posição de nosso legislador na LDA no art. 45, inciso II, que substituiu o referido art. 48 que adotou a posição de considerá-las como domínio público, ressaltando a possibilidade de

56 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 250.

proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais à margem da tutela autoral.

A concretização de uma efetiva tutela legal desses conhecimentos seria uma importante medida de prevenção e repressão à pirataria cultural internacional que espolia países sul-americanos, africanos e asiáticos. É comum o registro, principalmente nos países do sistema de *copyright* da produção cultural de tribos indígenas ou grupos aborígenes sem lhes reservar qualquer espécie de remuneração.⁵⁷

A idéia de domínio público a que se refere a LDA, em seu art. 45, não é a de que a obra se tornaria um bem público. Em outras palavras, com a entrada em domínio público, a obra não passa a pertencer ao Estado, não significando que ele também não seja beneficiado com a queda do monopólio.

Segundo Savatier⁵⁸, com o domínio público a obra passa a pertencer à civilização humana, com ela se põe em comunhão.

Apesar de poética a idéia, ela faz confundir as noções de domínio público e patrimônio intelectual comum.

O patrimônio intelectual comum seria o conjunto cultural da humanidade formado através dos séculos e constituído pelas várias idéias, impressões, intuições e demais contribuições intelectuais dadas pelos indivíduos em todos os campos das artes e das ciências. É comum a todos e qualquer um pode livremente usá-lo.⁵⁹

Domínio público, por outro lado, é a ausência ou a perda da exclusividade de exploração econômica da obra. A partir de então qualquer um poderá fazê-lo, até mesmo os herdeiros do autor podem continuar fazendo-o, só que sem exclusividade.

57 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 54.

58 SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*, Paris: Librairie Générale de Droit, p. 28.

59 ALGARDI, Zara. *Il plagio letterario e il carattere creativo dellopera*, Milano: Giuffrè, p. 604.

A natureza jurídica do domínio público gera algumas discussões acadêmicas. Para alguns, o domínio público seria a situação normal de uso das obras intelectuais, sendo o direito exclusivo de exploração econômica nada mais que uma restrição legal de uso. Para outros a exclusividade de exploração econômica seria a situação normal de uso e o domínio público seria uma restrição legal ao direito individual.⁶⁰

O domínio público pode ser gratuito ou oneroso. No domínio público gratuito, a utilização da obra é livre e gratuita, o que significa que a utilização da obra não depende mais de autorização do autor, nem requer o pagamento de qualquer espécie de remuneração. No domínio público oneroso, a utilização da obra é livre, mas não é gratuita, isto é, apesar de não ser mais necessária a autorização do autor, a utilização da obra caída em domínio público é cobrada pelo Estado.

Há também o domínio público impróprio, em que a utilização da obra pressupõe autorização e pagamento da quantia cobrada pelo Estado, o que pode ser usado como pretexto para a censura ou para o dirigismo intelectual,⁶¹ não tendo guarida em nosso ordenamento jurídico.⁶² Este sistema não pode sequer ser considerado como quebra do exclusivo autoral, mas tão-somente como transferência desse exclusivo do autor para o Estado.

É importante frisar, ainda, que o domínio público atinge os direitos patrimoniais de autor e alguns dos direitos morais de autor, mantendo incólumes os direitos morais à autoria e à integridade da obra.⁶³

Segundo Debois⁶⁴, o objetivo deste direito moral *post mortem*

60 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 265.

61 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 266.

62 Art. 5º, inciso IX da CF/88.

63 Art. 24, § 2º da LDA.

64 DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*, Paris: Dalloz, p. 650.

é assegurar a defesa do que se poderia chamar de interesses póstumos do autor.

Segundo Lipszyc⁶⁵, no direito comparado, há três tratamentos diferentes para os direitos morais de autor após a sua morte:

- O direito moral é perpétuo;
- O direito moral tem a mesma duração do direito patrimonial;
- Os direitos morais se extinguem com a morte do autor.

A LDA adotou parcialmente as três concepções. Os direitos morais de acesso, de retirada e de modificação da obra se extinguem com a morte do autor, o direito ao inédito tem a mesma duração do direito patrimonial⁶⁶ e os direitos à autoria e à integridade são perpétuos.

É importante lembrar que no exercício do direito de assegurar a integridade da obra só se justifica a oposição às modificações da obra que possam prejudicá-la ou atingir o autor em sua reputação ou honra. Assim, ressalvadas estas situações, estando a obra em domínio público, ela poderá ser livremente utilizada, o que engloba a possibilidade de modificação, adaptação ou complementação. Nestes casos, apesar de a obra originária estar em domínio público, as obras derivadas receberão a proteção autoral pelo prazo legal, sendo consideradas criadas no momento em que se der a derivação. O titular de direitos sobre a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração não poderá, porém, opor-se a outra adaptação, tradução, arranjo ou orquestração, salvo se for cópia da sua.⁶⁷

1.2.3 Economicidade

Direito patrimonial do autor é a projeção econômica da cria-

65 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 260.

66 Hermenêutica do § 1º e do § 2º do art. 24 da LDA.

67 Art. 14 da LDA.

ção, isto é, a exclusividade do autor de explorar economicamente sua obra.⁶⁸

Portanto, a violação do direito patrimonial do autor e, consequentemente, a utilização indevida da obra intelectual, implica, necessariamente, ameaça à exclusividade do autor de obter as vantagens patrimoniais decorrentes da utilização da obra.

São, portanto, proibidas as formas de utilização que visem lucro direto ou indireto. A finalidade é impedir que haja concorrência ao autor na exploração econômica da obra.⁶⁹

Se não há prejuízo patrimonial, não há violação. Segundo leciona Ascensão⁷⁰, são livres as atividades que não incidem negativamente na exploração econômica da obra. O ato que não prejudica a exploração econômica, é um ato livre.

Poder-se-ia, assim, conceituar o uso privado como a forma de utilização da obra por uma pessoa, jurídica ou natural, que não prejudique sua exploração econômica exclusiva pelo titular.

A questão é controversa quando se trata de utilização pública da obra. A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 471110/DF, realizado em 20 de março de 2003 considerou legítima a cobrança de direitos autorais em evento público, mesmo que gratuito, por caracterizar lucro indireto, enquanto que a Quarta Turma, no julgamento do REsp 178313/DF, realizado em 05 de dezembro de 2002 considerou indevida a cobrança em caso semelhante.

A controvérsia tem guarida apenas nos casos em que a execução pública se der por artistas remunerados. Segundo a súmula 386 do STF não são exigíveis direitos autorais em execução pública feita por amadores.

68 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 160.

69 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 163.

70 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 161.

Por outro lado, a utilização privada é, em princípio, livre, estando sua esfera fora do círculo reservado ao autor.⁷¹

O instituto do uso privado, porém, como visto anteriormente, é limitado no Brasil, tanto pela Lei Autoral, tanto pela Lei do *Software* (“LDS”).

A LDA permite a reprodução privada apenas em caráter parcial⁷², enquanto que a LDS permite a reprodução privada integral do programa, mas apenas em um único exemplar.⁷³

A limitação legal, por outro lado, restringe apenas a faculdade do usuário de reproduzir a obra. A sua utilização privada, desde que não importe realização de cópias, é livre.⁷⁴ Segundo Lipszyc⁷⁵, o uso privado não se restringe apenas a atos de reprodução, podendo compreender também atos de transformação da obra, como a tradução e a adaptação.

Por outro lado, há que questionar se o uso privado poderia ser restringido pelo contrato de licença de uso. A existência de cláusula contratual que importe a abstenção, por parte do usuário, de determinada, ou determinadas modalidades de uso privado não cria direito autoral.

Segundo leciona Ascensão, “o autor tem os direitos que a lei lhe concede: não pode forjar novos direitos por declaração unilateral”⁷⁶.

Neste caso, instalar-se-ia uma relação jurídico-obrigacional. Mais precisamente, uma obrigação negativa, ou obrigação de não fa-

71 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autorial*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 161.

72 Art. 46 inciso II da LDA.

73 Art. 6º inciso I da LDS.

74 Essa diferenciação já foi objeto de exemplificação em trabalho anterior: POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 71.

75 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 222.

76 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autorial*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201.

zer. Conforme leciona Pereira⁷⁷, na obrigação de não fazer o devedor se obriga a não praticar determinado ato, ou melhor, a dele abster-se constante e sucessivamente. Em outras palavras, o devedor está obrigado a se abster da prática do determinado ato todas as vezes em que tiver a oportunidade de praticá-lo.

Nestes casos, se o usuário vier a praticar ato, do qual deveria ter-se omitido, estará inadimplente quanto à obrigação por ele assumida, que, por sua vez, para ser exigida, deverá preencher os requisitos de validade das obrigações em geral.

Por exemplo, prática comum nos contratos de licença de uso de *software* (usualmente contratos de adesão) é a inclusão de cláusula que restringe o armazenamento do programa em um único computador. Isso leva à idéia de que se o usuário possui vários computadores deverá adquirir várias licenças de uso do mesmo programa, uma para cada computador.

2.1 Limitações aos direitos patrimoniais de autor

2.1.1 Uso privado

Conforme analisado acima, o direito patrimonial é instrumento que visa garantir ao autor a obtenção das vantagens econômicas decorrentes da utilização da obra. Assim, o exclusivo de exploração econômica incide apenas sobre utilizações públicas ou coletivas da obra.

Lipszyc⁷⁸, adota a concepção de uso pessoal ao invés de uso privado, situação em que a liberdade de utilização condicionar-se-ia a utilizações individuais da obra.

77 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. II, p. 47.

78 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 222.

Tal concepção, porém, restringiria demasiadamente o uso privado que não se limita a utilizações individuais, mas se estende ao recesso familiar e ao círculo de amigos do usuário.⁷⁹ Qualquer outro entendimento afrontaria o direito à vida privada em suas dimensões subjetiva e objetiva, ou seja, violaria o direito subjetivo do usuário como também a regra constitucional.⁸⁰ É o caso, por exemplo, da decisão proferida pela Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp 329860/RJ, realizado em 09 de novembro de 2004 que considerou que a simples disponibilização de aparelhos de rádio e TV em quartos de hotel e de demais locais de frequência coletiva sujeita-os ao pagamento de direitos autorais.

Isto porque o conteúdo do direito subjetivo à vida privada protege o indivíduo não apenas da divulgação de sua vida privada por terceiros, como também da intromissão alheia em sua esfera privada.⁸¹ Assim, garantir-se ao autor uma suposta pretensão de determinação e controle do uso privado da obra, tratar-se-ia de ingerência ilegítima na esfera individual.

Com a massificação social decorrente da urbanização, industrialização e do capitalismo, o indivíduo, subliminarmente em alguns casos e ostensivamente em outros, vem perdendo seus espaços público e privado para o mundo corporativo. A saturação do espaço público gera a busca pela ocupação do espaço privado e o indivíduo passa a sofrer um ataque ostensivo em sua esfera individual, onde nem mesmo ao Estado seria permitido interferir, senão excepcionalmente.⁸² É o que acontece com o critério de cobrança de direitos autorais feito diretamente ao usuário. O monitoramento da ação do usuário com a finalidade de se evitar que ela extrapole os limites do

79 Art. L. 122-5 1º do Código de Propriedade Intelectual Francês, D.n. 95-385/1995.

80 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 209.

81 AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e tutela della personalità*. Milão: Giuffrè, 1978. p. 14.

82 KLEIN, Naomi. *Sem logo*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 308-311.

uso permitido pelo titular (correlato à remuneração recebida) e lhe assegure a devida indenização no caso de transgressões tem levado, ordinariamente, à invasão de seu espaço privado.

2.1.2 Considerações finais

Dizer-se que o direito patrimonial de autor da obra abrange apenas as formas públicas de utilização da obra não significa dizer que todas as formas públicas de utilização da obra estariam necessariamente alcançadas.⁸³

Por essa razão, a LDA acaba por impor limitações aos direitos patrimoniais de autor. Entende-se por limitações as situações em que a utilização pública da obra não estaria compreendida pelo conteúdo do direito autoral. Ocorre que, como já dito anteriormente, no rol de limitações foram inseridas impropriamente algumas situações que não limitam o direito autoral, mas, paradoxalmente, ampliam seu conteúdo, tendo em vista que acabam restringindo o uso privado.

Há entendimentos de que as limitações dos direitos patrimoniais de autor estejam sujeitas a *numerus clausus*, devendo ser interpretadas e aplicadas de forma restritiva.⁸⁴

Contudo, as opiniões neste sentido não parecem ser as mais acertadas. Principalmente em um país que possui uma das legislações mais rígidas no que se refere à proteção autoral. Invariavelmente o legislador brasileiro tenta combater a ineficácia de uma lei com outra

83 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*,. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p. 163: “A representação feita por amadores, em recinto aberto, mas não destinado á realização de espetáculos, e sem comportar entradas pagas, é uma utilização pública — e todavia não está enquadrada na reserva estabelecida por lei. Nas mesmas condições estará uma representação de operários, ou uma representação em colégios ou asilos. Por isso não terão de ser remuneradas”.

84 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos* . Buenos Aires: Zavalia, 2001 p. 220.

ainda mais rígida.⁸⁵ Assim só faz acentuar sua ineficácia. Quando se questionam as razões pelas quais a LDA é muito pouco observada na sociedade brasileira, não há como não incluir a excessiva rigidez da lei que quer proibir tudo e acaba não proibindo nada.

É importante que o legislador brasileiro atente para o fato de que se não assegurar ao indivíduo um mínimo de liberdade na utilização da obra não garantirá a eficácia da legislação autoral,⁸⁶ o que acaba gerando a descrença e a incerteza do Direito.

Não há como negar que, por natureza, a norma jurídica deva limitar a liberdade individual, essa é uma de suas mais importantes funções, o que leva a concluir-se que o contorno da liberdade é obra da própria lei⁸⁷. Mas quando a limitação é excessiva não se atenta para a noção fundamental de que a liberdade é a essência do homem.⁸⁸

A atual sistematização do direito autoral não atinge sua finalidade de promoção da cultura inclusive por não garantir ao criador uma adequada compensação financeira pelo uso de suas obras. Essa ausência de autonomia financeira do criador desestimula a atividade criativa o que, conseqüentemente, obstaculiza o desenvolvimento cultural.

A considerável resistência diante da LDA revela uma reserva mental ou objeção de consciência que se apresenta como reação ao que se pode chamar de excessiva restrição da liberdade individual.⁸⁹ Segundo Coelho⁹⁰, a legitimidade é a condição de aceitação da norma jurídica pelos membros da sociedade.

85 Recentemente o legislador brasileiro elevou para dois anos de reclusão a pena mínima para a violação de direitos autorais com intuito de lucro. (Art. 1º da Lei 10.695/2003).

86 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 48.

87 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Ibero-Americana, 1908. p. 196.

88 RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983. p. 253.

Essa delimitação excessiva do uso privado decorre diretamente de um critério de cobrança de direitos autorais que se baseia na cobrança direta e individual pela utilização da obra. É essa a razão que leva à busca pelo controle do uso privado da obra, para se garantir uma crescente remuneração autoral.

Essa realidade que se tornou muito mais manifesta em decorrência da urbanização, da globalização, da massificação social e da tecnologia virtual tem transformado a remuneração autoral, em alguns casos, em mera quimera.

A verdade é que o critério individual não se mostra mais viável para garantir ao autor a devida remuneração como contraprestação às utilizações maciças da obra. A atenuação do problema da remuneração autoral pressupõe a adoção de novos meios e o aprimoramento dos existentes para a cobrança indireta dos direitos autorais. O critério indireto de cobrança garante a remuneração autoral junto ao intermediário (a exemplo do provedor, da central reprográfica, do produtor fonográfico, do promotor de eventos, etc.) e desonera o usuário ou destinatário final da cobrança direta, a exemplo do que já é feito atualmente pelo ECAD e pela “Associação Brasileira de Direitos Reprográficos” ABDR. Infelizmente a cobrança coletiva realizada pelos referidos órgãos ainda não alcançou o grau de transparência desejável num Estado de Direito, passando à margem do dever legal de lealdade (boa-fé objetiva) tanto em relação ao usuário como em relação ao próprio autor.

É importante ressaltar que a simples modificação da lei não garante a transformação do direito, a exemplo do que ocorreu com a LDA que sofreu grande influência do liberalismo e do *Copyright Act (EUA)*.

89 COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49-51.

90 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 517.

A influência norte-americana acaba gerando um certo antagonismo, uma vez que a concepção continental do direito autoral visa garantir remuneração ao autor, e a concepção do *Copyright* visa garantir a comercialização da obra.

Assim, verifica-se a tendência em se garantir a exploração econômica da obra ao invés de se garantir uma adequada proteção do autor, a exemplo do ocorrido na LDS. Neste caminho, a proteção autoral beneficia cada vez mais ao “empresário da cultura ou tecnologia” e cada vez menos ao indivíduo que cria.

Trilhando tais caminhos não se poderá mais falar em proteção do autor, mas em proteção do fornecedor de bens culturais ou tecnológicos. A tutela deixa de ser estímulo à criação e se constitui estímulo à comercialização.

Deste modo, verifica-se que apesar da excessiva proteção ter sido justificada pela necessidade de proteção do autor enquanto parte frágil da relação, a inexistência de tratamento diferenciado entre autor e titular de direitos autorais, faz com que a proteção legal habitualmente beneficie o titular derivado, que não é, necessariamente, contratante débil. A questão se assevera ainda mais quando se constitui uma relação de consumo.

Além disso, essa excessiva proteção aos direitos patrimoniais, restringindo o uso privado, é prejudicial tanto a interesses individuais quanto a interesses sociais. Segundo Klein⁹¹, graças à excessiva proteção, o abuso do direito autoral é uma indústria crescente.

São constantes os abusos praticados por titulares de direitos autorais, chamados de fanfarrões do *copyright*. Klein⁹² relata uma série de situações inusitadas como o caso em que a *Walt Disney Co.* exigiu que um grupo de pais em uma pequena cidade da Nova Ze-

91 KLEIN, Naomi. *Sem logo*, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 201-202.

92 KLEIN, Naomi. *Sem logo*, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 201.

lândia retirasse seus desenhos do *Pluto* e do *Pato Donald* de um mural de *playground*.

A lesão aos interesses sociais se apresenta no momento em que a excessiva proteção gera uma espécie de censura privada: privatiza-se a linguagem, o discurso e a cultura.

É lamentável constatar a vocação colonial de nosso legislador que começa a infiltrar em nossa legislação a concepção comercialista do copyright justo no momento em que ela começa a ser revista em seu país de origem (EUA), onde o instituto do fair use⁹³ ganha cada vez mais força.

Desta forma, ao passo que o direito patrimonial do autor tem sido visto sob o prisma do liberalismo, como um poder ilimitado do autor sobre a obra, a enumeração legal de suas respectivas limitações tem sido interpretada restritivamente como se os casos ali previstos já implicassem ônus excessivo para o autor.

Ocorre que, cada uma das limitações previstas na LDA decorrem da recepção legal de um ou outro princípio constitucionalmente garantido, que em determinadas situações pode ser considerado o direito à intimidade e à vida privada, em outras a garantia do desenvolvimento nacional⁹⁴, ou o acesso à informação⁹⁵, cultura, educação e ciência.⁹⁶

93 Trata-se de construção jurisprudencial estadunidense recepcionada na lei de copyright (art.107) que garante a liberdade da utilização da obra protegida para crítica, comentários, jornalismo, educação ou pesquisa, desde que observados os seguintes requisitos:

- a) uso não comercial;
- b) a natureza da obra;
- c) a originalidade da nova obra;
- d) ausência de desvalorização da obra utilizada ou prejuízo mercadológico;

94 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
II — garantir o desenvolvimento nacional; (Constituição Federal)

95 Art. 5º. XIV. É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

96 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:
V — proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Assim, é de se indagar se as limitações aos direitos patrimoniais de autor realmente se restringem aos casos previstos na LDA. Em outras palavras, se a LDA realmente pode restringir as garantias fundamentais constitucionais que a norteiam.

Segundo Habermas⁹⁷, a autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais. Consequentemente, o exercício do direito subjetivo não pode se desvirtuar dessa finalidade.

Em face do paradigma do liberalismo-individualismo poder-se-ia justificar a interpretação restritiva. Porém, em face do paradigma do Estado Democrático de Direito, a interpretação extensiva se impõe.

Na lição de Perlingieri⁹⁸, as limitações ao direito subjetivo não devem ser consideradas como meras exceções previstas na Lei, mas como elementos estruturais do próprio Direito, que o definem e delimitam.

São as duas faces da mesma moeda, integram uma mesma situação jurídica e não podem, pois, se dissociar. O direito subjetivo não é atribuído a seu titular como forma de satisfação de seu interesse individual, mas como forma de atender ao interesse coletivo de tornar efetivas as garantias instituídas pelas normas constitucionais.

Desta forma, o direito patrimonial do autor não pode mais ser visto sob o prisma exclusivo do interesse do autor, sendo certo que seu exercício deve harmonizar-se com a funcionalidade da propriedade intelectual.⁹⁹

97 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996. p. 410.

98 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 122.

99 A função social não é mera limitação extrínseca à propriedade, mas, precisamente, a causa de sua atribuição (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999p. 281).

Portanto, as normas constitucionais que asseguram o desenvolvimento nacional, o acesso à informação, à educação, à cultura e à ciência não podem ser vistas apenas como limitações ao direito patrimonial do autor, mas como causas de sua atribuição. Assim, o exercício dos direitos patrimoniais do autor deve ser meio de garanti-las, não obstáculo a sua efetivação.

Tais garantias constitucionais limitam o direito patrimonial do autor, e qualquer forma de exercício deste que as obste deve ser vista como abuso de direito ou excesso de poder.¹⁰⁰

100 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 122.

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PRIVADAS**

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

DISCIPLINA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL BRASILEIRO¹

LEGAL REGIME OF CORPORATIONS AS PER BRAZILIAN INTERNATIONAL LAW

Carmen Tiburcio

Resumo: O artigo apresenta reflexões sobre a disciplina das pessoas jurídicas à luz do direito internacional, sob a perspectiva dos objetos de estudo do direito internacional privado.

Palavras-Chave: Pessoa jurídica. Nacionalidade. Lei aplicável. Jurisdição e atividades permitidas.

Abstract: This article deals with some important topics in relation to the legal regime of corporations under private international law.

Key-words: Corporations. Nationality. Applicable law. Jurisdiction and activities permitted.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. A nacionalidade das pessoas jurídicas; III. O estatuto das pessoas jurídicas estrangeiras; IV. As pessoas jurídicas e o conflito de leis; V. As pessoas jurídicas e os conflitos de jurisdições; VI. Considerações Finais.

1 Esse artigo se originou de uma palestra apresentada na Universidade de Toulouse, na França, em 2010. A autora agradece a colaboração de Lucas Hermeto, Gabriel Almeida e Isabella Jordani. Felipe Gomes de Almeida e Luisa Viana auxiliaram na versão final.

I. Introdução

A pessoa jurídica é importante tema de estudo tanto para o direito internacional privado quanto para o direito internacional público. Nesta seara, há vários exemplos da convergência das disciplinas, como o caso *Barcelona Traction*, decidido pela Corte Internacional de Justiça de Haia², os diversos tratados bilaterais para evitar a dupla tributação, ou ainda aqueles que garantem a proteção recíproca dos investimentos. Os incontáveis exemplos tornam evidente que, ao menos em matéria de regulamentação das atividades empresariais, existem cada vez menos diferenças entre esses dois ramos do direito³.

O objetivo desse artigo é fazer uma breve análise do direito internacional privado brasileiro e de seus quatro grandes temas de estudo (nacionalidade, estatuto do estrangeiro, “conflito de leis” e “conflito de jurisdições”) no que relacionados à pessoa jurídica. Os temas, vale dizer, apresentam ligações importantes com o direito internacional público. As quatro partes do artigo correspondem aos grandes temas do DIP.

II. A nacionalidade das pessoas jurídicas

Parte da doutrina entende ser inaplicável às pessoas jurídicas o conceito de nacionalidade, sob o fundamento de que este nada mais é do que um vínculo entre uma pessoa física e um Estado⁴. Todavia, a determinação da nacionalidade da pessoa jurídica é questão fundamental, porquanto a distinção entre sociedades empresárias na-

2 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970

3 LOWENFELD, Andreas F.; Public law in the international arena: conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction / by Lowenfeld, Andreas F. *Recueil des cours*, Volume 163 (1979-II), p.321: “ My first message, at least at a personal level, is that, the study and practice of private international law is highly relevant to the study and practice of public international law — and vice versa.”

4 AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris: Economica, 2006, p. 745.

cionais e estrangeiras representa, frequentemente, importante limite à atuação de empresas⁵ estrangeiras⁶. Vale observar que a nacionalidade das pessoas jurídicas desempenha duplo papel, como se verá. Primeiramente, ao determinar a nacionalidade brasileira ou estrangeira da empresa, determina-se o seu status no país: a considerar-se estrangeira a empresa, aplicar-se-ão restrições inaplicáveis a empresas nacionais. Em segundo lugar, a nacionalidade das pessoas jurídicas determina a lei que lhes será aplicada, tema também abordado no presente trabalho. Ademais, a nacionalidade é circunstância relevante na aplicação dos tratados de proteção de investimentos e para evitar a bi-tributação.

Nesse domínio, é conveniente analisar os critérios que permitem a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas. Entre os vários modelos de distinção entre empresas nacionais e estrangeiras, três critérios assumem papel destacado: *i*) incorporação; *ii*) sede social; *iii*) controle.

Segundo o critério da incorporação, a pessoa jurídica tem a nacionalidade do país onde foi constituída. Esse é o critério geral adotado nos países de *common law* (Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo)⁷. Note-se que o critério da incorporação ganhou importân-

5 Veja-se que, notadamente desde a égide do Código Civil de 2002, dever-se-ia fazer referência apenas ao termo sociedade empresária. Nada obstante, e tendo em vista que a própria Constituição assim o faz, usar-se-á também o termo empresa, de uso mais corrente, com o mesmo sentido (e não com sua conotação tecnicamente correta, de atividade).

6 V., por exemplo, distinção feita pela lei de Licitações: “L. 8.666/93: Art. 3: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (...).§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: (...)III-produzidos ou prestados por empresas brasileiras”.

7 Cf. Sobre a questão: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 498; BATTIFOL, Henri. e LAGARDE, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 254. V. também sobre o modelo adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra: Restatement Second, *Conflict of Laws*, 297; A. V.

cia devido ao direito comunitário europeu. O art. 48 do Tratado da CE⁸ determina que as empresas constituídas dentro de um dos Estados-membros terão a nacionalidade deste, com a condição de que tenham sua sede real em um Estado-membro. O Estado da sede é obrigado a reconhecer e a permitir que a empresa goze de direitos em seu território se o Estado onde ela foi constituída a reconhece.

Esse método é criticado, todavia, devido a seu traço formalista, que permite que os fundadores escolham, de maneira arbitrária e por vezes abusiva, a nacionalidade de sua empresa e, por consequência, qual lei que regerá o estatuto jurídico desta⁹. Estimular-se-ia, dessa maneira, atuações fraudulentas. Se a nacionalidade da pessoa jurídica é definida unicamente a partir do local de sua incorporação, estrangeiros poderão exercer atividades reservadas aos nacionais, encobertos por uma pessoa jurídica criada no país¹⁰. Tal circunstância

DICEY e J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 8. ed. Londres: Stevens & Sons Limited, 1967, regra n 70.

8 Tratado que instituiu a comunidade européia assinado em Roma em 25 de março de 1957, artigo 48: "Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif".

9 DERRUPPÉ, Jean. *Droit International Privé*, 5.ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 40.

10 Sobre o tema, BATTIFOL, Henri. & LAGARDE, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 254: " Les Anglo-saxons vont d'ailleurs plus loin en ce sens par le système de 'l'incorporation': société est régie par la loi du lieu où les formalités de constitution ont été accomplies, même si le siège social réel est dans un autre pays. Le système donne aux associés la latitude de conserver le bénéfice de la loi anglaise et de la protection diplomatique anglaise quel que soit le lieu de leur activité, tout en évitant les discussions éventuelles sur la localisation du siège réel. Mais la liberté qu'assure ce formalisme est jugée dangereuse pour l'autorité de la loi par les partisans du siège social dans les pays continentaux où les sociétés pourraient s'incorporer à Londres pour éluder les dispositions de la loi locale." V. também MOUSSERON, Jean-Marc; RAYNARD, Jacques; FABRE, Régis; e PIERRE, Jean-Luc. *Droit du Commerce International: Droit International de l'Entreprise*, 3 ed. Paris: Litec, 2003, p. 30.

indica que o critério da incorporação deve ser aplicado com *tempore* pelos tribunais, com vistas a coibir as fraudes.

O critério da sede social, por outro lado, determina que a pessoa jurídica terá a nacionalidade do país em que se encontra a sua sede. Aqueles que apóiam a adoção desse critério afirmam que a personalidade e a capacidade de uma empresa se ligam às suas atividades; assim, a lei do país da sede social é a mais adequada para determinar as condições que a pessoa jurídica deverá cumprir para ser reconhecida¹¹. Esse critério estabelece uma ligação efetiva e objetiva entre a pessoa jurídica e a lei aplicável. Ademais, protege os interesses de terceiros que tenham relações com a sociedade e que não devem se surpreender pela aplicação de uma lei estrangeira.

Como se verá em seguida, esse é o critério parcialmente adotado no Brasil para determinar a nacionalidade brasileira das sociedades anônimas.

O terceiro critério, o do controle, determina que a pessoa jurídica terá a mesma nacionalidade daquelas pessoas que a controlam — ou seja, das pessoas que detêm a maior parte de seu capital. É a idéia “*perce de la voie sociale*”¹², critério largamente adotado durante as Grandes Guerras para identificar as sociedades controladas pelos inimigos¹³.

Não obstante sua relevância histórica, esse critério apresenta várias dificuldades, eis que o controle de uma sociedade pode mudar

11 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 498. V. Também Battifol, Henri; & Lagarde, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 252 e 253; e LOUSSOUARN, Yvon; & BREDIN, Jean-Denis. *Droit du Commerce International*. Paris: Sirey, 1969, p. 266 e 267. V. também MOUSSERON, Jean-Marc; RAYNARD, Jacques; FABRE, Régis; e PIERRE, Jean-Luc. *Droit du Commerce International: Droit International de l'Entreprise*, 3 ed. Paris: Litec, 2003, p. 31.

12 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 501. V. Battifol, Henri; & Lagarde, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 258; e LOUSSOUARN, Yvon; & BREDIN, Jean-Denis. *Droit du Commerce International*. Paris: Sirey, 1969, p. 265 e 266

13 Sobre o tema: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 501.

de mãos com incrível facilidade, o que importaria constante mudança de nacionalidade da pessoa jurídica, comprometendo a segurança jurídica e a previsibilidade das leis aplicáveis aos seus negócios¹⁴. Além disso, não raro encontramos sociedades controladoras de outras sociedades, aumentando as incertezas¹⁵.

Observe-se, também, que não há necessariamente uma ligação importante entre a nacionalidade dos acionistas e as regras relativas ao funcionamento da sociedade. Atualmente, o critério é pouco adotado, salvo para restringir alguns direitos às sociedades que, estabelecidas em um certo país, são controladas por estrangeiros. Nesses casos, o objetivo é impedir a influência estrangeira em negócios estratégicos¹⁶. Note-se que o critério do controle já foi previsto expressamente em sede constitucional no Brasil, no art. 171 da Constituição Federal de 1988, já revogado¹⁷, ao diferenciar as empresas brasileiras de capital nacional das empresas brasileiras de capital estrangeiro¹⁸.

14 V. MOUSSERON, Jean-Marc; RAYNARD, Jacques; FABRE, Régis; e PIERRE, Jean-Luc. *Droit du Commerce International: Droit International de l'Entreprise*, 3 ed. Paris: Litec, 2003, p. 30.

15 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 502.

16 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 502: “ Modernamente, o critério do controle quase não é mais utilizado para aferir a nacionalidade, mas a ele se tem recorrido para negar certos direitos a sociedades estabelecidas no país que, por estarem sob controle de estrangeiros, não devem ter reconhecida a condição de sociedade nacional para determinadas atividades e para certos privilégios “.

17 Emenda constitucional nº 6/1995

18 A Constituição brasileira dispunha, em seu artigo 171, já revogado: “São consideradas: I — empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II — empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1 — A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I — conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II — estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim

Note-se, todavia, que se entende ainda possível que a legislação ordinária estabeleça distinções com base no controle do capital da empresa, com base no art. 172 da Constituição Federal¹⁹. A rigor, a legislação ordinária pode definir o conceito de nacionalidade estrangeira da empresa, dependendo da atividade a ser exercida no país.

O Código Bustamante²⁰, diploma convencional elaborado em 1928 e adotado por vários países na América — o Brasil, inclusive —, determina em seus arts. 16 e 17 que as corporações, fundações e associações terão a nacionalidade do país no qual elas foram criadas, fazendo clara opção pelo critério da incorporação²¹.

No que concerne às sociedades civis, comerciais e industriais, o art. 18 do Código determina a adoção da nacionalidade estipulada em seu estatuto social ou, na sua ausência, aquela do lugar onde situa-se habitualmente seu corpo de direção principal. Na primeira hipótese, privilegia-se a autonomia da vontade, ao passo que a segunda opção elege o critério da sede social.

Do mesmo modo, quanto às sociedades anônimas, o art. 19 do Código Bustamante estabelece a adoção da nacionalidade determinada pelo seu contrato social, prestigiando a autonomia da vontade. Em sua ausência, o lugar onde normalmente se reúne a Assembléia geral dos acionistas será o fator determinante, ou ainda, em sua ausência, o lugar onde funciona seu principal Conselho Administrati-

entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2 — Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

19 Art. 172 — “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

20 Para uma análise mais detalhada do Código Bustamante, v. Antonio S. de Bustamante y Sirven, *Derecho Internacional Privado*, v. I, p. 247, 248, 300 et 301.

21 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 504.

vo ou seu principal corpo diretivo, revelando a opção pelo critério da sede social²².

Para além dos dispositivos do Código Bustamante, duas Convenções foram elaboradas no âmbito das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado: a Convenção sobre o Conflito de Leis relativas a Companhias Comerciais, elaborada em 1979 em Montevidéu (Uruguai); e a Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, elaborada em 1984 em La Paz (Bolívia)²³. Todavia, frise-se que ambos os diplomas convencionais tratam somente da lei aplicável às empresas, sem qualquer menção ao conceito de nacionalidade.

No Brasil, a lei de sociedades anônimas prevê regra especial. É o art. 60 do Decreto-lei n. 2.627 de 1940, que dispõe que “são nacionais as sociedades organizadas conforme a lei brasileira e que tenham sua sede administrativa no país”. O dispositivo foi expressamente mantido pelo art. 300 da Lei de Sociedades Anônimas de 1976²⁴, de modo que, para que uma sociedade anônima tenha nacionalidade brasileira, é necessário que tenha sua sede no Brasil e que seja constituída sob as leis brasileiras²⁵. Essa regra foi estendida para determi-

22 Cf. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 504

23 A Convenção sobre o Conflito de Leis relativas às Sociedades Comerciais, elaborada em 1979 em Montevidéu foi internalizada no Brasil pelo Decreto n. 2400, de 21 de novembro de 1997; e a Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, elaborado em 1984 em La Paz foi internalizada no Brasil pelo Decreto n. 2427, de 17 de dezembro de 1997.

24 O artigo 60 do Decreto-lei n. 2.627 de 1940 casou perplexidade na doutrina, que questionava uma possível autonomia entre esse artigo e o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. Mas a autonomia foi descartada, cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1946, p. 171. V. também DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 514.

25 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 512; DOLINGER, Jacob. “A Sociedade Anônima Brasileira — Critério Determinador de sua Nacionalidade”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 23, p. 65

nar a nacionalidade brasileira das empresas em geral, não somente das sociedades anônimas²⁶.

Para as sociedades anônimas estrangeiras e outras pessoas jurídicas estrangeiras, aplica-se o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil²⁷, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, interpretado à luz dos arts. 19 e 21 da antiga Introdução ao Código Civil, de 1916, que consagra o critério da incorporação²⁸.

III. O estatuto das pessoas jurídicas estrangeiras

Embora as sociedades empresárias estrangeiras sejam reconhecidas de acordo com a lei de sua nacionalidade, para exercer algumas atividades no Brasil, como se verá a seguir, é necessário observar os limites impostos pela lei brasileira. Não se trata, vale frisar, de condição para reconhecer a personalidade jurídica da empresa estrangeira, mas de restrição ao direito de exercer determinadas atividades no Brasil.

A regra, em um Estado de Direito, é que todas as pessoas sejam livres para exercer qualquer tipo de atividade privada lícita. É o

e seguintes. Cf. Também MÉLEGA, Luiz. "Nacionalidade das Sociedades por Ações", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 33, p. 127 e seguintes.

26 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 514.

27 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1946, p. 171. Cf. também DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 514: "Assim, uma sociedade constituída na Espanha, que estabeleça sua sede social em Portugal, será considerada por nosso D.I.P. sociedade espanhola. Mas a sociedade constituída no Brasil que não estabelecer aqui sua sede social não será considerada brasileira, o que nos leva, em um passo mais adiante, a compreender que nossas autoridades não registrarão uma sociedade no Brasil que não fixe sua sede social em território brasileiro".

28 Sobre a conjugação do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, com os artigos 19 e 21 da Introdução ao Código Civil de 1916, v. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 511 e 512: "Para compreender o sistema brasileiro das pessoas jurídicas no plano internacional, há de se examinar sua evolução, coordenando o disposto nos sucessivos dois diplomas de D.I.P.: de 1916 e de 1942."

princípio da livre iniciativa, consagrado em nível constitucional²⁹. No entanto, há algumas restrições impostas às empresas estrangeiras no Brasil. Tais restrições, por vezes, têm relação com as próprias empresas estrangeiras, e outras vezes com a participação de pessoas estrangeiras em sociedades brasileiras. Note-se que essas restrições podem constar do texto constitucional ou de lei ordinária, já que a Constituição não equipara a pessoa jurídica estrangeira à nacional, como o faz com as pessoas físicas. Portanto, na ausência de lei restritiva, considera-se que não há restrições ao exercício daquela atividade por empresa estrangeira. Confirmam-se algumas restrições³⁰:

-A Constituição proíbe pessoas estrangeiras de serem proprietárias de meios de comunicação³¹ (art. 222)³² e de obterem concessões para

29 O princípio da livre iniciativa é consagrado nos artigos 1 e 170 da Constituição Brasileira. O artigo 1 da Constituição tem a seguinte redação: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; **IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” O artigo 170 dispõe: “**A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I — soberania nacional; II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; V — defesa do consumidor; VI — defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII — redução das desigualdades regionais e sociais; VIII — busca do pleno emprego; IX — tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” V. BARROSO, Luís Roberto, *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico 14:3, 2008.

30 Para um panorama do status das empresas estrangeiras no Brasil, V. TIBURCIO, Carmen. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição brasileira de 1988. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (orgs.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, 2008, p.747.

31 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 520, 521 e 523. Cf. Tiburcio, Carmen. “Participação de estrangeiros na mídia”, *Boletim de Direito Internacional*, n 33, outubro 2002. V. também SILVA, José Afonso da, *Comentário Con-*

exploração de recursos minerais e hídricos³³ (art. 176, § 1)³⁴.

-A lei 5.709, de 1971, impõe restrições às pessoas jurídicas estrangeiras no que diz respeito à aquisição de imóveis rurais³⁵.

-A lei 6.634, de 1979, proíbe pessoas jurídicas estrangeiras de serem acionistas em empresas brasileiras que sejam titulares de direito real sobre imóveis situados em zona de fronteira³⁶.

Todas essas restrições se justificam pela preocupação com a proteção dos interesses nacionais e guardam relação com aquelas atividades reputadas pelo legislador como essenciais ou estratégicas. Nessas hipóteses, o legislador considerou que a operação de empresas controladas por estrangeiros representa risco aos interesses do país³⁷.

textual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 848 e 849.

32 Art. 222, CF : “ A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.”

33 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 524. Cf. SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 741 e 742.

34 Art. 176, CF: “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

35 Por exemplo, o artigo 7 da Lei 5.709, de 1971, determina: “A aquisição de imóvel situado em área considerada indispensável à segurança nacional por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.”

36 O artigo 2 da Lei 6.634, de 1979, prevê: “Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes à: (...) V — transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel; VI — participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural; (...)”.

37 Note-se, no mesmo sentido, que a doutrina francesa reconhece que as pessoas jurídicas estrangeiras cuja personalidade jurídica é reconhecida, no silêncio da lei, têm os mesmos di-

IV. As pessoas jurídicas e o conflito de leis

i. Lei aplicável às pessoas jurídicas

Para que seja universalmente reconhecida, é necessário que a pessoa jurídica cumpra as condições que o país de sua nacionalidade impõe para a aquisição de personalidade jurídica. Em regra, é a lei do país da nacionalidade da pessoa jurídica que regerá seu status jurídico, ou seja, sua capacidade jurídica para contrair obrigações e adquirir direitos em todo o mundo (*lex societatis*). É preciso distinguir, todavia, o reconhecimento de uma empresa estrangeira e sua aptidão para se instalar no Brasil. Esses dois aspectos serão submetidos a leis diferentes.

No que concerne à questão do reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira, a antiga Introdução ao Código Civil determinava, em seu art. 19, que “são reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras”. Adicionalmente, o art. 21 dispunha que “a lei nacional das pessoas jurídicas determina a sua capacidade”. Foi a consagração da aplicação da *lex societatis*, mas o legislador não indicava o critério adotado para determinar qual seria a nacionalidade das pessoas jurídicas.

Em 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil entrou em vigor. É ela que rege o Direito Internacional Privado Brasileiro até hoje, na sua essência, salvo pela modificação feita quanto à sua denominação, já que passou a ser denominada “Lei de Introdução às Normas do

reitos das pessoas jurídicas francesas. Cf. BATTIFOL, Henri; & LAGARDE, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 269: “C'est dire qu'elles seront assimilées aux sociétés françaises, sauf texte contraire, puisque tel est aujourd'hui le principe pour l'étranger personne physique.” De acordo com Yvon Loussouarn e Jean-Denis Bredin: “On s'accorde à admettre que les sociétés étrangères reconnues ont l'aptitude à jouir, en France, des mêmes droits que les sociétés françaises. En l'absence d'un texte exprès prévoyant cette assimilation, la jurisprudence a étendu aux personnes morales le principe d'assimilation admis pour les personnes physiques, et résultant de l'interprétation libérale de l'article 11 du Code civil” (LOUSSOUARN, Yvon; & BREDIN, Jean-Denis. *Droit du Commerce International*. Paris: Sirey, 1969, p. 328).

Direito Brasileiro”. Seu art. 11 estabelece que “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”. Esta é a consagração do critério da incorporação, seguindo o modelo do direito inglês e norte-americano e atualmente também previsto no direito suíço³⁸ e italiano³⁹.

Como já apontado, a doutrina recomenda que o art. 11 da Lei de Introdução seja interpretado como um complemento aos arts. 19 e 21 da antiga Introdução, de maneira que o direito brasileiro reconheça as pessoas jurídicas estrangeiras, desde que reconhecidas de acordo com a lei do país onde foram constituídas. Sobre o tema, é preciso ressaltar que o artigo 16⁴⁰ da Lei de Introdução de 1942 proíbe expressamente o reenvio. Isso significa que, no caso de empresa cuja sede social seja situada no Brasil — mas que tenha sido constituída na França —, a regra de conflito brasileira determina a aplicação da lei francesa (critério da incorporação), sendo vedada a aplicação das regras de direito internacional privado francês, que apontam a aplicação da lei brasileira (critério da sede social⁴¹). Ressalte-se a distinção

38 Art. 154 do Código Suíço de DIP de 1987:

III. Applicable Law “1. General rule 1 Companies shall be governed by the law of the State under which they are organized if they satisfy the publication or registration requirements of that law or, if there are no such requirements, if they are organized according to the law of that State. 2 A company which fails to meet these conditions shall be governed by the law of the State in which it is administered in fact.”

39 Art. 25 da Reforma de Direito Internacional Privado, Lei 218 de 1995: “Società ed altri entit. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione.”

40 Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, art. 16: “ Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.”

41 DERRUPPÉ, Jean. *Droit International Privé*, 5.ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 39: “Pour déterminer la loi applicable à la constitution et fonctionnement de la société, la doctrine française accepte unanimement de se référer au siège social. C’est cette solution que l’article 3 de la loi du 24 juillet 1966 a consacré”. (Code de Commerce, art. L210-3: “Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du

entre nacionalidade das pessoas físicas e jurídicas, pois quanto à primeira cabe somente a cada Estado determinar quem é seu nacional; na segunda hipótese, o Brasil pode considerar uma empresa francesa contrariamente à legislação deste país, pois a lei da sua nacionalidade a regerá segundo o DIP brasileiro.

Assim, uma empresa estrangeira cuja personalidade jurídica seja reconhecida pelo país de sua incorporação poderá celebrar um contrato no Brasil, ajuizar demanda perante o Poder Judiciário brasileiro e igualmente poderá ser acionista de uma sociedade anônima brasileira (conforme a parte final do artigo 1.134 do Código Civil⁴²). Não obstante, para se estabelecer no país, o respeito à *lex societatis* não será suficiente. Para que uma empresa estrangeira possa exercer suas atividades no Brasil de forma permanente, será necessária análise da lei aplicável.

O parágrafo único do art. 11 determina que as pessoas jurídicas “Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas às leis brasileiras”.

Para as sociedades anônimas, vigora regra semelhante. O art. 68 do Decreto-lei 2.627, de 1940, determina que “As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil”.

É preciso destacar que as pessoas jurídicas estrangeiras podem exercer suas atividades no Brasil de duas maneiras: *i*) constituição de uma filial no Brasil, suportando, nesse caso, as restrições im-

siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu”).

42 Código Civil Brasileiro de 2002, art. 1.134: “A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.”

postas para as pessoas jurídicas estrangeiras; e *ii*) constituição de uma *subsidiária* no Brasil, é dizer, uma pessoa jurídica brasileira que será tratada como tal, não obstante ser controlada por uma empresa estrangeira⁴³.

Na França, as empresas são regidas pela lei da sua nacionalidade e esta é determinada pela conjugação do critério da sede social com o da sede real. O art. 1837, primeira parte, do Código Civil francês estabelece que “*Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française*”. Já a parte final do art. determina que “*Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu*”⁴⁴. A regra, note-se, foi bilateralizada pela jurisprudência.

Nos vários casos em que uma empresa se constitui no exterior para escapar da aplicação da lei francesa, a jurisprudência francesa

43 O artigo 64 do Decreto-lei 2627 de 1940 diz “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira.” Essa exceção foi motivo de severa crítica do jurista Haroldo Valladão, que questiona como se pode autorizar que uma sociedade estrangeira se infiltre na economia do país para a aquisição do capital de uma sociedade anônima brasileira se a sociedade estrangeira somente pode funcionar no Brasil com a autorização do governo, que é antecedida de um rigoroso exame de documentos. (cf. Valladão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1980. p. 461).

44 Anteriormente, o artigo 3 da lei de 24 de julho de 1966 seguia a mesma orientação. Sobre o tema, v. BATTIFOL, Henri. & LAGARDE, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 253; cf. também LOUSSOUARN, Yvon. & BRE-DIN, Jean-Denis. *Droit du Commerce International*. Paris: Sirey, 1969, p. 254, nota (2): “Les articles 31 et 60 de la loi du 24 juillet 1966, le premier relatif aux sociétés en commandite simple, et le second aux sociétés à responsabilité limitée, disposent que ‘Les associés ne peuvent, si ce n’est à l’unanimité changer la nationalité de la société’. Quant à l’article 154 de la loi du 24 juillet 1966, il prévoit, reprenant en substance la disposition de l’ordonnance du 7 janvier 1959 que ‘l’assemblée générale des actionnaires peut changer la nationalité de la société à condition que le pays d’accueil ait conclu avec la France une convention spéciale, permettant d’acquiescer sa nationalité et de transférer le siège social et conservant à la société sa personnalité juridique.’”

sempre foi bem dura, especificando que é a sede real — e não a sede estatutária — que determina a lei aplicável às sociedades⁴⁵. Essa manobra tem sido um dos exemplos mais comuns que a doutrina francesa utiliza para explicar o fenômeno da fraude à lei⁴⁶.

ii. Lei aplicável aos contratos celebrados por pessoas jurídicas

Ademais, é conveniente analisar a questão da lei aplicável aos negócios celebrados por pessoas jurídicas já que, em nosso país, é controversa a possibilidade de escolha pelas empresas da lei aplicável aos contratos.

O art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil de 1916 dispunha: “Regulará, salvo disposição em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do local onde foram contraídas”. Esse dispositivo, que dizia “salvo disposição em contrário”, consagrava a aplicação do princípio da autonomia da vontade às relações contratuais, regra adotada nos sistemas de direito internacional privado mais modernos.

A propósito, esse é o critério adotado na França, desde a decisão do caso *American Trading*, de 1910, de acordo com a qual “a

45 Cf. BATTIFOL, Henri; & LAGARDE, Paul. *Droit International Privé*, t. 1, 6.ed. Paris: Librairie générale et de jurisprudence, 1974, p. 255. V. Crim. 21 nov.1889, S. 97.1.84, J. 89.850; Req. 22 déc. 1896, D.P. 97.1.159, S. 97.1.84; Crim. 4 août 1906, J. 1907.151; Paris, 27 mars 1907, J. 1907.768, G.P. 1907.1.496; Trib. Lille, 21 mai 1908; Aix, 6 juil. 1908, G.P. 1908.2.462; Paris, 23 mars 1909, D.P. 1910.2.108, S. 1909.2.183, R. 1909.877. 11 et 25 avril 1913, G.P. 1913.2.185; Angers, 23 juin 1913, G.P. 1913.2.113; Rennes, 1^{er} mars 1914, *Rec. Nantes*, 1914.1.250; Paris, 17 déc.1919, G.P. 1920.1.34; Paris, 10 nov. 1922, S. 1922.2.128, J. 1923.320; Rennes, 26 juil. 1926, G.P. 1927.1.59; Paris, 4 févr. 1935, R. 1935.816; Seine, 25 oct. 1943, G.P. 1944.1.8; Paris 31 oct. 1957, R. 1958.345, note Y.L. Sur l'effectivité du siège social en matière fiscale dans l'Union française Com., 25 avril 1950, R. 1951.291, note Y.L. Sur la faillite des sociétés Cass., 15 juil. 1954, G.P., 1954.2.234; 19 mars 1956, D. 1956.351; 15 juin 1957, D.1957.596.

46 Para compreender a escolha da jurisprudência francesa pelo critério da sede social, v. SCHAPIRA, Jean. *Le Droit International des Affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1972, p. 57.

lei aplicável aos contratos, seja no que concerne sua formação ou ainda quanto aos seus efeitos e condições, é aquela que as partes adotarem⁴⁷».

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, no entanto, não reproduziu expressamente essa regra, ao determinar que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Por conta da supressão da referência à autonomia, há quem sustente que o artigo consagra o critério de aplicação da *lex celebrationis*, sem espaço para a aplicação do critério da autonomia da vontade.

Nesse sentido a doutrina se divide. O entendimento de uma parte da doutrina interpreta literalmente o art. 9º. Como a Lei de 1942 não reproduziu a expressão “salvo disposição em contrário”, contida no antigo art. 13 da Introdução de 1916, compreendeu-se que a intenção do legislador foi de abolir a aplicação do critério da autonomia da vontade⁴⁸.

Por outro lado, substancial parte da doutrina afirma que a escolha da lei aplicável ao contrato não foi proibida pela lei de 1942⁴⁹. Uma explicação histórica para a supressão operada pela LICC foi pro-

47 DERRUPPÉ, Jean. *Droit International Privé*, 5.ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 54: “Les contrats sont soumis à la loi choisie par les parties (Loi d'autonomie)”.

48 Nesse sentido, V. por todos ARAÚJO, Nadia de: “No Brasil, a regra de conexão utilizada para os contratos internacionais é a *lex loci contractus*, na forma estabelecida pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de cuja exegese não se extrai a permissão à teoria da autonomia da vontade, antes consagrada na Introdução ao Código Civil de 1916”. ARAÚJO, Nadia. *Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de eleição de foro*. In RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 200).

49 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial): Direito Civil Internacional*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 458: “Outrossim, o direito brasileiro sempre admitiu a interpretação teleológica da lei, e segundo esta, é indubitável que, considerada a realidade das relações jurídicas internacionais da atualidade, considerado o panorama do direito internacional privado contemporâneo, considerados os interesses da economia brasileira, em crescente internacionalização, que o artigo 9º da LICC não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*”.

posta pelo Professor Haroldo Valladão. Explica o autor que em 1942 o Brasil estava submetido a uma ditadura — o Estado Novo — de tal sorte que referências à autonomia da vontade eram evitadas e, por isso, não apareciam de maneira expressa nos textos legislativos⁵⁰.

De acordo com Valladão, entretanto, o legislador de 1942 consagrou o critério da autonomia da vontade de forma escondida, de modo que ele previu, no parágrafo segundo do art. 9º da Lei de 1942, que “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”⁵¹. Segundo Valladão, a utilização do verbo “reputar” estabelecia uma presunção. Se as partes dispusessem em contrário, essa presunção seria descartada⁵².

Philadelpho de Azevedo, ministro da Suprema Corte da primeira metade do século XX, justifica a admissão do critério da autonomia da vontade de acordo com o princípio da liberdade contratual. Se as partes são livres para estabelecer o conteúdo das cláusulas de seu contrato, elas podem reproduzir os dispositivos de uma lei qualquer; assim, não há nada que lhes impeça, ao invés de reproduzir todos os dispositivos dessa lei, de fazer uma referência a ela de maneira geral. A liberdade para as partes de escolherem a lei aplicável ao contrato, segundo Azevedo, está incluída no princípio da liberdade contratual⁵³.

50 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968, p. 371.

51 Cf. VALLADÃO, Haroldo. “O Contrato Internacional”, *Revista Forense*, v. 269, jan./mar. 1980, p. 3.

52 V. VALLADÃO, Haroldo. “O Contrato Internacional”, *Revista Forense*, v. 269, jan./mar. 1980, p. 3.

53 Ver VALLADÃO, Haroldo. “O Contrato Internacional”, *Revista Forense*, v. 269, jan./mar. 1980, p. 4: “Igualmente a não-referência do art. 9, *caput*, da Lei de Introdução, à autonomia da vontade, à *eleição de lei*, à lei do contrato, secular no Brasil (v. H. VALLADÃO, ‘Estudos de DIPr’, 1947. 292-3, e ‘DIPr’, 3.^a Ed., 1972, 352-4 e 370-1), não significou a sua eliminação, a supressão do domicílio especial para escolha da lei competente em determinado negócio. Segundo decidiu o Supremo tribunal Federal, em acórdão do saudoso Min. PHILADELPHO DE AZEVEDO, princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por *sua simples omissão num Código ou numa Lei* (Ac. em Diário da Justiça, apenso 135, em 12. VI. 1945 ps. 2.550-1)”.

Mais recentemente, Lauro Gama fez uma releitura constitucional do mesmo argumento: toda restrição à liberdade individual deve se justificar em uma preocupação constitucional razoável. Não há nenhum motivo, entretanto, que justifique a proibição da escolha pelas partes da lei aplicável para reger as relações de direito privado⁵⁴. No mesmo sentido, e fornecendo importante contribuição na matéria, Jacob Dolinger, que ministrou um curso na Academia de Haia⁵⁵ e publicou recentemente um livro sobre esse tema, admite expressamente a autonomia no direito brasileiro⁵⁶.

Outro argumento a favor da autonomia da vontade decorre de uma interpretação sistemática da ordem jurídica brasileira. A lei da arbitragem⁵⁷ permite que as partes escolham a arbitragem para reger seus litígios, escolhendo também a lei aplicável ao litígio arbitral⁵⁸. Note-se a incongruência da interpretação restritiva do art. 9º: se o critério da autonomia da vontade é consagrado na arbitragem, por que não permitir sua aplicação perante os tribunais estatais? Não é razoável supor que, dentro de um mesmo sistema, o modo de resolução das controvérsias deva interferir na lei aplicável ao contrato.

Percebe-se, assim, que restringir a autonomia das partes em matéria de escolha de lei aplicável é posição controversa. Provavel-

54 Sobre o tema, SOUZA JR., Lauro da Gama, "Autonomia da vontade nos contratos internacionais do Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9 da LICC em favor da liberdade de escolha do direito aplicável". In TIBURCIO, Carmen; e BARROSO, Luís Roberto. (org.), *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 599-626.

55 DOLINGER, Jacob. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts / by Jacob Dolinger. Recueil des cours, Volume 283 (2000).

56 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial): Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 421-481.

57 Lei 9.307/96.

58 Lei n 9.307, 1996, art. 2: "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º "Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio".

mente por isso, a questão é a mais discutida no direito internacional privado brasileiro em nível doutrinário. Como já destacado, é posição mais acertada admitir a autonomia privada como critério de determinação da lei aplicável⁵⁹. Contudo, a jurisprudência dos tribunais superiores ainda não se manifestou a esse respeito.

A ausência de manifestação jurisprudencial, vale dizer, encontra outra justificativa importante. Como a lei de arbitragem expressamente prevê a possibilidade de escolha da lei aplicável, as empresas estrangeiras que exercem sua atividade no Brasil são compelidas a escolher a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, evitando o recurso à jurisdição estatal. É que, se é incerta a possibilidade de escolha da lei aplicável em procedimentos judiciais, na arbitragem há razoável certeza quanto ao ponto. Tal circunstância, portanto, frequentemente impede que o tema seja submetido à apreciação dos tribunais superiores.

Uma breve nota sobre os contratos de trabalho. O enunciado número 207 do Tribunal Superior do Trabalho determina a aplicação da lei do país onde os serviços são exercidos⁶⁰. Ressalte-se também a possibilidade de aplicação da lei mais favorável ao empregado, prevista pela Lei nº 7.064/82 que a despeito de ser específica, tem sido aplicada analogicamente para outros casos. De qualquer modo, descarta-se, assim, para as relações de trabalho, a regra do art. 9º da Lei de Introdução, que estabelece o critério de aplicação da *lex celebrationis*.

V. As pessoas jurídicas e os conflitos de jurisdições

As regras de competência internacional são fixadas nos arts.

59 Cf. para a discussão na doutrina brasileira, Carmen Tiburcio, “A lei aplicável às arbitragens internacionais”. In: MARTINS, Pedro A. Batista; e GARCEZ, José Maria Rossani. (coord.), *Reflexões sobre a arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002.

60 Tribunal Superior do Trabalho, Enunciado n 207: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”.

88 e 89 do Código de Processo Civil. O art. 88⁶¹ estabelece os casos de competência internacional concorrente, e o art. 89⁶² os casos de competência internacional exclusiva.

Para os casos previstos no art. 89, somente a autoridade brasileira será competente, circunstância que impede a homologação de sentença estrangeira relativa às hipóteses do artigo. Se, por outro lado, a controvérsia envolver apenas hipóteses previstas no art. 88, uma sentença estrangeira poderá, em princípio, ser executada no Brasil.

O art. 89 determina que a autoridade judiciária brasileira será competente — com exclusão de qualquer outra — para conhecer ações relativas a imóveis situados no Brasil (mesma regra do art. 44 do Novo Código de Processo Civil Francês) e para as sucessões de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do Brasil.

A autoridade brasileira será competente, de maneira não exclusiva, nos termos do art. 88, se o réu é domiciliado no Brasil. É a regra ordinária de competência internacional, a mesma que é adotada no direito francês, resultante da aplicação do art. 42 do Novo Código de Processo Civil (regra de competência interna que deve ser ampliada à nível internacional em razão do que dispõe a decisão *Scheffel*, de 30 de outubro de 1962, de acordo com a qual «a competência internacional é determinada pela extensão das regras de competência internas»⁶³.

61 Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 1973, art. 88: “É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I — o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II — no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III — a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Parágrafo único — Para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.

62 Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 1973, art. 89: “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I — conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II — proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

O parágrafo único do art. 88 consagra uma regra similar à jurisprudência francesa de «*gares principales*»⁶⁴. O parágrafo diz que serão consideradas domiciliadas no Brasil as pessoas jurídicas estrangeiras que aqui tenham uma agência, uma filial ou uma sucursal. Caso possuam estabelecimento secundário no Brasil, pode-se recorrer à Justiça brasileira para os litígios ligados a esse estabelecimento.

Também assim no direito comunitário europeu, em que o art. 5º(5) do Regulamento (CE) nº 44/2001⁶⁵ permite que uma sociedade que tenha sua sede em um Estado-membro seja processada perante os tribunais de um outro Estado-membro com relação à exploração de uma sucursal, agência ou de qualquer outro estabelecimento neste outro Estado.⁶⁶ A redação do artigo é clara e a interpretação de que deve haver relação entre a atividade do estabelecimento e a demanda

63 Cass., Civ., 30 oct 1962, Scheffel: “Mais attendu que l’extranéité des parties n’est pas une cause d’incompétence des juridictions françaises, dont, d’autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne”.

64 LOUSSOUARN, Yvon; & BREDIN, Jean-Denis. *Droit du Commerce International*. Paris: Sirey, 1969, p.333: “En matière de conflits de juridictions, par extension sur le plan international de la jurisprudence des *gares principales*, la société étrangère, qui a une succursale en France, peut être assignée au siège de cette dernière, lorsqu’il s’agit d’une opération traitée dans le ressort de la succursale”.

65 Regra mantida desde a Convenção de Bruxelas de 1968: “Se se tratar de um litígio relativo à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento, perante o tribunal do lugar de sua situação”.

66 Mas não quando, apesar de ter um estabelecimento em um Estado-membro, a sociedade-ré tenha domicílio em um país que não seja membro da União Européia. Assim, por exemplo, não se aplica o art. 5º(5) no caso de sociedade brasileira que tenha filial em um dos Estados-membros. Veja-se o Caso *Guggenheim*, julgado pela Corte de Apelação de Paris em 17.11.1997, *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 115 (1994) com comentários de Hélène Gaudemet-Tallon. Contra essa interpretação, aplicando a regra mesmo quando a sociedade era domiciliada fora de um dos Estados contratantes da Convenção de Bruxelas, já decidiu a Corte de Apelação de Paris em 03.02.1988, *Journal du Droit International*, p. 95 (1989), com comentários de André Huet, decisão esta tida como incorreta por Gaudemet-Tallon (*Compétence et exécution des jugements en Europe*, p. 184 (2002)). Todavia, isso não significa que a sociedade brasileira não possa ser lá demandada por atos de seu estabelecimento. Isso porque, embora afastada a regra do art. 5º(5), nada impede que o direito interno do Estado-membro preveja a mesma regra de exercício de jurisdição.

já foi prestigiada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.⁶⁷

A *International Law Association* possui interessante trabalho desenvolvido pelo *Committee on International Civil and Commercial Litigation* a respeito do exercício de jurisdição sobre sociedades. Criado na 65ª Conferência da Associação de 1992, no Cairo, o Comitê encerrou seus trabalhos dez anos depois, com um quarto e último relatório⁶⁸ e com a aprovação de uma resolução contendo os Princípios de Paris/Nova Delhi relativos à Jurisdição sobre Sociedades.⁶⁹ O item 3.1. determina: “*Uma sociedade comercial pode também ser processada perante os tribunais do Estado onde ela tenha uma sucursal, representante ou outro estabelecimento com relação a demandas decorrentes da sua atividade neste Estado*”.⁷⁰

O art. 88, inciso II, prevê que a autoridade brasileira terá competência se a ação se referir a uma obrigação que deve ser cumprida no Brasil⁷¹. Por fim, o art. 88, inciso III, determina a competência da

67 Caso *Somafer* (C-33/78), julgado em 22.11.1978, *European Court reports*, p. 2183, (1978). Veja-se, por todos: Gaudemet-Tallon, Hélène. *Compétence et exécution de jugements en Europe*, 3ª ed, §§ 226-235, p. 184-192 (2002).

68 International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on International Civil and Commercial Litigation, Forth and Final Report: Jurisdiction over Corporations.

69 International Law Association, Resolution 4/2002 — International Civil and Commercial Litigation, Paris/New Delhi Principles on Jurisdiction over Corporations. Tanto o Relatório quanto os Princípios foram publicados pela Associação nos anais da Conferência e também podem ser encontrados em seu site <http://www.ila-hq.org>.

70 No original em Francês: “Une société commerciale peut aussi être assignée devant les tribunaux dun Etat où elle a une succursale, un représentant ou un autre établissement en ce qui concerne un différend découlant de ses activités dans cet Etat. No original em Inglês: A corporation may also be sued in the courts of a state where it has a branch, agency or other establishment in respect of a dispute arising out of its operations in that state”.

71 Esta é a mesma hipótese do artigo 46 do Novo Código de Processo Civil francês, de acordo com o qual o requerente pode interpor recurso, “en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l’exécution de la prestation de service”, e “en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.”

autoridade brasileira se a ação se originar de um fato ocorrido ou de um ato praticado no Brasil.

Diante do panorama legislativo vigente, surge importante questão. É possível que as partes elejam o foro de sua preferência? Infelizmente, há várias decisões na jurisprudência que consideram que as cláusulas de eleição de foro não podem descartar a competência internacional concorrente da autoridade brasileira⁷². Frise-se, todavia, que as decisões que não aceitaram o foro estrangeiro eleito, a despeito de mencionarem expressamente essa impossibilidade, são corretas, pois em cada caso havia outras razões para não se aceitar tal cláusula⁷³.

Dessa forma, se, em um contrato celebrado no Brasil, houver uma cláusula atributiva de jurisdição a um tribunal francês, pode ocorrer — diante do atual panorama legislativo e jurisprudencial — que um dos litigantes proponha ação perante o judiciário brasileiro. Ademais, mesmo que uma ação idêntica tenha sido anteriormente proposta no exterior, o exercício da jurisdição brasileira não é restringido, pois o direito brasileiro, ao contrário do direito francês, não reconhece os efeitos da litispendência internacional⁷⁴. Note-se, todavia, que o art. 90 do CPC só se aplica quando houver jurisdição (competência internacional) da autoridade judiciária brasileira. Assim, caso

72 Cf. STJ, *DJ* 02.out.1989, AR 133/RS, Rel. Min. Cláudio Santos; STJ, *DJ* 08.ago.2000, REsp 251438/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro; et STJ, *DJ* 19.ago.2008, REsp 804306/SP, Rel. Min. Nancy Adrighi.

73 TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação* v. 21, p. 84-113, 2009

74 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Forense 1974, p. 228: “Ineficácia da litispendência de ações propostas no estrangeiro — se alguma ação, que, conforme os artigos 88 e 89 tenha de ser intentada no Brasil, e o foi perante autoridade judiciária estrangeira (juiz ou tribunal), a litispendência, que existe no estrangeiro, é sem qualquer eficácia para o Brasil. Mesmo se está no fim o curso do processo, ou se já houve sentença, ou se já transitou em julgado, pode ser proposta no Brasil a ação se se trata da mesma causa, isto é, do mesmo mérito, do mesmo direito, pretensão ou ação, ou se apenas há entre as duas causas conexão” .

as partes tenham voluntariamente se submetido à jurisdição estrangeira, uma delas não poderá depois ajuizar ação idêntica no Brasil.⁷⁵

A produção dos efeitos negativos das cláusulas de eleição de foro estrangeiro é uma das questões mais controversas na seara do conflito de jurisdição no direito privado brasileiro⁷⁶. Com razão, o STF vinha emitindo sentenças favoráveis às cláusulas de eleição de foro estrangeiras durante os anos 50⁷⁷, mas a maior parte das decisões mais recentes, sobretudo dos tribunais inferiores, recusam seus efeitos negativos, tudo para impedir que uma cláusula que atribui jurisdição à um tribunal estrangeiro pudesse afastar a competência internacional concorrente dos juízes nacionais⁷⁸. No projeto para o Novo Código de Processo Civil, apresentado ao Congresso Nacional, havia regra que poderia mudar o quadro⁷⁹, retomando os precedentes iniciais sobre a matéria.

Na França, os efeitos negativos das cláusulas atributivas de jurisdição são reconhecidos desde os anos 30. Em 1985, a regra básica foi reproduzida na decisão da *Compagnie de Signaux et d'Entreprises*

75 TJRJ, RTJ 74:162, AG 2007.002.02431, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo.

76 Sobre os efeitos negativos da cláusula de eleição de foro, ver ALMEIDA, Ricardo Ramalho. "Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro". In RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 296-316, e TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação v. 21, p. 84-113, 2009.

77 STF, j. 24. jan.1957, Recurso Extraordinário n. 30636, Min. Rel. Cândido Motta: "Com efeito, a norma consubstanciada no citado art. 12 não é do interesse do Estado Brasileiro, motivo porque pode ser derogada por convenção das partes, pela eleição de um foro estranho à jurisdição brasileira, salvante a hipótese de versar a ação controversa sobre imóveis situados em território nacional".

78 Cf. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. "Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro". In Rodas, João Grandino. *Contratos internacionais*, 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 296-316.

79 O artigo 24 do projeto determina: "Não cabem à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, argüida pelo réu na contestação". O artigo, todavia, foi suprimido da versão apresentada pelo Congresso, e sua inclusão na versão final do novo CPC é incerta.

Électriques, de acordo com a qual: «les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, comme c'était en l'espèce, et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale d'une juridiction française»⁸⁰.

Nos EUA, somente na década de 70 a Suprema Corte Americana admitiu a cláusula de eleição do foro londrino em *Bremen v. Zapata*⁸¹ e, na Itália, Lei de DIP de 1995 admitiu tal cláusula, pondo fim à controvérsia jurisprudencial a respeito.

Há países, por sua vez, que desde há muito aceitam a eleição do foro estrangeiro. Na Inglaterra, as cláusulas de eleição de foro são respeitadas desde o final do século XVIII. No âmbito europeu, a cláusula é aceita desde 1968 e disciplinada hoje pelo Regulamento (CE) no. 44/2001.

No Brasil, à exemplo do que ocorre em matéria de lei aplicável, a disciplina jurídica da arbitragem é bem mais favorável. A cláusula compromissória, quando comparada com a cláusula de eleição de foro, oferece cenário muito mais atrativo, por conta de autorização legislativa expressa e panorama jurisprudencial amplamente favorável a sua eficácia.

A Lei da Arbitragem de 1996 inaugurou um regime que permitiu o amplo desenvolvimento da arbitragem no Brasil, sobretudo após 2001, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da lei⁸², quando confrontada com alegação de violação ao princípio constitucional de acesso à Justiça⁸³⁻⁸⁴. A lei garante o caráter o-

80 Cf. ANCEL, B. e LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris: Dalloz, p. 645 e seguintes.

81 407 http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports \o "United States Reports <http://supreme.justia.com/us/407/1/case.html> (1972)

82 STF, *DJ*30. abr.2004, Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

83 Constituição Federal Brasileira, art. 5, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

brigatório da cláusula compromissória, cuja execução pode ser auxiliada pelo Poder Judiciário, que tem o poder de determinar a instauração da arbitragem, mesmo diante da resistência de uma das partes. Pouco importa, para isso, se a arbitragem acontecerá no Brasil ou no exterior.

Assim, se um contrato celebrado no Brasil prevê que os litígios serão regidos por uma arbitragem estabelecida na França, o juiz brasileiro não poderá julgar a causa. Diante da recusa de uma das partes de submeter-se à arbitragem, a parte contrária terá à disposição mecanismos judiciais para conferir plena eficácia ao compromisso firmado. O Judiciário brasileiro em geral é bastante favorável ao desenvolvimento da arbitragem e bem raramente, em condições muito excepcionais, intervém de maneira negativa, circunstâncias que fazem do Brasil um dos países mais favoráveis à prática arbitral.

Há uma lacuna legislativa no Brasil no que diz respeito aos aspectos do direito internacional privado das falências. A Lei 11.101 de 2005 (Lei de Falências) parece ter estabelecido, ao mesmo tempo, um sistema universal a nível interno e um sistema territorial à nível internacional. Seu art. 3º determina que será competente para declarar a falência e para aprovar o plano de recuperação da empresa em crise financeira o foro de seu principal estabelecimento⁸⁵. É uma regra de competência interna e, domesticamente, significa que toda questão patrimonial concernente à empresa em crise deverá ser submetida ao juiz da falência.

Admitindo-se que essa regra pode ser estendida ao plano internacional, contudo, haverá algumas dificuldades. Num primeiro momento, surge a questão da extensão da declaração de falência: tra-

84 Sobre a questão, v. DOLINGER, Jacob; e TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-69.

85 Sobre o tema, v. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 6. ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 26, 27 e 28. Cf. também BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 55, 56 e 57.

ta-se de pronunciamento limitado ao território nacional ou estendido aos estabelecimentos que essa empresa tem no exterior?

Igualmente polêmicos são os questionamentos acerca dos efeitos que uma declaração de falência no estrangeiro pode produzir em relação aos estabelecimentos secundários que a empresa tenha no Brasil. Os dois pontos são muito discutidos. Ao que parece, a lei consagrou, para o plano internacional — ao contrário do que o mesmo art. 3º estabelece para nível interno —, um regime puramente territorialista, o que significa que os efeitos da declaração de falência são limitados ao território do país do juiz que a declarou.

Assim, a competência internacional do juiz brasileiro seria limitada aos estabelecimentos situados no Brasil, pouco importando a distinção entre estabelecimento principal e estabelecimento secundário. A jurisprudência admite, todavia, a homologação de sentenças estrangeiras que declaram a falência de uma empresa estrangeira, para que essa declaração possa produzir efeitos em relação à agência, à filial ou à sucursal situada no Brasil⁸⁶. O regime da falência internacional no Brasil, portanto, ainda é questão polêmica.

Finalmente, é conveniente mencionar as relações internacionais de consumo. Importante decisão judicial sobre o tema foi proferida em 2000. Um indivíduo comprou, nos EUA, uma câmera da marca *Panasonic*. Quando chegou ao Brasil, o aparelho mostrou estar com problemas. O indivíduo, então, procurou a assistência técnica da

⁸⁶ Cf. STJ, *DJ* 24. mar. 1997, REsp 15708/RS, Rel. Min. Costa Leite: “Contrato de exportação. Ação de cobrança. Exceção de incompetência. Hipótese em que, respeitada a base fática do acórdão, no que diz com a definição do lugar do cumprimento de obrigação, cumpria reconhecer a competência da Justiça brasileira. **Sentença estrangeira declaratória de falência só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo STF**. Recurso não conhecido”. No mesmo sentido, v. STJ, *DJ* 22. ago. 1994, REsp 19263/RS, Rel. Min. Antônio Torreão Braz. Todavia, há uma observação a fazer sobre o tema: a Constituição Brasileira de 1988 foi modificada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de acordo com o artigo 105, I, alínea “i”, é o Tribunal competente para homologar as sentenças estrangeiras. Anteriormente, o Tribunal competente para homologar as sentenças estrangeiras era o Supremo Tribunal Federal (STF).

Panasonic no Brasil, que se recusou a fazer valer a garantia, argumentando que a empresa brasileira (*Panasonic no Brasil*) era diferente daquela que vendeu o aparelho (*Panasonic Internacional*), e que o produto não era sequer oferecido no mercado brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, considerou que o consumidor poderia se valer do laço econômico entre as duas marcas, e que o representante da *Panasonic no Brasil* deveria se responsabilizar pelos problemas do produto comercializado pela marca *Panasonic Internacional*, na qual o consumidor depositou sua confiança ao fazer a compra. Esse caso acabou por permitir aos consumidores, que compram produtos no estrangeiro, a possibilidade de propor ações no Brasil contra as empresas representantes da marca estrangeira, mesmo se o produto não tenha sido posto no mercado brasileiro⁸⁷.

VI. Considerações finais

Esse, portanto, o panorama do direito internacional privado brasileiro no que diz respeito às pessoas jurídicas e suas atividades. Primeiramente, em relação à nacionalidade estrangeira das empresas, o Brasil adota o critério da incorporação. Contudo, para que uma empresa seja brasileira ela precisa ser incorporada no Brasil e ter sua sede administrativa no país.

Existem algumas atividades total ou parcialmente proibidas para a atividade das pessoas jurídicas estrangeiras: por exemplo, a Constituição proíbe pessoas estrangeiras de serem proprietárias de meios de comunicação e de obterem concessões para a exploração de recursos minerais e hídricos, e há também algumas restrições para as pessoas jurídicas no que concerne a aquisição de imóveis rurais,

87 STJ, *DJ* 20.nov.2000, REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

dentre outras. Em princípio, entende-se que a lei ordinária possa estabelecer restrições não existentes no texto constitucional.

As pessoas jurídicas estrangeiras obedecem à lei de sua nacionalidade no que diz respeito a sua capacidade, e à lei brasileira no que diz respeito a suas atividades no país. Além disso, a regra geral acerca dos contratos é a aplicação da lei do lugar onde o contrato é concluído, salvo o caso dos contratos de trabalho, nos quais aplica-se a lei do lugar onde os serviços serão executados ou a lei mais favorável ao empregado. A possibilidade de escolher a lei aplicável aos contratos é ainda controversa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Finalmente, no que concerne a jurisdição, a autoridade brasileira será competente, de maneira não exclusiva, se o réu é domiciliado no Brasil. A legislação determina que são domiciliadas no Brasil as pessoas jurídicas estrangeiras que aqui tiverem uma agência, uma filial ou uma sucursal. Isso quer dizer que as empresas estrangeiras poderão ser submetidas às cortes brasileiras se elas tiverem um estabelecimento secundário no Brasil, para os litígios ligados a esse estabelecimento. E ainda, o juiz brasileiro será competente se a ação se refere a uma obrigação que deva ser cumprida no Brasil ou se a ação se originou de um fato ou de um ato praticado no Brasil. A aceitação da cláusula de eleição de foro também é controvertida em nosso país.

**DIREITO
ECONÔMICO**

**UMA PROPOSTA DE MODERNIZAÇÃO E
SIMPLIFICAÇÃO REGULATÓRIA PARA O SETOR
PORTUÁRIO¹**

**A PROPOSAL FOR REGULATORY MODERNIZATION AND
SIMPLIFICATION FOR THE PORT SECTOR**

Lucia Helena Salgado

Resumo: A qualidade das instituições é fator determinante da competitividade e do desenvolvimento de um país. Neste artigo, propomos um projeto-piloto de Programa de Simplificação Regulatória (PSR), programa cujo objetivo é simplificar, modernizar e rever as incongruências e defuncionalidades de determinado desenho institucional, responsáveis por gerar amarras prejudiciais ao desenvolvimento. Desenhamos um PSR, na sua abordagem vertical, acerca do setor portuário, porque esse setor tem se tornado um entrave crescente à expansão da economia brasileira e porque ele tem afetado de forma desigual vários setores econômicos e sociais. Identificou-se um desenho institucional confuso e incompleto, que não estabelece espaço claro para a atuação privada, o que gera assimetrias concorrenciais e insegurança para o investimento. Por fim, realizou-se estudo

1 As opiniões aqui expressas não refletem a posição do IPEA. Colaboraram de forma inestimável para a consecução deste trabalho Samuel da Silva Rezende, bolsista PNPD no IPEA e mestrando em relações internacionais na UERJ; Rafael Pinho Senra de Moraes, PhD, bolsista PNPD no IPEA e professor das faculdades de economia da FGV-Rio e de Direito da PUC e Dra. Graziela Zucolotto, técnica de planejamento e pesquisa do IPEA.

de viabilidade política, identificando não apenas os aliados às reformas, mas também os setores que seriam adversários a elas.

Palavras-chave: Qualidade institucional; Desenho regulatório; Programa de Simplificação Regulatória (PSR); Setor portuário brasileiro.

Abstract: The quality of institutions is a determining factor for competitiveness and the development of a country. In this paper, we propose a pilot project for Regulatory Simplification Programme (RSP), a program whose goal is to simplify, modernize and revise the incongruities and dysfunctionality of a particular institutional design, responsible for generating restraints harmful to development. We draw a RSP in its vertical approach, for the port sector, because this sector has become a growing obstacle to the expansion of the Brazilian economy and because it has affected unequally various economic and social sectors. We identified a confusing and incomplete institutional design, which does not provide clear space for private activities, a situation that creates imbalances and competitive uncertainty for the investment. Finally, a study was made of political feasibility, identifying not only the allies of reform, but also the sectors that would be adversaries to them.

Keywords: Institutional quality; Regulatory design; Regulatory Simplification Programme (RSP), Brazilian port sector

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Questões metodológicas. 3. Projeto-piloto: o setor portuário. 4. Compreensão do problema a ser enfrentado no setor portuário. 5. Análise de Viabilidade Política de Implementação de Agenda de Simplificação Institucional. 6. Custo de mão-de-obra no setor portuário como indicador de falha regulatória. 7. Assimetria concorrencial provocada pela ambiguidade institucional. 8. Conclusão: Agenda de modernização no projeto-piloto.

1. Introdução

Nossa abordagem tem como pressuposto o papel central das instituições no desenvolvimento econômico. A qualidade das institui-

ções é fator determinante da competitividade e desenvolvimento dos países – influencia decisões de investimento, organização da produção e define como as sociedades compartilham custos e benefícios do desenvolvimento. O funcionamento e grau de evolução das instituições afetam custos dos negócios e o ritmo de desenvolvimento econômico.

Indicadores recentes dão conta de que a qualidade das instituições, medida por seu impacto sobre custos e decisões de negócios, tem se deteriorado nos anos recentes:

- No ranking de 183 economias “*Ease of Doing Business*” feito pelo Banco Mundial, o Brasil ocupa a 127ª posição em 2011, tendo caído 3 posições do ranking anterior (2010);
- No Relatório de Competitividade Global 2010-2011 do Fórum Econômico Mundial, a posição do Brasil vem caindo; o nível de competitividade caiu 2 posições com relação à última apuração, estamos na 58ª posição em 139 países;
- Ainda no mesmo relatório, no 1º pilar da competitividade, justamente Instituições, a posição ocupada pelo Brasil é dramática: 93ª.

Vejamos uma ilustração do problema: um dos principais indicadores de baixa qualidade das instituições – elevada carga regulatória/burocrática – é, após taxas de juros, o principal fator a gerar impacto sobre a competitividade dos negócios e em particular das exportações brasileiras.

Tabela 1: Burocracia das exportações

Indicador	Brasil	Países da OCDE
Nº de documentos necessários	8	4,4
Nº de dias necessários	13	10,9
Custo da exportação (contêiner)	US\$ 1.790	US\$ 1.106,3

Fonte: Doing Business 2011: Making a Difference for Entrepreneurs

Considerando esse quadro de baixa qualidade das instituições, apresentamos a seguinte proposta para enfrentar esse entrave ao desenvolvimento: Instituir Programa de Simplificação Regulatória;

Principal objetivo: reduzir o custo da “burocracia” sobre o dia-a-dia das empresas e dos cidadãos, liberando recursos e energias para atividades produtivas² com os resultados – mensuráveis de elevação de produtividade, crescimento e bem-estar. Recuperar e redesenhar programas lançados anteriormente, é dizer, Desburocratização (1979), Desregulamentação (1991) e Ges-Pública (2007), atualizando-os com as novas técnicas e experiências em particular desenvolvidas na Holanda e no Reino Unido³.

Tal programa atacaria o estoque regulatório, visando sua simplificação e modernização, e reveria as incongruências e disfunções do desenho institucional, responsáveis por gerar amarras prejudiciais ao desenvolvimento. Seu papel é complementar a outros programas que visam elevar a competitividade da economia brasileira, assim como a qualidade das atividades desempenhadas pelo poder público, de natureza regulatória.

A instituição de um Programa de Simplificação Regulatória (PSR) promovido pela Secretaria de Assuntos Estratégicos — SAE no âmbito de suas competências⁴, complementar e potencializaria os

2 No que diz respeito ao dia-a-dia dos cidadãos, também para o lazer e os cuidados com a saúde e a família.

3 Programa desse natureza foi adota no governo trabalhista de Tony Blair, em 1997 e reforçado em 2010, com o governo de coalizão de David Cameron, visando reduzir a carga administrativa sobre negócios.

4 Nos termos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. que Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências, lê-se:

---. Art. 24-B. À Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República no planejamento nacional e na elaboração de subsídios para formulação de políticas públicas de longo prazo voltadas ao desenvolvimento nacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11754.htm \1 “art2.....

IV — a elaboração de subsídios para a preparação de ações de governo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11754.htm \1 “art2.

efeitos de elevação da qualidade das instituições e redução dos custos burocráticos que atuam como entrave para o desenvolvimento.

Um programa que visa a atacar o estoque regulatório e rever incongruências do desenho institucional deve ser planejado para ter duração finita, com prazos e metas de cumprimento e mecanismos de prestação de contas pré-definidos.

2. Questões metodológicas

2.1. Abordagens alternativas para um programa de redução de carga administrativa

2.1.1. Abordagem transversal

- Mapear as principais áreas afetadas por custos regulatórios;
- Mensurar impactos negativos e simular efeitos positivos com retirada de entraves e simplificação de normas;
- Definir estratégias para implementação de planos de simplificação;
- Estabelecer metas horizontais de cortes de custos.

2.1.2. Abordagem vertical

- Identificar setor da atividade econômica onde custos regulatórios sejam elevados, prejudicando de forma mensurável bem-estar e eficiência;
- Eleger setor identificado como projeto-piloto para programa de redução de carga administrativa, começando por estudo de viabilidade e conveniência política.

2.2. Passos metodológicos: estudo de viabilidade e conveniência política

- Identificam-se os segmentos da sociedade que seriam beneficiados com retirada de entraves e simplificação de normas — no refinamen-

to do estudo nomeiam-se, dimensionam-se numérica e economicamente;

- Identificam-se todos os atores políticos, sociais e econômicos cujos interesses estão envolvidos na normatização e operação do setor e os arranjos institucionais em que se movem – nesse exercício percebem-se conflitos de interesse, sobreposições de competências, incompatibilidades de funções e outros aspectos institucionais a serem corrigidos;
- Verifica-se a existência de lacunas de inteligência e tratamento político (*policy*) de aspectos dos arranjos institucionais que, caso atacados, poderão afetar de forma significativa o desempenho do setor em análise.

2.3. Razões para escolha do setor portuário

- Ao contrário de outros setores de infra-estrutura que, uma vez iniciado o processo de modernização e introdução da lógica de mercado, dinamizaram-se e impulsionam a expansão da economia brasileira, o setor portuário vem se tornando um entrave crescente;
- Os custos adicionais afetam de forma desigual segmentos da economia e da sociedade. Pequenas e médias empresas (exportadores e importadores) e a comunidade de consumidores são assimetricamente afetados e têm pequena ou nula capacidade de organização de seus interesses coletivos (e difusos).

3. Projeto-piloto: o setor portuário

3.1. Antecedentes

Em perspectiva histórica, percebe-se que setor portuário no Brasil tem sua evolução marcada por quatro eventos:

- Em **1808**, “a abertura dos portos às nações amigas”, quando o desenvolvimento do setor foi impulsionado pelo investimento privado;
- Em **1934**, no início do Estado Novo, com a estatização dos portos;

- Em **1964**, a criação da Portobrás, que ampliou o controle estatal, com a empresa desempenhando funções de gestão e exploração portuária. No espírito da época, os portos foram considerados agentes de segurança nacional;
- Em **1991**, a Portobrás é extinta, a reforma do setor é proposta e a lei 8.360/93, de Modernização dos Portos é promulgada, em linha com a tendência mundial de privatização.

3.2. Arcabouço legal do setor portuário

- **A Constituição Federal de 1988** elenca portos entre serviços públicos (art.175);
- **Lei 8630/93** – “Lei da modernização dos portos” estabelece dois tipos de instalação portuária: terminais de uso público e de uso privativo⁵;
- **Lei 10.233/2001** – cria a ANTAQ — e ANTT — para implementar políticas públicas traçadas;
- **Lei 11.518/2007** – cria a Secretaria Especial de Portos (SEP) para assessorar a Presidência da República na formulação de políticas e diretrizes para o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos, promover a execução e avaliação de medidas de apoio ao desenvolvimento de infraestrutura;
- **Decreto 6.620/2008** – estabelece formas de exploração dos portos e instalações portuárias de uso público ou privativo. Regula a concessão de portos organizados.

3.3. Principais atores públicos e privados introduzidos pela Lei de Modernização dos Portos

a) Autoridade Portuária (AP): administra o porto organizado,

5 Em seu art 4º, a lei estabelece duas modalidades de exploração de instalação portuária por parte de empresas privadas: terminais de uso público, por concessão, destinados à prestação de serviços públicos portuários dirigidos a potenciais usuários em geral, com as garantias de direito público; terminais de uso privativo, destinados à movimentação e armazenagem de carga própria do titular do terminal, por autorização. O mesmo artigo prevê a existência de terminais de uso privativo misto, que podem movimentar cargas próprias e subsidiariamente cargas de terceiros.

cuida do investimento e manutenção da infraestrutura portuária e de acessos, **planejamento estratégico do porto**, promoção e marketing, **fiscalização dos operadores portuários privados** na execução dos contratos, regulação e controle etc.;

b) Conselho da Autoridade Portuária (CAP): sobrepõe-se à AP, é composto por 26 membros em quatro blocos de atores participantes do porto: o Bloco do Poder Público (BPP), o dos Operadores Portuários (BOP), Bloco da Classe dos Trabalhadores Portuários (BCTP) e o Bloco dos Usuários dos Serviços Portuários (BUSP)

Note-se que o CAP é um órgão com múltipla representação de interesses interferindo sobre concessionários privados e sobre definição de estratégia, regulação e fiscalização

c) Operador Portuário (OP): é o órgão executivo de gerência, fiscalização, regulamentação, organização e promoção da atividade portuária. Dele depende a gestão de recursos humanos efetivos e prestadores de serviços, atividade realizada pelo Órgão Gestor de Mão de Obra;

d) Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO): administra a contratação, a escala e a alocação de trabalhadores portuários (TP) e de trabalhadores portuários avulsos (TPA);

e) Companhias Docas: empresas públicas estaduais que, mediante delegação por parte do Ministério dos Transportes, assumem o papel de autoridade portuária nos portos sob sua jurisdição

Tabela 2: Organização institucional dos portos na atualidade

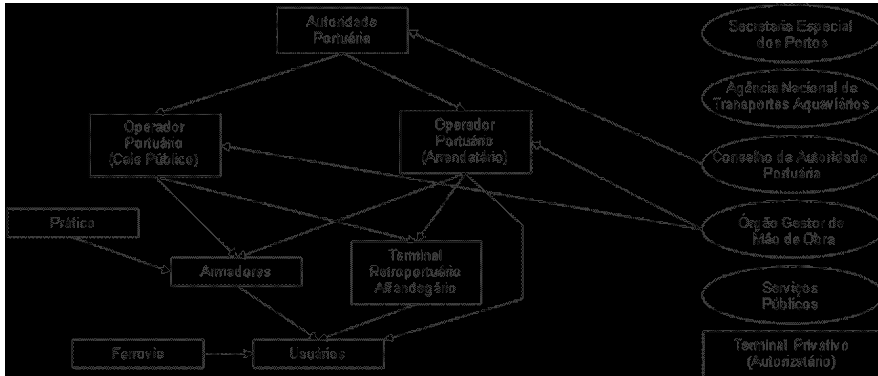
Quantidade de portos	39
Administrados por Companhias Docas (Federais)	18
Administrados por Companhias Docas (Privado)	1
Portos concedidos aos estados	15
Portos delegados a municípios	5
Quantidade de Terminais de Uso Privado (TUP)	134
Administrações hidroviárias (federais)	8

Fonte: FIALHO, Fernando (2006) Apresentação: “A Reforma Portuária Brasileira e o Marco Regulatório”. Seminário Relações União Européia – Brasil: Diálogo Bilateral sobre Transportes Marítimos, slide 5.

Em linhas gerais, a lei 8.630/93 deu origem a um modelo “*Landlord Port* à brasileira”, adaptando o bem sucedido modelo internacional de partilhamento de atividades entre poder público na gestão das atividades com características de bem público (infraestrutura portuária comum e de acesso marítimo e terrestre, regulação) e setor privado (prestação de serviços portuários) a um arranjo neo-corporativista, inspirado, de forma longínqua, no modelo de participação social observado na Europa, contudo mais próximo da recorrente experiência brasileira desde os anos 1930 de incorporação de interesses ao aparelho de Estado, com o fito de evitar o tratamento de conflitos⁶, a despeito de seu potencial de geração de ineficiência econômica e desfuncionalidade institucional.

6 O que José Luis Fiori já definiu de forma magistral como a tradição brasileira de “fuga para a frente” (FIORI, José Luis. *O voo da coruja*: Uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Rio de Janeiro, 1996).

Figura 1: Fluxo de prestação de serviços na área do porto organizado



Fonte: SEAE (2009) Aspectos regulatórios e concorrenciais do setor portuário. Nota Técnica n.º 16 COGTL/SEAE/MF.

3.4. Conceitos e Definições

Antes de prosseguir, vale destacar os principais conceitos e definições técnicas do setor.

- Portos públicos e privados:
- Os portos públicos podem ser operados por concessão a empresa pública ou privada, mediante prévia licitação.
- Já as instalações portuárias de uso privativo dependem unicamente de autorização por parte do poder público para que operem;
- Atividades de movimentação nas instalações portuárias de uso privativo:
 - i)* carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo;
 - ii)* principalmente de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto; e
 - iii)* passageiros, em instalação portuária de turismo;

Os terminais portuários especializam-se em graneis líquidos, sólidos e de contêineres, sendo estes os de maior dinamismo e cres-

cimento e vocacionados para carga geral. Três tipos de terminais: graneis líquidos, graneis sólidos e de carga geral, atualmente em contêineres. Terminais de uso privativos predominantemente movimentam graneis líquidos (78% do total) e sólidos (67% do total);

Figura 2: Esquema da estrutura de um porto organizado



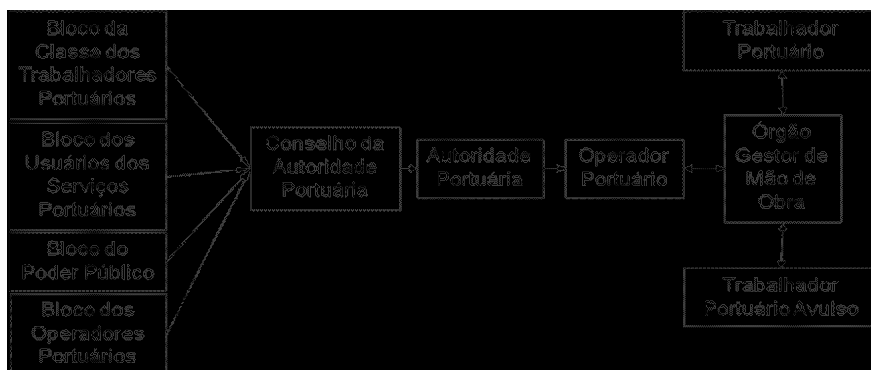
Fonte: GOLDBERG, David J. K. (2009). Regulação do setor portuário no Brasil: Análise do novo modelo de concessão de portos organizados. p. 40.

Quadro 3: Interferência governamental em um *landlord port* por natureza de atividade

Atividades	Atividades geralmente desenvolvidas no <i>landlord port</i>	Interferência governamental
Característica de bem público	<ul style="list-style-type: none"> • Provimento e manutenção de infraestrutura portuária e de acesso marítimo e terrestre; • Ruas internas, iluminação, energia, segurança; • Controle de cargas e passageiros: alfândega, vigilância sanitária, imigração; • Sistemas de informação e comunicação; • Operação portuária com pouca demanda no longo-prazo; • Praticagem e reboque com pouca demanda no médio a longo-prazo; etc.; 	 <p>TOTAL. O governo estabelece as regras e realiza as atividades</p>
Característica de bem privado e restrição de acesso ao mercado, com forte regulação	<ul style="list-style-type: none"> • Operação portuária, exceto em locais com pouca demanda no longo prazo, incluindo estiva, capatazia, pesagem, estadia livre, etc.; • Praticagem, em geral, etc. 	 <p>ALTA. O setor privado é regulado em todos os aspectos</p>
Característica de bem privado e acesso livre ao mercado, com fraca regulação	<ul style="list-style-type: none"> • Reboque, em geral; • Amarração e desamarração, em geral; • Recolhimento e tratamento de resíduos sólidos e efluentes de navios; • Agenciamento marítimo; • Abastecimento de navios; etc.; 	 <p>MÉDIA. O setor privado é regulado onde há fortes externalidades (segurança, etc.) e na defesa da concorrência</p>
Acessórias, sem regulação	<ul style="list-style-type: none"> • Reparo de embarcações; • Suprimento de navios (água, alimentos, lubrificantes, produtos diversos); • Estufagem de contêineres; etc.; 	 <p>BAIXA. Apenas mecanismos básicos de defesa da concorrência</p>

Fonte: GOLDBERG, David J. K. (2009). Regulação do setor portuário no Brasil: Análise do novo modelo de concessão de portos organizados. p. 41.

Figura 2: Organização administrativa do serviço portuário brasileiro



Adaptado de NETO et al. (2009)

4. Compreensão do problema a ser enfrentado no setor portuário

Durante os anos 1990, o processo de modernização dos portos promovido pela lei 8630/93 promoveu avanços consideráveis, permitindo a expansão da participação privada, a queda de preços de serviços portuários, o aumento da oferta⁷. No entanto hoje o setor portuário representa um inequívoco gargalo ao desenvolvimento econômico.

Diagnóstico do problema: dispomos de um desenho institucional ambíguo, que representa substancial obstáculo ao desenvolvimento

- Não será possível superar o gargalo de infra-estrutura representado pelo setor portuário sem completar o ciclo de reformas institucionais modernizadoras;
- A despeito dos avanços já realizados desde a Lei de Modernização dos Portos, de 1993, a ambigüidade do desenho institucional, sobreposição de funções por parte de autoridades e indefinição do marco regulatório respondem por elevado risco regulatório, que inviabilizam espaço claro e seguro para atuação privada e fomento adequado dos benefícios tanto da concorrência como de ganhos de escala e escopo envolvidos na economia portuária.

Principal problema de natureza institucional identificado:

- O marco regulatório atual é confuso e incompleto, não estabelece espaço claro para a atuação privada, gera assimetrias concorrenciais, insegurança para o investimento e, portanto, não favorece a expansão econômica sustentada;

7 Castro e Monteiro / Guimarães e Araújo tratam com detalhes desses aspectos, em dois importantes estudos que merecem leitura atenta (CASTRO, Newton e MONTEIRO, Ana B. "Setor Portuário e Comércio Exterior: Onde estamos e o que esperar". Revista Brasileira de Comércio Exterior - RBCE, nº 103, abr-jun/ 2010. GUIMARÃES, Eduardo Augusto; ARAUJO Jr., José Tavares de Araújo. Regulação e Desempenho dos Portos Brasileiros. Textos CINDES (Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento) nº 18, jan 2011).

Exemplos ilustrativos de incongruência:

- As Companhias Docas, ao mesmo tempo, são Autoridade Portuária (AP) e atuam como empresas, com atividade comercial;
- A competição inter-portos é dificultada pelo controle federal predominante das Companhias Docas e pela dependência de aportes federais de recursos para investimentos;
- O desenho institucional e de governança dos Conselhos de Autoridade Portuária (CAP) limitam a capacidade empresarial das AP, já restrita pela própria ambigüidade de sua dupla identidade;
- Os interesses representados nos CAP não respondem a incentivos para tomar decisões que redundem em resultados eficientes para os portos.

5. Análise de Viabilidade Política de Implementação de Agenda de Simplificação Institucional

Se nos anos 1990 parecia uma tarefa ciclópica enfrentar os interesses organizados, em particular representados pelas tradicionais categorias de trabalhadores portuários sindicalizados, uma reforma modernizadora na segunda década do século XXI parece tarefa bastante factível.

Um aspecto favorável é que não há uma agenda de reformas estruturais em pauta. Nas duas últimas décadas, revimos o desenho institucional e o marco regulatório de inúmeros setores, alguns extremamente sensíveis e estratégicos, como petróleo e telecomunicações, assim como previdência social. A agenda política não se encontra congestionada de temas dessa natureza. A par da discussão sobre o chamado “controle social da mídia”⁸ e a lei geral das agências regulatórias,⁹ não há outras questões envolvendo marcos regulatórios, contrapondo interesses, em discussão no Congresso Nacional.

8 Cujo anteprojeto de lei sequer foi remetido ao Congresso até o presente.

9 Cuja tramitação paralisada desde 2007 indica que provavelmente é tema que deverá ser recolocado em novos termos pelo governo da presidente Dilma Rouseff.

O segundo aspecto favorável para implementação da agenda é que, ao longo dos últimos anos, formou-se um consenso da opinião pública informada acerca da necessidade de cortar as amarras representadas por “burocracia” e “privilégios”, ou seja, regras impostas pelo poder público que geram custos para a maioria e atendem, quando muito, a interesses de alguns poucos.

No setor portuário essa percepção de interesses e privilégios fica ainda mais evidenciada, vez que houve uma forte mudança tecnológica no desenho da movimentação de cargas portuárias, marcadamente na última década. 80% do volume do transporte de carga geral atualmente é feito por contêineres, mudança ocorrida em uma década¹⁰. Tal transformação reflete-se no número relativamente pequeno de trabalhadores diretamente envolvidos com os serviços portuários.

5.1. Aliados identificados no setor privado

- Pequenas e médias empresas exportadoras e importadoras e segmentos da grande indústria, em geral de produtos de alto valor agregado, clientes de portos públicos e terminais de contêineres de uso misto;

O quadro abaixo descreve detalhadamente a movimentação de cargas containerizadas por tipo. Percebe-se a extrema diversidade e pulverização das atividades econômicas que dependem do acesso a esse serviço. Modernizar e simplificar o aparato regulatório aí envolvido – o que se traduz em redução de custo e aumento de rentabilidade de negócios – contará com o apoio de todos esses segmentos.

¹⁰ Importante lembrar que são produtos industrializados, de alto valor agregado.

Tabela 3: Movimentação total (em toneladas) das principais mercadorias containerizadas, nos portos organizados e terminais de uso privativo, por sentido (2009)

Mercadorias	Desembarque
Plásticos e suas obras	2.032.103
Carnes de aves congeladas	42.704
Café	22.303
Carga de apoio	1.221.160
Produtos químicos orgânicos	1.283.676
Papel, cartão e obras	700.127
Açúcar	35.183
Reatores, caldeiras, máquinas	502.758
Madeira	93.746
Carnes bovinas congeladas	74.236
Preparações alim. Diversas	354.474
Arroz	323.419
Pedra, gesso, amianto e mica	397.560
Produtos siderúrgicos	474.530
Prod diversos da ind química	565.050
Borracha e suas obras	381.335
Frutas	92.228
Fibras, fios e outros	527.098
Maq, aparelhos e mat. Elétricos	422.252
Fumo e derivados	17.579
Produtos quím. Inorgânicos	517.029
Produtos hortícolas	361.458
Coque de petróleo	331.466
Veic. Ter. Partes acessor	324.917
Produtos de cons. E limpeza	260.977
Metais preciosos e bijuterias	59.982
Mármore/granito	84.746

Enxofre, gesso e cal	338.699
Celulose	66.464
Congelados	38.506
Bebidas, líq. Alc. E vinagres	139.235
Instrumentos de precisão	144.397
Gordura, óleos anim./veg.	179.224
Prod. De perfumaria	106.857
Cobre, níquel, e outros	202.925
Sabões, ceras, e outros	185.928
Tintas, corantes e vernizes	177.445
Leite, manteiga e outros	111.539
Algodão em fardos e fios	17.716
Peles e couros	35.985
Outras	1.926.860
Total de mercadorias containerizadas	15.175.876
Total de cargas gerais	
Total de cargas movimentadas	224.155.137

Fonte: Antaq (2010) Anuário estatístico aquaviário — 2009.

Obs.: Não constam as mercadorias containerizadas dos portos/terminais de Itaguaí, Rio de Janeiro, Portonave e Superterminais.

- Consumidores, beneficiados com redução de preços de produtos importados e bens em geral (insumos importados);
- Sociedade em geral, com expansão da atividade econômica.

5.2 Aliados identificados no poder público

Nossa investigação identificou os seguintes atores como potenciais aliados de um programa de simplificação regulatória:

- Ministério da Fazenda (SEAE);
- Tribunal de Contas da União;
- ANTAQ;
- SEP

5.3. Adversários identificados no setor privado e poder público

Naturalmente, os segmentos cujos privilégios serão eliminados por um programa de modernização e simplificação regulatória deverão mobilizar-se contrariamente à proposta. São eles:

- Todos os segmentos do desenho neo-corporativo dos portos organizados representado nos Conselhos de Autoridade Portuária

Contudo, são segmentos com baixa expressão econômica e estigmatizados recentemente mesmo dentro do próprio setor, como a categoria dos práticos, conforme se vê abaixo:

Tabela 4: Opinião sobre a quantidade de trabalhadores portuários

Considerada	Percentual
Quantidade superior à necessária	37,2%
Adequada	43,9%
Insuficiente	11,7%
Não sabiam/não responderam	7,2%

Fonte: CNT (2006) *Pesquisa Aquaviária: Portos Marítimos — Longo Curso e Cabotagem*. p. 50.

Tabela 5: Opinião sobre os custos dos serviços de praticagem

Considerados	Percentual
Elevados	65,6%
Moderados	28,3%
Baixos	0,0%
Não sabiam/não responderam	6,1%

Fonte: CNT (2006) *Pesquisa Aquaviária: Portos Marítimos — Longo Curso e Cabotagem*. p. 53.

6. Custo de mão-de-obra no setor portuário como indicador de falha regulatória

O componente mão-de-obra no custo total de operação dos portos reflete uma falha regulatória, uma vez que, atualmente, a atividade portuária não é mais intensiva em mão de obra.

Tabela 6: Empregos no setor portuário

Família Ocupacional	Administração da infraestrutura portuária (balizamento da área portuária, manutenção da dragagem e das condições físicas do porto) Operação de terminais marítimos e fluviais, de uso público ou privado Armazenamento no parque portuário de mercadorias provenientes ou destinadas às embarcações Operação e gestão de equipamentos destinados a carga e descarga Carga e descarga de embarcações	Atendimento às empresas de navegação (suporte e assessoria aos armadores e afretadores, liberação da documentação de carga e atendimento às tripulações e abastecimento de navios)	Serviços de traslado de passageiros no interior das instalações portuárias Serviços de praticagem Serviços de apoio a navios na área do porto Centro de controle de navegação Serviços de classificação de embarcações	Total
Total	17472	9146	7044	33662
Agentes, assistentes e auxiliares administrativos	2847	2822	621	6290
Trabalhadores aquaviários	225	509	1531	2265
Trabalhadores de cargas e descargas de mercadorias	1362	179	170	1711

Operadores de equipamentos de movimentação de cargas	934	158	152	1244
Vigilantes e guardas de segurança	1110	0	56	1166
Apontadores e conferentes	696	105	143	944
Supervisores administrativos	259	360	122	741
Especialistas em logística de transportes	110	520	57	687
Técnicos em transportes por vias navegáveis e operações portuárias	412	145	91	648
Oficiais de convés e afins	44	131	436	611
Trabalhadores nos serviços de manutenção de edificações	290	72	192	554
Mecânicos de manutenção de máquinas industriais	452	13	37	502
Almoxarifes e armazenistas	362	75	26	463
Oficiais de máquinas da marinha mercante	71	97	260	428
Gerentes administrativos, financeiros, de riscos e afins	80	238	106	424
Técnicos de planejamento e controle de produção	350	54	17	421
Motoristas de veículos de cargas em geral	279	115	21	415
Operadores de máquinas a vapor e utilidades	397	1	17	415

Fonte: RAIS/Caged

Obs.: Tabela refere-se a 56% dos empregos do setor.

Há, contudo, situações de monopólio privado não-regulado, como a dos serviços de praticagem que implicam a imposição de preços muito superiores aos preços que vigorariam em condições, seja de concorrência, seja de regulação do tipo teto de preços (*price cap*). Os efeitos em custos estão já mapeados e sintetizados conforme abaixo.

Tabela 7: Composição percentual do custo total

Componente	Percentual sobre o custo total
Utilização da infraestrutura (de acostagem + aquaviária + terrestre)	19,0%
Mão de obra avulsa	19,0%
Operação do terminal marítimo	8,3%
Práticos	24,4%
Rebocadores	21,4%
Demais serviços	7,9%

Fonte: CNT (2006) *Pesquisa Aquaviária: Portos Marítimos — Longo Curso e Cabotagem*. p. 30.

Tabela 8: Comparação internacional de custos do serviço de praticagem

Porto	País	Tempo (hora/ navio)	Moeda	Preço (\$/ navio)	Câmbio (\$/USD)	Preço (USD/ navio)	Preço (USD/ hora)
Rio Grande	Brasil	2.4	BRL	14 762	0,57	8 361	3 484
Santos	Brasil	2.4	BRL	14 630	0,57	8 286	3 453
Itajaí	Brasil	2.5	BRL	13 259	0,57	7 510	3 004
Sidney	Austrália	2.0	AUD	6 066	0,90	5 439	2 719
Paranaguá	Brasil	3.7	BRL	16 868	0,57	9 554	2 582
Rio de Janeiro	Brasil	3.0	BRL	12 859	0,57	7 283	2 428
Lucinda	Austrália	2.0	AUD	5 279	0,90	4 733	2 367
Maryborough	Austrália	2.0	AUD	4 838	0,90	4 338	2 169
São F. do Sul	Brasil	3.4	BRL	12 524	0,57	7 094	2 086

Cape Flattery	Austrália	3.0	AUD	5 694	0,90	5 105	1 702
Bremerhaven	Alemanha	6.0	EUR	6 804	1,47	10 008	1 668
Townsville	Austrália	3.0	AUD	5 469	0,90	4 904	1 635
Cairns	Austrália	3.0	AUD	5 429	0,90	4 868	1 623
Bundaberg	Austrália	3.0	AUD	5 416	0,90	3 209	1 605
Everglades	EUA	2.0	USD	3 209	1,00	4 746	1 582
Mackay	Austrália	3.0	AUD	5 293	0,90	3 132	1 566
Long Beach	EUA	2.0	USD	3 132	1,00	18 295	1 525
Hamburg	Alemanha	12.0	EUR	12 438	1,47	7 596	1 519
Weipa	Austrália	5.0	AUD	8 471	0,90	11 760	1 470
Tampa Bay	EUA	8.0	USD	11 760	1,00	3 888	1 296
Felixtowe	Reino Unido	3.0	GBP	1 940	2,00	3 888	1 296
Ushuaia	Argentina	5.0	USD	6 060	1,00	6 060	1 212
Abbot Point	Austrália	4.0	AUD	5 335	0,90	4 784	1 196
Hay Point	Austrália	4.5	AUD	5 988	0,90	5 369	1 193
Karumba	Austrália	4.0	AUD	4 950	0,90	4 438	1 110
Tilbury	Reino Unido	12.0	GBP	6 630	2,00	13 289	1 107
Melbourne	Austrália	8.0	AUD	9 697	0,90	8 695	1 087
Miami	EUA	3.0	USD	2 930	1,00	2 930	977
Hong Kong	China	3.0	HKD	15 475	0,13	1 986	662
Montevidéu	Uruguai	4.0	USD	2 624	1,00	2 624	656
Halifax	Canadá	4.0	CAD	2 275	0,99	2 254	564
Shanghai	China	7.0	CNY	26 775	0,14	3 687	527
Ningbo	China	5.0	CNY	18 550	0,14	2 555	511
Pusan	Coreia do Sul	2.0	KRW	946 080	0,00	993	497
Yokoyama	Japão	5.0	JPY	258 328	0,01	2 351	470

Fonte: PINTO et al. (2010) “Regulation and price setting of pilotage services in Brazil”, *Maritime Economics & Logistics* Vol. 12, 4, p. 438.

A tabela 8 revela um quadro espantoso: o custo dos serviços de praticagem no Brasil são 2,2 superiores a 35 portos internacionais¹¹ **de referência.**

11 O referido estudo foi encomendado pela SEP, ciente da relevância do problema, foi debatido

O quadro abaixo descreve as diferentes soluções institucionais e regulatórias para o tratamento do serviço de praticagem, considerando a falha de mercado associada a questões de segurança que impede a vigência de concorrência no segmento. Note-se que apenas a Estônia acompanha o Brasil no desenho equívoco de tratar um serviço com características de serviço público, operado privadamente, atuar como monopólio privado desregulado, com todas as perdas de eficiência elementares reconhecidas.

Quadro 3: Tarifação do serviço de praticagem

País	Prático			Tarifas			Regulação	
	Autônomo / Associação	Empregado Privado	Funcionário Público	Regulada pela Autoridade Portuária	Regulada pela Autoridade Marítima / Min. Transp.	Acordo entre Partes	Autoridade Marítima / Min. Transp.	Autoridade Portuária
Alemanha								
Bélgica								
(Atuérpia)*								
Bulgária								
Croácia	n. d.	n. d.	n. d.					
Dinamarca								
Eslovênia								
Espanha								
Finlândia								
França								

ao longo de 2010 e naturalmente levantou grande discussão, tendo sido combatido ferozmente pelo lobby representado pelas associações de práticos brasileiros, que procuram justificar o diferencial de preços com razões de custos não sustentáveis.

Grécia								
Holanda								
Inglaterra								
Itália								
Lituânia						n. d.	n. d.	
Noruega								
Polônia								
Portugal				n. d.	n. d.	n. d.		
Suécia								
Turquia								

Adaptado de: Parecer nº 06180/2005/DF COGIDC/SEAE/MF, p. 9.

(* A regulação da Antuérpia difere dos outros portos da Bélgica)

7. Assimetria concorrencial provocada pela ambiguidade institucional

Problema adicional criado pela pouca clareza de papéis é a concorrência assimétrica a que terminais de uso público são sujeitos diante de terminais de uso privado que movimentam cargas de terceiros.

- Coexistem no setor portuário os regimes público – concessão de serviço público e privado – autorização;
- Terminais de contêineres por vocação atendem usuários em geral, movimentando cargas de maior valor agregado,
- Entretanto, há em operação terminais privativos de uso misto, que concorrem assimetricamente com terminais de uso público, por atenderem a terceiros sem estarem sujeitos a exigências do regime público a que estão sujeitos os terminais sob concessão¹².

12 Esta questão encontra-se em disputa desde 2008, tendo sido objeto de ação no STF e posteriormente tratada pelo Decreto 6620/2008. Entretanto, como existem terminais de uso misto anteriores à edição do Decreto, que os desautorizou, a questão continua em debate e aguarda atualmente pronunciamento do TCU.

Ambiguidade institucional e assimetria concorrencial são sinônimos de risco regulatório, insegurança jurídica para o investimento e equilíbrio de mercado ineficiente

Quadro 4: Principais diferenças entre os terminais de uso público e de uso privativo

Características	Terminal de Uso Público	Terminal de Uso Privativo
Modalidade de licitação	Arrendamento	Autorização
Responsável pelo processo	Autoridade portuária	Antaq
Prazo	Até 50 anos (incluindo prorrogação) Obrigação de prestar o serviço de forma contínua	- Indeterminado - Possibilidade de interrupção da atividade nos termos legais
Reversibilidade dos ativos	Com reversão de bens no final do contrato	Sem reversão de bens
Prestação de serviços	- Serviço público - Universalidade no atendimento - Acompanhamento de preços	- Serviço privado - Atividade Econômica - Possibilidade de selecionar usuários e cargas - Preços livres
Contratação da mão de obra	Obrigação de contratar mão de obra do OMGO	Livre contratação
Regulação econômica	Aprova todas as condições de contrato de arrendamento	Apenas exige viabilidade do terminal

Fonte: GARCIA; SILVA; MARTINS (2010) “A atual regulação econômica e sua relação com a dinâmica concorrencial dos terminais portuários marítimos no Brasil” *XVI PANAM*, July 15-18, Lisboa, Portugal, p. 15.

8. Conclusão: Agenda de modernização no projeto-piloto

- Evidenciar contradições do desenho institucional-regulatório do setor portuário vis-a-vis outros setores de infra-estrutura;

- Apontar urgência de definição de inteligência estratégica, de corte econômico-institucional, para desatar os nós do setor;
- Propor articulação, para futura coordenação de ações, dos interlocutores pró-mudanças.
- Revisão da Lei dos Portos visando completar o modelo *landlord ports* e Revisão do Decreto 6.620/2008 :
 - Extinção de instâncias e competências anacrônicas;
 - Fortalecimento das competências regulatórias da ANTAQ;
 - Instituição de contratos de gestão baseados em desempenho e qualidade para os concessionários;
 - Instituição de regulação do tipo “competição pelo mercado”;
 - Revisão do tratamento de terminais de movimentação de cargas próprias, incorporando a noção de infraestrutura essencial;
 - Regulação pela ANTAQ visando corrigir falhas de mercado e evitar exercício de poder de mercado.

Medidas a serem propostas:

- Completar modernização do desenho institucional e marco regulatório com proposta de anteprojeto de lei de alteração da lei 8630/93 para redefinir funções e competências de autoridades portuárias, conselhos de autoridades portuárias e companhias docas;
- Consolidar e simplificar marco regulatório,

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.733 — RJ (2010/0206509-7)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE: JOSÉ FONSECA DE OLIVEIRA E OUTROS
ADVOGADO: ROBERTO RAPOPORT
RECORRENTE: REGINA MARIA SOUZA DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO: MAURÍCIO TEIXEIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECORRENTE: ÚNICA PARTICIPAÇÕES LIMITADA E OUTROS
ADVOGADO: ROBERTO RAPOPORT E OUTRO(S)
RECORRIDO: OS MESMOS

EMENTA

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS SOCIETÁRIOS. SÓCIA COTISTA. SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADES AS QUAIS INTEGRAM COMO SÓCIAS MAJORITÁRIAS O QUADRO SOCIAL DE OUTRAS. *HOLDING* FAMILIAR. DOCUMENTOS COMUNS EM VIRTUDE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS COLIGADAS. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. MANUTENÇÃO DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. MULTA COMINATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SÚMULA 372/STJ.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido, julgando integralmente a causa, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte.

2. No presente caso, cinge-se a controvérsia em saber se a participação indireta tem o condão de conferir à sócia cotista da *holding* familiar — que participa como sócia majoritária do quadro social de outras empresas —, o direito de pedir a exibição de documentos que a lei confere aos sócios destas últimas.

3. No grupo de empresas de que cuidam os presentes autos, a primeira recorrente é sócia de quatro *holdings* familiares que — possuindo quase a totalidade das quotas das demais empresas do grupo-, deixam de ser apenas depositárias de participações societárias, assumindo papel primordial de governo de toda a organização.

4. Sobreleva, aqui, para além da questão do “sócio direto”, o interesse em se verem exibidos documentos que, em virtude de relações jurídicas coligadas, são comuns às partes.

5. A existência da relação jurídica entre as empresas controladas e as *holdings* familiares está intimamente relacionada com o liame jurídico entre estas e a recorrente, defluindo-se daí interesses diretos e indiretos sobre todas as sociedades empresariais do grupo, uma vez que o aviltamento do patrimônio das sociedades controladas acarretará, conseqüentemente, o esvaziamento do patrimônio das sociedades controladoras, da qual a recorrente integra diretamente o quadro social.

6. Sob a ótica de que, *in casu*, a personalidade jurídica no grupo de empresas deve ser tomada dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal, a confiança que deve reinar entre os sócios da empresa também deve imperar no relacionamento entre os sócios da *holding* e as empresas coligadas, constituindo-se em um dos pilares da *affectio societatis*.

7. Ao impedir-se o acesso da recorrente aos documentos das empresas coligadas apenas com fundamento em uma interpretação restritiva dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e do art. 844, II, do CPC corre-se o risco de instaurar-se, ou arrefecer-se, um clima de beligerância entre os sócios da *holding*, comprometendo a existência da *affectio societatis* e, em última análise, atuando contra os princípios da confiança e da preservação da empresa.

8. “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.” Súmula 372/STJ.

9. Recurso especial de Regina Maria Souza de Oliveira e outro PARCIALMENTE PROVIDO e recursos especiais de Única Participações Ltda e outras e José Fonseca de Oliveira e outros PROVIDOS para afastar a incidência da multa cominatória imposta.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial de Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto e deu provimento aos recursos especiais de Única participações limitada e outros e de José Fonseca de Oliveira e outros, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA, pela parte RECORRENTE: REGINA MARIA SOUZA DE OLIVEIRA

Brasília (DF), 07 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de ação cautelar de exibição de documentos, com pedido de concessão de liminar, ajuizada por Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto em face das empresas Única Participações Ltda., Naveriver Navegação Fluvial Ltda., H. Dantas Construção e Reparos Navais Ltda., H. Dantas Comércio, Navegação e Indústrias Ltda., H. Dantas Serviços Marítimos e Portuários Ltda., Caboto Comercial e Marítima Ltda., Speedboat — Serviços de Transporte e Turismo Ltda., Flunave Fluvial Navegação Ltda. e Sulnorte Serviços Marítimos Ltda., bem como de seus outros sócios, José Fonseca de Oliveira, Adolfo Acioli do Prado Neto e Augusto Fonseca de Oliveira, objetivando a exibição dos seguintes documentos:

- “(i) Cópia das Atas de Reuniões de Sócios realizadas nas empresas requeridas nos anos de 2006, 2007 e 2008, em especial a ata de reunião realizada em 04 de setembro de 2007, relativa à NAVERIVER;
- (ii) Cópia das mensagens eletrônicas encaminhadas ao Grupo H. Dantas desde maio de 2007 até hoje e que deveriam ter sido recebidas pelos administradores (Sr. Ricardo Souza de Oliveira);
- (iii) Relatórios mensais e anuais de atividades das sociedades, desde dezembro de 2007, que sempre foram disponibilizados aos administradores (Srs. Ricardo Souza de Oliveira e Paulo Souza de Oliveira);
- (iv) Balanços contábeis de todas as sociedades Requeridas relativos aos últimos 5 anos;
- (v) Balancetes de todas as sociedades Requeridas relativos aos últimos 5 anos;
- (vi) Contratos firmados pelas sociedades Requeridas com prazo superior a 6 meses e que ainda estejam em vigor;
- (vii) Documentos, minutas de contratos ou mensagens eletrônicas sobre negociações de contratos operacionais, empréstimos e/ou qualquer outra operação relevante que esteja, atualmente, sendo conduzida no âmbito das empresas Requeridas, em especial em relação ao BNDES;
- (viii) Instrumentos contratuais e demais documentos comerciais e

contábeis relacionados às despesas em razão de contratações de serviços no exterior durante o período de 2004 a 2007; e
(ix) Instrumentos contratuais e demais documentos comerciais e contábeis relacionados às receitas em razão de serviços prestados no exterior durante o período de 2004 a 2007.”

Fundamentando o seu pedido, alegaram que Regina Maria Souza de Oliveira é quotista minoritária da holding familiar H. Dantas, com atuação no setor de transporte marítimo e fluvial, possuindo participação societária, direta e indireta, nas empresas requeridas e, por expressa previsão nos contratos sociais, tem o direito de participar da administração das diversas sociedades, enquanto Heráclito Dantas de Oliveira Neto detém participação na requerida Caboto Comercial e Marítima Ltda.

Afirmaram, ainda, que “*os acionistas majoritários vêm se utilizando dos mais diversos subterfúgios e artimanhas para impedir o acesso da Requerente à administração das empresas do Grupo H. Dantas*”, sendo o acesso aos referidos documentos essenciais ao exercício do direito que lhes assiste na qualidade de sócios e de serem referidos documentos imprescindíveis ao exercício da fiscalização da maneira como vêm sendo conduzidos os negócios sociais.

O pedido de liminar foi deferido pelo Juízo de Direito da Sexta Vara Empresarial da Comarca da Capital — RJ (fls. 241/242), tendo sido determinada a apresentação de todos os documentos solicitados na exordial.

Irresignando-se, os requeridos manejaram os agravos de instrumento n. 2008.002.13039 e n. 2008.002.12747, julgados pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 644-647, 673-675, 1.127-1.131 e 1.134-1.135), que reformou em parte a liminar concedida, mantendo a obrigação de exibição de todos os documentos requeridos na inicial, tão somente em relação às sociedades nas quais os autores constem do quadro social como integrantes, de forma direta (“sócios diretos”).

Sobrevindo sentença (fls. 1.139-1.141), o pedido foi julgado procedente em parte, sendo confirmada a liminar, nos termos do decidido nos agravos de instrumento referidos, e condenados os réus ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$2.000,00 (dois mil reais).

O julgado foi integrado pela decisão de fls. 1.168-1.169, que, acolhendo parcialmente os embargos de declaração de fls. 1.145-1.149, acrescentou à determinação de exibição dos documentos, o prazo de 10 dias para cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Os réus apelaram (fls. 1.173-1.201) sustentando, em síntese, a ilegitimidade ativa e passiva, a falta de interesse de agir, a impossibilidade material de fornecer as mensagens de e-mail, que a maior parte dos pedidos já teria sido atendida e, por fim, o não cabimento, em sede de cautelar de exibição de documentos, da cominação de multa nos termos da Súmula 372/STJ. Pediram o provimento do recurso para afastar a multa e reconhecer a inépcia do pedido (ii) da inicial.

Os autores também interpuseram recurso de apelação (fls. 1.173-1.201), alegando que a legislação não faz nenhuma diferenciação entre as figuras do “sócio direto” e do “sócio indireto” e, assim, têm direito à exibição dos documentos das empresas de que participam de forma indireta, via empresa controladora, tanto em virtude da lei, quanto dos princípios da transparência, da boa-fé e da confiança, incidentes nas sociedades onde a *affectio societatis* se põe presente.

Salientam, ainda, que Regina Maria Souza de Oliveira, em virtude da sua participação minoritária nas empresas controladoras, não pode formar a vontade social no sentido de fiscalizar as sociedades controladas e que eventuais irregularidades praticadas pelos administradores poderão causar-lhes sérios prejuízos financeiros.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao apelo dos réus, tão somente para afastar da condenação a exibição das mensagens eletrônicas, e negou provimento ao recurso dos autores, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO SOCIETÁRIO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE QUE INTEGRA O QUADRO SOCIAL DE OUTRAS. “HOLDING”. PARTICIPAÇÃO INDIRETA QUE NÃO CONFERE O DIREITO EXCLUSIVO DE SÓCIO, NO QUE CONCERNE AO ACESSO A LIVROS E DOCUMENTOS DA SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA, NA FORMA DO ART. 1.021 DO CÓDIGO CIVIL. PERSONALIDADE JURÍDICA DISTINTA. HIPÓTESE QUE NÃO AUTORIZA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, NOS TERMOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL, HAJA VISTA SUA TUTELA, NOS TERMOS DO ART. 52 DAQUELE DIPLOMA LEGAL E A INEXISTÊNCIA DE PEDIDO ESPECÍFICO. EXIBIÇÃO RESTRITA AOS DOCUMENTOS REQUERIDOS NA FORMA DOS INCISOS DO ART. 356 DO CPC, QUE NÃO INCLUEM AS MENSAGENS ELETRÔNICAS, PORQUE NÃO ESPECIFICADAS NEM FUNDAMENTADO O PEDIDO QUANTO À SUA EXISTÊNCIA OU AO FATO DE ESTAREM EM PODER DOS RÉUS. CABIMENTO DA MULTA COMINATÓRIA, EM SE TRATANDO PRETENSÃO CUJA NATUREZA É DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO SE APLICANDO A SÚMULA 372 DO STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO OBSERVADA, ANTE A LICITUDE DA RESISTÊNCIA MANIFESTADA. PARCIAL PROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO.

As partes interpuseram três recursos especiais.

No recurso especial de fls. 1.357-1.375, fundado no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição, Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto alegam:

a) violação aos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e ao art. 844, II, do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem, ao limitar a exibição de documentos às empresas nas quais os recorrentes integram o quadro social, fez indevida distinção entre as figuras do “sócio direto” e do “sócio indireto”, sem amparo legal e sem observar os princípios da transparência, da boa-fé e da confiança, os quais devem reger as sociedades onde o *affectio societatis* se faz presente; colocando em risco os seus patrimônios pessoais, vertidos nas empresas controladas de forma indireta mediante sua participação no capital social das controladoras, ao impedir-lhes a fiscalização.

b) violação ao art. 535, II, do CPC, acaso esta Corte entenda que os demais dispositivos legais tidos por vulnerados não tenham sido prequestionados.

c) existência de dissídio jurisprudencial.

Por sua vez, tanto no recurso especial de Única Participações Ltda e outras (fls. 1.407-1.429), quanto no recurso especial de José Fonseca de Oliveira e outros, ambos interpostos com amparo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, os recorrentes alegam, além da divergência pretoriana, a ocorrência de vulneração aos arts. 362, 461, caput e § 4º, e 845 do CPC, sustentando a inaplicabilidade de multa cominatória em ação cautelar de exibição de documento.

Contrarrazões às fls. 1.507-1.531 e fls. 1.537-1.558.

Nenhum dos recursos foi admitido pela Corte de origem (fls. 1.607-1.619).

Não se conformando, Regina Maria Souza de Oliveira e outro, Única Participações Ltda e outras e José Fonseca de Oliveira e outros manejaram, então, os agravos de instrumento AG 1.313.209/RJ, AG 1.312.966/RJ e AG 1.313.215/RJ, respectivamente, aos quais foi dado provimento por este relator, determinando a subida dos recursos especiais para melhor análise.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Trata a presente controvérsia de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada por Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto em face de sócios e de empresas, constituídas sob o regime de quotas de responsabilidade limitada, que integram uma *holding* familiar.

Sustentam a possibilidade de, como participantes de sociedades *holding*, terem acessos a documentos que dizem respeito às sociedades controladas, das quais não participam do quadro societário.

Todavia o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro limitou a obrigação de exibir documentos às empresas nas quais os autores integram diretamente o quadro social, aplicando multa diária aos réus, em caso de descumprimento.

3. Análise, inicialmente, o recurso especial interposto por Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto, por maior abrangência em relação ao tema principal.

3.1. De plano, consignar-se que não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

O Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afirmando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Além disso, basta que o órgão julgador decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Não há omissão, tampouco, quando o julgador adota outro fundamento que não aquele perquirido pela parte (AgRg no Ag 428.554/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 12/08/2003 p. 219; REsp 726.408/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009; REsp 679.135/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010).

3.2. Em outro passo, no pertinente à apontada violação ao art. 356 do CPC, o acórdão recorrido, na análise soberana dos elementos fático-probatórios dos autos, expressamente consignou a impossibilidade de deferir-se a exibição das mensagens de e-mails requeridas, ante a generalidade das alegações não atender ao disposto no referido dispositivo legal, consoante se infere do seguinte excerto:

Entretanto, no que respeita às mensagens eletrônicas, a inicial não tece um comentário sequer sobre as circunstâncias em que se funda a alegação de que tais e-mails específicos existam ou estejam em poder dos réus. E, no âmbito das meras alegações, também se deve conside-

rar, com o mesmo peso no convencimento judicial, o que foi exposto pelos réus, no sentido da inviabilidade do pedido.

Por conseguinte, a determinação de exibição, já levada a efeito quando do deferimento da liminar, não pode comportar o que vem indicado no item (ii) do pedido de fls. 12. (fl. 1327)

Para se entender como pretende a recorrente, seria necessário rever provas e documentos a fim de, eventualmente, afastar o entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, o que se revela defeso em sede de recurso especial ante o óbice na súmula 7/STJ.

3.3. Por outro lado, no pertinente à apontada vulneração dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e ao art. 844, II, do CPC, o recurso especial merece prosperar, em parte.

Extrai-se dos autos que Regina Maria Souza de Oliveira, como sócia, possui participação no quadro social das seguintes empresas, com os respectivos percentuais de quotas:

- 30% do capital social da empresa Única Participações Ltda., que tem, por objeto social principal, a participação societária em outras empresas;
- 25% do capital social da empresa H. Dantas Comércio e Navegação Ltda., a qual tem por objeto social, também, a participação em outras sociedades;
- 0,78% do capital social de H. Dantas Construção e Reparos Navais Ltda., da qual a sócia majoritária é a empresa H. Dantas Comércio e Navegação Ltda.; e
- 0,0016% do capital de Naveriver Navegação Fluvial Ltda., da qual a sócia majoritária é a empresa Única Participações Ltda.

Por outro lado, não participa, diretamente, do quadro social das empresas:

- H. Dantas Serviços Marítimos e Portuários Ltda., cuja sócia majoritária é H. Dantas Comércio e Navegação Ltda., detentora de 99,99% das quotas;

- Speedboat — Serviços de Transporte e Turismo Ltda., que tem como sócia majoritária a empresa Única Participações Ltda., esta concentrando 90% do capital social;
- Flunave Fluvial Navegação Ltda., da qual as sócias são Única Participações Ltda. e Naveriver Navegação Fluvial Ltda., esta detendo 98,54% das quotas sociais, e ainda,
- Sulnorte Serviços Marítimos Ltda., que tem como únicas sócias as empresas H. Dantas Construção e Reparos Navais Ltda. e H. Dantas Comércio e Navegação Ltda., esta a sócia majoritária com 98,54% do capital social.

Tem-se, portanto, nítida, a constituição de uma holding, cujas empresas das quais a recorrente integra diretamente o quadro social, são também controladoras daquelas em que não participa, ao menos de maneira direta, do capital estipulado no contrato social.

Convém ressaltar, ainda, que o acórdão da Corte de origem expressamente consignou tratar-se de uma *holding* familiar, fato em nenhum momento refutado pelos réus, aqui recorridos.

Nesse cenário, cinge-se a controvérsia em saber se a participação indireta tem o condão de conferir ao sócio da *holding* familiar — que participa do quadro social de outras empresas —, o direito de pedir a exibição de documentos que a lei confere aos sócios desta últimas.

Com efeito, nos termos dos art. 1.021 do Código Civil e art. 844, II, do CPC, o sócio tem direito de acesso aos documentos da sociedade, a fim de analisar eventual irregularidade na administração e para exame da pertinência e instrução de possível ação.

Referidos artigos trazem a seguinte disposição:

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

[...]

II — de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que

o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios;”

Art. 1.021. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

No presente caso, contudo, para a resolução justa da controvérsia, não pode ser dado o excessivo peso, como fez o acórdão recorrido, ao fato de a recorrente não ser sócia direta das empresas das quais requer a exibição dos documentos, para afastar-lhe esse direito.

Isso porque, a peculiaridade do caso recomenda uma mitigação da norma de direito material, uma vez que a recorrente é sócia de quatro holdings familiares, estas, por sua vez, sócias controladoras das empresas das quais o acórdão recorrido afastou a obrigação de exibição dos documentos.

Sobreleva, aqui, para além da questão do “sócio direto”, o interesse em se verem exibidos documentos que, em virtude de relações jurídicas coligadas, são comuns às partes.

Nesse ponto, cumpre colacionar a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, verbis:

Se o sócio pretende se inteirar do conteúdo de algum documento, conforme o direito emergente da relação jurídica societária, pode se valer da ação exhibitória do art. 844, II, independentemente de outra ação principal futura.[...]

Situação semelhante se verifica no caso de condômino, credor ou devedor [...]

O art. 844, II, primeira parte, alude também a co-interessados, expressão a incluir todas as formas legítimas de interesse, tanto contratual como extracontratual. A lei trata, aqui, no fundamental, dos documentos formados para clareza e vantagem recíproca, (...)

[...] o documento a ser exibido deve ser do próprio requerente da providência ou, pelo menos, comum a ele e ao requerido. A lei brasileira é taxativa a respeito, pouco importando tratar-se de ação satisfativa, fundado no art. 844, II, (“... documento próprio ou comum...”), ou de

incidente de produção de prova no curso do processo principal (art. 358, III, “o juiz não admitirá a recusa: se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes”). Mesmo a demanda cautelar sujeita-se a essa restrição. Objetivando assegurar prova, a ser produzida no processo principal, se para este se exige a comunidade, não poderá haver dispensa para aquela. [...]

(Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de e Lacerda, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, Vol. VIII, — Tomo II, 8ª ed., pág. 221/223)

3.4. Faz-se necessário, ainda, o exame quanto ao conceito de documento comum, para que se avalie acerca da possibilidade de exibição dos documentos pretendidos pela recorrente.

Sobre o conceito de documento comum, Humberto Theodoro Júnior, in “Curso de Direito Processual Civil”, Editora Forense, 20ª edição, 1997, vol. II, p. 481, leciona: “Documento comum não é, assim, apenas o que pertence indistintamente a ambas as partes, mas também o que se refere a uma situação jurídica que envolva ambas as partes, ou uma das partes e terceiro”.

Preceitua, ainda, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, fazendo referência à qualificação construída pelo jurista italiano, Sérgio La China, que:

A noção de fato comum, essencial ao conceito, impõe-se garimpada, contudo, tendo-se presente as conexões e entrelaçamentos das relações jurídicas. Segundo ainda La China, a comunidade reflete na sua mais ampla acepção, a realização do fato no âmbito da relação controvertida, bem como das relações necessariamente a ela coligadas. A comunidade não subsiste, porém, quando o fato — seja de responsabilidade da parte ou de terceiro — ainda que necessário ao esclarecimento da causa, sucedeu no desenvolver de uma relação não só diversa, mas absolutamente estranha àquela deduzida em juízo. Por outro lado, não se pode esquecer apresentarem-se coligadas várias relações, não quando a prova de um aspecto de uma exclui a realidade de um aspecto firmado na outra, mas quando, no caso concreto, a relação pode ser constituída e desenvolver-se juridicamente,

tão-só porque a outra existiu, ou deveria desenvolver-se enquanto existia a outra. (Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de e Lacerda, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, Vol. VIII, — Tomo II, 8ª ed., pág. 224)

Dessa ordem de idéias resulta que, para ser considerado comum o documento, revela-se necessário que tenha sido produzido no âmbito da relação jurídica controvertida ou de outra a ela diretamente relacionada, cuja existência esteja intrinsecamente ligada à sua.

Observa-se, portanto, que os documentos cujo teor pretende a recorrente conhecer se encontram diretamente relacionados às atividades das empresas Speedboat — Serviços de Transporte e Turismo Ltda., Flunave Fluvial Navegação Ltda., Sulnorte Serviços Marítimos Ltda e H. Dantas Serviços Marítimos e Portuários Ltda., das quais são sócias majoritárias, respectivamente, Única Participações Ltda., Nave-river Navegação Fluvial Ltda., e H. Dantas Comércio, Navegação e Indústrias Ltda., e, destas, a autora detém quotas do quadro social.

3.5. Retomando a questão relativa à possibilidade de os autores obterem os documentos desejados, é bem de ver que, no presente caso, tratando-se de uma *holding* familiar, a relação jurídica dos sócios desta com as empresas por ela controladas ressoa ainda mais evidente esse direito.

Isso porque, ao se criar uma *holding* familiar, objetiva-se a concentração e proteção do patrimônio da família, facilitando a gestão dos bens e ainda obtendo maiores benefícios fiscais em caso de sucessão.

Não havendo nenhuma limitação ou determinação sobre a sua natureza jurídica, a “*chamada holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica*”, sendo que sua “*marca característica é o fato de se encartar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio,*

administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc.” (MAMEDE, Gladston. Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo:Atlas, 2011, p. 5).

No grupo de empresas de que cuidam os presentes autos, a recorrente é sócia de quatro holdings que — possuindo quase a totalidade das quotas das demais empresas do grupo-, deixam de ser apenas depositárias de participações societárias, assumindo papel primordial de governo de toda a organização.

Assim, consoante preleciona Gladston Mamede, na já referida obra Holding Familiar: “A holding pode se tornar a sociedade que representa o conjunto das sociedades controladas, na mesma proporção em que também representa a família que a controla” (p. 55)

Fábio Konder Comparato definiu semanticamente o controle: “A palavra controle passou a significar, corretamente, não só vigilância, verificação, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de Controle na Sociedade Anônima. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.29). Ao exercer o controle, portanto, as *holdings* da presente hipótese estão no comando das demais empresas do grupo.

Desse modo, a existência da relação jurídica entre as empresas controladas e as *holdings* está intimamente relacionada com o liame jurídico entre estas e a recorrente, defluindo-se daí interesses diretos e indiretos sobre todas as sociedades empresariais do grupo, uma vez que o aviltamento do patrimônio da sociedade controlada acarretará, conseqüentemente, o esvaziamento do patrimônio da sociedade controladora.

Destaque-se que os réus José Fonseca de Oliveira, Adolfo Acioli do Prado Neto e Augusto Fonseca de Oliveira, compõem um grupo majoritário nas quotas da sociedade controladora, sendo os responsáveis pela administração, de forma que, eventuais gastos ilegítimos ou má aplicação de recursos, refletirão no resultado da em-

presa, afetando o da sociedade que a controla e, por consequência, os haveres dos sócios que a compõem.

Ademais, na hipótese de ocorrer a prática de atos fora dos limites do contrato social, em desvio de finalidade ou para fins de confusão patrimonial, poderá surgir, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica do grupo, sendo atingido o patrimônio dos sócios, dentre eles, a recorrente.

Conquanto aqui não se esteja a estabelecer previamente a possibilidade de desconstituição, essa hipótese, ao menos em tese, revela-se pertinente para se demonstrar a presença do interesse da recorrente em verificar a regularidade na administração do grupo, no qual é detentora, ainda que minoritária, de quotas das empresas controladoras.

Ademais, a reforçar a presença do interesse da recorrente, cumpre ressaltar que a legislação nacional possui, em seus mais diversos campos, dispositivos que tratam da responsabilidade solidária ou subsidiária das sociedades integrantes de grupos econômicos como o art. 2º, § 2º, da CLT, o art. 17 da Lei 8884/94, o art. 28 do CDC e o art. 30, IX, da Lei 8.212/91.

A esta altura, vale rememorar que o grupo empresarial familiar em questão foi constituído sob a forma de sociedade limitada, onde os sócios foram congregados, por ocasião da sua constituição, por motivações pessoais, agindo substancialmente como força atrativa a afeição recíproca e a mútua confiança que permeava entre eles, considerada a base da *affectio societatis*.

Esta última, analisada sob o seu aspecto objetivo, “*traduz o dever geral de todos os sócios de atuarem a bem da sociedade, permitindo que se realizem as suas funções jurídica, econômica e social*” (MAMEDE, Gladston. Direito Societário. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, pg. 104)

Dessa forma, ao impedir-se o acesso da recorrente aos documentos das sociedades coligadas apenas com fundamento em uma

interpretação restritiva dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e do art. 844, II, do CPC, corre-se o risco de instaurar, ou arrefecer, um clima de beligerância entre os sócios da *holding*, comprometendo a existência da *affectio societatis* e, em última análise, atuando contra o princípio constitucional da preservação da empresa.

Pondere-se que, em razão da função social da empresa, a continuidade desta transcende os meros interesses dos seus sócios, estendendo-se a todo ambiente social em que ela atua.

Nunca é demais lembrar que, ao aplicar a lei, o julgador não deve, tão somente, restringir-se à subsunção do fato à norma.

Cumpra a ele estar atento aos princípios regentes do ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige.

Trazendo a lume o princípio constitucional da preservação da empresa como critério para resolução de conflitos entre sócios minoritários e sócios majoritários, Modesto Carvalhosa consigna:

[...] à construção pretoriana o sábio e oportuno critério decisório de conciliação entre os interesses dos sócios minoritários e daqueles da sociedade e de seus sócios majoritários, sob a égide da preservação da empresa, de que resultou a adoção da figura da dissolução parcial. E, com efeito, a dissolução parcial é fruto específico da construção pretoriana, já que nem a lei societária e muito menos o art. 335 do Código Comercial contemplam essa louvável solução dos conflitos societários em torno de sua existência. (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tomo I, rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23)

Noutro giro, procurando afastar uma interpretação meramente formal da lei, desassociada da realidade dinâmica da vida social, Waldirio Bulgarelli, analisando a questão da concentração de empresas, leciona:

Não que se despreze a noção de empresa e suas consequências, e por certo, em muitos dos pontos a serem abordados, ela estará pre-

sente. Até porque, é inegável, que como base da atividade produtora ou de distribuição de bens e serviços para o mercado ela pressiona, inclusive, a forma jurídica da sociedade titular que passa, em muitos casos, a ser mero instrumento para a sua afirmação. **Leva, assim, até mesmo a uma nova concepção da própria amplitude da personalidade jurídica que, sobretudo nos grupos, deve ser revista dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal**. (BULGARELLI, Waldirio. Fusões, incorporações e cisões de sociedades. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.)

Sob a ótica de que a personalidade jurídica nos grupos de sociedades deve ser tomada dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal, convém ressaltar que, constituindo um dos pilares da *affectio societatis*, a confiança que deve reinar entre os sócios também deve imperar no relacionamento entre os sócios da *holding* e as empresas coligadas.

‘Com efeito, um dos principais instrumentos para manter a harmonia na relação societária, reforçando a confiança existente, é o direito de acesso aos documentos da sociedade, com vistas a verificar a regularidade na condução da empresa a fim de cumprir o seu objeto social.

Cumprir trazer à colação trecho do voto proferido pelo em. Min. Castro Meira, ao julgar o REsp 1.130.103/RJ, que, amparado na doutrina de J. J. Gomes Canotilho bem destacou a importância do princípio da confiança como meio de resguardar a boa-fé e a segurança jurídica nas relações sociais, *verbis*:

No cenário contemporâneo da economia nacional e internacional, altamente dependente da saúde financeira do setor empresarial e da confiabilidade das informações, a eticidade nas relações *interna corporis* das companhias é bem jurídico igualmente digno de tutela, por meio do estímulo à segurança e à transparência das operações financeiras.

Por tais motivos, é indispensável uma proteção substancial da confiança dos sócios minoritários, bem como de toda a comunidade, diante de eventuais situações jurídicas geradas pelo comportamento desleal dos administradores e sócios-controladores das pessoas jurídicas.

Nesse contexto, devem ser observadas as diretrizes norteadas pelo princípio da confiança, que visa a resguardar a boa-fé e a segurança jurídica de todas as relações sociais, a partir do qual a atuação proba e adequada passa a ser reconhecida como bem jurídico altamente essencial e digno de proteção jurídica.

Esse princípio ganha ainda maior relevo, quando se trata de tutelar situações jurídicas travadas no âmbito das sociedades anônimas que detêm natural posição de hegemonia econômica e financeira na economia de escala. Neste campo, os órgãos de proteção do mercado de capitais exercem relevante papel na manutenção da segurança jurídica das relações econômico-sociais, travadas dentro e fora destas empresas.

Ao abordar o princípio da confiança e a função do Estado na construção e preservação da segurança jurídica, anota J. J. Gomes Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Esses dois princípios — segurança jurídica e proteção da confiança — andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança, exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a

segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder — Legislativo, Executivo e Judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas” (José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256).

Nessa ordem de ideias, impedir a recorrente de ter acesso aos documentos das sociedades controladas, sob o argumento de que não integra o quadro social destas fere os aludidos dispositivos legais, interpretados de maneira consentânea com os citados princípios e com a realidade que permeia o grupo empresarial familiar.

Ressalte-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça firmou precedente no sentido de se reconhecer a legitimidade ativa de sócio da *holding*, na ação de prestação de contas movida contra empresa controlada, da qual é “sócia indireta”.

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. LEGITIMIDADE DE PARTE. GERENTE DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA QUE, AFRONTANDO AS NORMAS DO CONTRATO SOCIAL, AFASTA OS DEMAIS ADMINISTRADORES. CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES DA ESPÉCIE RESSALTADAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS DE LEI FEDERAL INVOCADOS NO RESP. — LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA E PASSIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES À CONTROVÉRSIA, EM QUE OS INTERESSES DA EMPRESA CONTROLADA SE CONFUNDEM COM OS DA EMPRESA CONTROLADORA E, AINDA, COM O SÓCIO DESTA. — IMPREQUESTIONAMENTO DOS TEMAS ALUSIVOS AOS ARTS. 20 DO CÓDIGO CIVIL E 47 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO

ART. 290 DO CÓDIGO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (RESP 125.400/RJ, REL. MINISTRO BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 20/04/1999, DJ 28/06/1999, P. 115)

Ante esse precedente, entendo que deve ser aplicada a máxima de “quem pode o mais, prestação de contas, pode o menos, exibição de documentos”.

4. Passo agora à análise dos recursos especiais interpostos por Única Participações Ltda e outras e por José Fonseca de Oliveira e outros, ambos trazendo idênticas irresignações quanto à multa cominatória diária no valor de R\$10.000,00, que lhes foi aplicada pelas instâncias ordinárias.

Além da divergência jurisprudencial, os recorrentes sustentam, ainda, vulneração aos arts. 362, 461, *caput* e § 4º, e 845 do CPC pugnado pelo afastamento da multa cominatória aplicada em sede de ação cautelar de exibição de documento.

Com efeito, a fixação de multa pecuniária pelo descumprimento da ordem de apresentação do documento é incompatível com a ação cautelar respectiva, porquanto este Tribunal firmou entendimento no sentido de que, em ações cautelares de exibição de documentos, o remédio cabível será a ação de busca e apreensão, nos termos do art. 362 do Código de Processo Civil.

Confirmam-se os precedentes a seguir transcritos:

Ação de exibição de documentos. Multa cominatória. 1. A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 433.711/MS, Relator o em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 22/04/2003.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA COMINATÓRIA. DESCABIMENTO. A incidência do artigo 359 do Código de Processo Civil nas ações cautelares de exibição de documento, determinada pelo artigo 845 do mesmo estatuto, afasta a possibilidade de aplicação de multa cominatória. Precedente da

Terceira Turma. Recurso provido (REsp 633.056/MG, relator o em. Ministro Castro Filho, DJ 02/05/2005).

Vide, ainda, o REsp 893.346/RS, decidido pelo e. Ministro Castro Filho, DJ 15/12/2006, no qual se julgou caso semelhante ao destes autos e, para que não parem dúvidas, transcreve-se a seguir excerto de decisão monocrática da lavra do Ministro Ari Pargendler no REsp 906.830/RS, DJ de 21.9.2007:

Quanto à aplicação do artigo 359 do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência firmada no âmbito da Terceira Turma no sentido de que as conseqüências do que dispõe o referido artigo não incidem no processo cautelar de exibição de documentos — nesse sentido, os acórdãos apontados como paradigma. Por outro lado, quanto à aplicação da multa prevista no artigo 461, a Terceira Turma já decidiu que “a multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão (REsp nº 433.711, MS, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 20.06.2003).”

Esse entendimento foi, inclusive, objeto de julgamento submetido ao rito previsto na Lei n. 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos), o qual recebeu a seguinte ementa:

ACÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ART. 359 DO CPC. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. NÃO APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

1. A presunção de veracidade contida no art. 359 do Código de Processo Civil não se aplica às ações cautelares de exibição de documentos. Precedentes.

2. Na ação cautelar de exibição, não cabe aplicar a cominação prevista no art. 359 do CPC, respeitante à confissão ficta quanto aos fatos afirmados, uma vez que ainda não há ação principal em curso e não se revela admissível, nesta hipótese, vincular o respectivo órgão judi-

ciário, a quem compete a avaliação da prova, com o presumido teor do documento

3. Julgamento afetado à 2a. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 1094846/MS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), segunda seção, julgado em 11/03/2009, DJe 03/06/2009)

Vale salientar que a Segunda Seção, ao editar a Súmula 372/STJ, pacificou a questão no mesmo sentido do *decisum* atacado. Eis o teor do mencionado verbete sumular:

“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.”

A esta altura, ressalte-se que o argumento do acórdão recorrido, no sentido da possibilidade de aplicação da multa cominatória em virtude do processo não ter escopo cautelar, assumindo uma feição satisfativa com a simples exibição dos documentos, não encontra acolhida, uma vez que não se trata de ação ordinária, mas de cautelar pura, natureza jurídica que não é afastada pelo caráter satisfativo da demanda.

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que deram origem à citada Súmula 372 falam em ação cautelar de exibição de documentos, ainda que de natureza satisfativa, como no presente caso, onde a parte, de posse dos documentos que pleiteia, irá avaliar se ajuizará, ou não, uma ação de conhecimento. Nesse sentido, colhe-se trecho do voto do Min. Eduardo Ribeiro, proferido no julgamento do REsp 204.807/SP, ao consignar:

O processo cautelar visa, tão-só, a obter a exibição do documento ou da coisa. Nem sempre, aliás, se destinará a servir de prova em outro processo. Presta-se, com freqüência, a que o autor simplesmente possa avaliar se lhe assiste o direito.

(REsp 204.807/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/6/2000, DJ 28/8/2000, p. 77)

Ademais, podendo o Juízo valer-se da busca e apreensão como meio coercitivo à apresentação dos documentos, não cabe a imposição, também, de multa cominatória.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Ação de exibição de documentos. Multa cominatória.

1. A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 433.711/MS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 25/2/2003, DJ 22/4/2003, p. 229)

Portanto, encontrando-se o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento consolidado no STJ, os recursos especiais de Única Participações Ltda e outras e José Fonseca de Oliveira e outros devem ser providos para afastar a multa cominatória aplicada em sede de ação cautelar de exibição de documentos.

5. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial de Heráclito Dantas de Oliveira Neto e Regina Maria Souza de Oliveira — Serviços de Transporte e Turismo Ltda., Flunave Fluvial Navegação Ltda., Sulnorte Serviços Marítimos Ltda e H. Dantas Serviços Marítimos e Portuários Ltda. os documentos descritos na exordial, à exceção das mensagens eletrônicas, no prazo de 10 dias.

Quanto aos os recursos especiais de Única Participações Ltda e outras e José Fonseca de Oliveira e outros, DOU-LHES PROVIMENTO para afastar a incidência da multa cominatória imposta.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Número Registro: 2010/0206509-7 **PROCESSO ELETRÔNICO**
REsp 1.223.733 / RJ

Números Origem: 20080010530052 200900135414
200913524253 354142009

PAUTA: 07/04/2011 JULGADO: 07/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: JOSÉ FONSECA DE OLIVEIRA E OUTROS

ADVOGADO: ROBERTO RAPOPORT

RECORRENTE: REGINA MARIA SOUZA DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADO: MAURÍCIO TEIXEIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)

RECORRENTE: ÚNICA PARTICIPAÇÕES LIMITADA E OUTROS

ADVOGADO: ROBERTO RAPOPORT E OUTRO(S)

RECORRIDO: OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL — Empresas — Sociedade — Desconsideração da Personalidade Jurídica

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA, pela parte RECORRENTE: REGINA MARIA SOUZA DE OLIVEIRA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial de Regina Maria Souza de Oliveira e Heráclito Dantas de Oliveira Neto e deu provimento aos recursos especiais de Única participações limitada e outros e de José Fonseca de Oliveira e outros, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.565 — RS
(2011/0013251-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: INDÚSTRIA DE BOLSAS LIZ LTDA — MASSA FALIDA

ADVOGADO: GENÉSIO FREITAS DA ROSA — SÍNDICO

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ENCERRAMENTO DE DEMANDA FALIMENTAR. AUSÊNCIA DE BENS DESTINADOS À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO. SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. “A insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria em apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta (art. 135 do CTN). Trata-se de hipótese não abrangida pelos termos do art. 40 da Lei 6.830/80”. Precedentes: AgRg no REsp 1.160.981/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 22.3.2010; REsp 758.363/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 12 de setembro de

2005; REsp 718.541/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 23 de maio de 2005; REsp 652.858/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16 de novembro de 2004.

2. Se a matéria não é discutida e, muito menos, decidida pela Corte de origem, impõe-se a aplicação da Súmula 211/STJ. Ausência de prequestionamento.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão monocrática de minha relatoria, a qual apreciou recurso especial com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 184-e):

“EXECUÇÃO FISCAL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA SEM SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. HIPÓTESE EM QUE NÃO É APLICÁVEL O ART. 40 DA LEF.

1. O encerramento da falência sem que tenha sido possível a satisfação do crédito fiscal não autoriza seja suspensa a execução com base no art. 40 da Lei nº 6.830/80, porquanto não é razoável manter ativa execução contra sujeito passivo extinto.

2. Considerando que inexistem bens da massa falida, visto que a falência restou encerrada, nem é possível o redirecionamento do feito, por não estarem presentes os requisitos legais, mostra-se correta a decisão que extinguiu a execução fiscal”.

A decisão agravada negou provimento ao recurso especial da agravante, nos termos da seguinte ementa (fl. 265-e):

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ENCERRAMENTO DE DEMANDA FALIMENTAR. AUSÊNCIA DE BENS DESTINADOS À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO. SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.”

Aduz a agravante que as decisões transcritas na decisão monocrática “*não abordaram a questão relativa à existência do nome do sócio na CDA*”. Sustenta também que “*conforme levantado no recurso especial, não há que se falar em extinção do feito executivo justamente porque há CDA*” (fl. 278-e).

Defende a agravante, assim, que o entendimento manifestado monocraticamente está em desacordo com os termos do REsp 1.104.900/ES, julgado segundo o rito reservado aos recursos repetitivos.

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Ao decidir monocraticamente, registrei (fl. 269-e):

“O acórdão recorrido não deve ser modificado.

É que, conforme explicitado pelo Tribunal de origem, o encerramento da falência sem que tenha sido possível a satisfação do crédito fiscal não autoriza seja suspensa a execução com base no art. 40 da Lei nº 6.830/80, porquanto não é razoável manter ativa execução contra sujeito passivo extinto.”

Para manter tal entendimento, evoquei precedentes desta Corte, os quais transcrevo uma vez mais:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. ART. 40 DA LEI 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.
2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005.
3. O patrimônio da sociedade deve responder integralmente pelas dívidas fiscais por ela assumidas.
4. Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica são pessoalmente responsáveis pelos créditos relativos a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135, inc. III, do CTN).
5. O não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do art. 135, inc. III, do CTN.
6. Nos casos de quebra da sociedade, a massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com

dolo ou culpa.

7. Revisar o entendimento a que chegou o Tribunal de origem, implicaria, necessariamente, o reexame de provas contidas nos autos, o que não é permitido em sede de recurso especial, haja vista o disposto na Súmula 07 deste eg. Tribunal.

8. O art. 40 da Lei 6.830/80 é taxativo ao admitir a suspensão da execução para localização dos co-devedores pela dívida tributária; e na ausência de bens sobre os quais possa recair a penhora.

9. À suspensão da execução inexiste previsão legal, mas sim para sua extinção, sem exame de mérito, nas hipóteses de insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal. Deveras, é cediço na Corte que “a insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria em apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta (art. 135 do CTN). Trata-se de hipótese não abrangida pelos termos do art. 40 da Lei 6.830/80”. (Precedentes: REsp 758.363 — RS, Segunda Turma, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 12 de setembro de 2005; REsp 718.541 — RS, Segunda Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 23 de maio de 2005 e REsp 652.858 — PR, Segunda Turma, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 16 de novembro de 2004).

10. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1.160.981/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 22.3.2010.)

“PROCESSUAL CIVIL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O encerramento da falência enseja a extinção da execução quando não houver possibilidade de redirecionamento aos sócios-gerentes (q. v., *verbi gratia*: REsp 696.635/RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.11.2007; REsp 715.685/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 14.06.2007; Ag 709.720/RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 14.10.2005).

2. O intuito da Fazenda de diligenciar na busca e localização de co-reponsáveis pela dívida da empresa não se amolda a quaisquer das hipóteses autorizadoras da suspensão do executivo

fiscal, constantes do art. 40 da LEF (q. v., *verbi gratia*: AgRg no REsp 758.407/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2006; AgRg no REsp 738.362/RS, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 28.11.2005; REsp 718.541/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 23.05.2005; REsp 912.483/RS, 2ª Turma. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007).

3. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 758.438/RS, Rel. Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1a. Região) julgado em 22.4.2008, DJe 9.5.2008.)

O agravo regimental foi apresentado com finca em premissa não analisada nos autos pela Corte de origem: a de que o nome dos corresponsáveis constaria da CDA, dando azo à aplicação do entendimento encampado pelo REsp 1.104.900/ES, julgado segundo o rito reservado aos recursos repetitivos.

Ora, se tal questão não foi discutida, e muito menos decidida, deixou de haver o necessário prequestionamento da matéria, pelo que reclama a aplicação da Súmula 211/STJ, *verbis*:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’.”

Em verdade, o acórdão de origem, na linha dos precedentes desta Corte e diferentemente do que defende a agravante, reconheceu que *“o encerramento da falência sem que tenha sido possível a satisfação do crédito fiscal não autoriza seja suspensa a execução com base no art. 40 da Lei nº 6.830/80, porquanto não é razoável manter ativa execução contra sujeito passivo extinto”*.

Por último, registro que o agravo regimental deixou de infirmar os fundamentos da decisão agravada, pelo que cabível também a aplicação por analogia da Súmula 283/STF.

A decisão monocrática há de ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0013251-0 **AgRg no REsp 1.231.565 / RS**

Números Origem: 199671080001050 9618001059 9618005216
9618005348 9618005364

PAUTA: 05/05/2011 JULGADO: 05/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO: INDÚSTRIA DE BOLSAS LIZ LTDA — MASSA FALIDA

ADVOGADO: GENÉSIO FREITAS DA ROSA – SÍNDICO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO — Contribuições — Contribuições Previdenciárias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: INDÚSTRIA DE BOLSAS LIZ LTDA — MASSA FALIDA

ADVOGADO: GENÉSIO FREITAS DA ROSA – SÍNDICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

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.